

DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal*

V. 01, N. 01

janeiro – junho de 2014

ARTIGOS // ARTICLES

GÜNTHER TEUBNER, MARCUS FARO DE CASTRO,
RITA LAURA SEGATO, HAUKE BRUNKHORST, ANA LUIZA
PINHEIRO FLAUZINA, RICARDO JACOBSEN GLOECKNER
e DAVID LEAL DA SILVA, JOÃO COSTA NETO

ARTIGOS-RESENHA // REVIEW ESSAYS

ALEXANDRE ARAÚJO COSTA

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES AND COMMENTARIES

LUÍS ROBERTO BARROSO, LEONARDO MARTINS,
LENIO LUIZ STRECK

RESENHAS // BOOK REVIEWS

GILBERTO GUERRA PEDROSA, CARINA CALABRIA,
GABRIEL REZENDE DE SOUZA PINTO



UnB



DIREITO

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

janeiro – junho de 2014, volume 1, número 1

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Marcelo Neves Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Alexandre Veronese Universidade de Brasília, Brasil

George Rodrigo Bandeira Galindo Universidade de Brasília, Brasil

Juliano Zaiden Benvido Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Lúcia Sabadell Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis Universidade de Glasgow, Escócia

José Octávio Serra Van-Dúnem Universidade Agostinho Neto, Angola

Leonel Severo Rocha Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Masayuski Murayama Universidade Meiji, Japão

René Fernando Urueña Hernandez Universidad de Los Andes, Colômbia

Miguel Nogueira de Brito Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl Universidade Federal do Pará, Brasil

Thomas Vesting Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Virgílio Afonso da Silva Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Carina Calabria

ASSESSORES EXECUTIVOS

Gabriel Rezende de Souza Pinto; José Nunes de Cerqueira Neto;

Matheus Barra de Souza

EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO

Ana Luiza Almeida e Silva, Bethânia I. A. Arifa,

Camilla de Magalhães, Carolina Lemos, Clarice Calixto,

Douglas Zaidan, Fabrício Noronha, Gilberto Guerra Pedrosa,

Guilherme Del Negro, Hector L. C. Vieira, Kelton de Oliveira Gomes,

Luciana Silva Garcia, Maria Celina Gordilho, Paulo Soares Sampaio,

Nara Vilas Boas Bueno e Tédney Moreira

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

André Maya Monteiro

Esteban Pinilla

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **01**

janeiro – junho de 2014

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **01**

janeiro—junho de 2014

NOTA EDITORIAL // EDITORIAL	06–10
ARTIGOS // ARTICLES	11–197
O DIREITO DIANTE DE SUA LEI: SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AUTORREFLEXÃO COLETIVA DA MODERNIDADE JURÍDICA	12–31
<i>// THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION</i>	
Günther Teubner	
NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A REFORMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	32–64
<i>// NEW LEGAL APPROACHES TO POLICY REFORM IN BRAZIL</i>	
Marcus Faro de Castro	
QUE CADA POVO TEÇA OS FIOS DA SUA HISTÓRIA: O PLURALISMO JURÍDICO EM DIÁLOGO DIDÁTICO COM LEGISLADORES	65–92
<i>// MAY EVERY PEOPLE WEAVE THE THREADS OF THEIR OWN HISTORY: JURIDICAL PLURALISM IN DIDACTICAL DIALOGUE WITH LEGISLATORS</i>	
Rita Laura Segato	
A DECAPITAÇÃO DO LEGISLADOR: A CRISE EUROPEIA – PARADOXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CAPITALISMO DEMOCRÁTICO	93–118
<i>// THE BEHEADING OF THE LEGISLATOR: THE EUROPEAN CRISIS – PARADOXES OF CONSTITUTIONALIZING DEMOCRATIC CAPITALISM</i>	
Hauke Brunkhorst	
AS FRONTEIRAS RACIAIS DO GENOCÍDIO	119–146
<i>// THE RACIAL BOUNDARIES OF GENOCIDE</i>	
Ana Luiza Pinheiro Flauzina	
CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROLE E LÓGICA ATUARIAL: A RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE	147–172
<i>// CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROL AND ACTUARIAL LOGIC: THE RELATIVIZATION OF THE NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	
Ricardo Jacobsen Gloeckner e David Leal da Silva	
DIGNIDADE HUMANA, ASSISTÊNCIA SOCIAL E MÍNIMO EXISTENCIAL: A DECISÃO DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO VALOR DO BENEFÍCIO PAGO AOS ESTRANGEIROS ASPIRANTES A ASILO	173–197
<i>// HUMAN DIGNITY, SOCIAL SECURITY AND MINIMUM LIVING WAGE: THE DECISION OF THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT THAT DECLARED THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE BENEFIT AMOUNT PAID TO ASYLUM SEEKERS</i>	
João Costa Neto	

ARTIGOS-RESENHA // REVIEW ESSAYS	198–219
<p style="text-align: center;">TEOLOGIA MORAL PARA OURIÇOS: A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN</p> <p style="text-align: center;">// MORAL THEOLOGY FOR HEDGEHOGS: RONALD DWORKIN'S THEORY OF JUSTICE</p> <p style="text-align: right;">Alexandre Araújo Costa</p>	199–219
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES & COMMENTARIES	220–304
<p style="text-align: center;">UNIÕES HOMOAFETIVAS: RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE PARCEIROS DO MESMO SEXO</p> <p style="text-align: center;">// SAME-SEX UNIONS: LEGAL RECOGNITION OF COMMON LAW UNIONS BETWEEN SAME-SEX PARTNERS</p> <p style="text-align: right;">Luís Roberto Barroso</p>	221–244
<p style="text-align: center;">RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL</p> <p style="text-align: center;">// THE RECOGNITION OF STABLE CIVIL UNIONS BETWEEN SAME SEX PARTNERS AS A FUNDAMENTAL RIGHT BY CONSTITUTIONAL JUSTICE</p> <p style="text-align: right;">Leonardo Martins</p>	245–279
<p style="text-align: center;">O CASO DA ADPF 132: DEFENDER O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO É UMA ATITUDE POSITIVISTA (OU “ORIGINALISTA”)?</p> <p style="text-align: center;">// THE CASE ADPF 132: IS DEFENDING THE CONSTITUTIONAL TEXT A POSITIVIST (OR ORIGINALIST) ATTITUDE?</p> <p style="text-align: right;">Lenio Luiz Streck</p>	280–304
RESENHAS // BOOK REVIEWS	305–326
<p style="text-align: center;">A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL</p> <p style="text-align: center;">// [THE DIGNITY OF THE HUMAN BEING IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW: THE CONSTRUCTION OF A LEGAL CONCEPT UNDER THE LIGHT OF THE WORLD'S JURISPRUDENCE]</p> <p style="text-align: right;">Gilberto Guerra Pedrosa</p>	306–311
<p style="text-align: center;">FORMAS JURÍDICAS E MUDANÇA SOCIAL: INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO, A FILOSOFIA, A POLÍTICA E A ECONOMIA</p> <p style="text-align: center;">// [LEGAL ABSTRACTIONS AND SOCIAL CHANGE: INTERACTIONS BETWEEN THE LAW, PHILOSOPHY, POLITICS AND THE ECONOMY]</p> <p style="text-align: right;">Carina Calabria</p>	312–318
<p style="text-align: center;">[OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DESCONSTRUINDO O BALANCEAMENTO E O ATIVISMO JUDICIAL]</p> <p style="text-align: center;">// ON THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: DECONSTRUCTING BALANCING AND JUDICIAL ACTIVISM</p> <p style="text-align: right;">Gabriel Rezende de Souza Pinto</p>	319–324

NOTA EDITORIAL
// EDITORIAL

DIREITO.UnB propõe-se a ser um novo espaço de estudos e discussões interdisciplinares em torno de problemas jurídicos. O periódico será publicado em um volume anual, dividido em dois números semestrais, conforme o modelo internacional dos periódicos acadêmicos. Adotamos o modelo bilíngue de publicação em português e inglês ou em espanhol e inglês. Além de sua publicação eletrônica bilíngue, a ser incluída em portais acadêmicos nacionais e internacionais, a Revista terá uma versão impressa em português. A revista é composta das seguintes sessões: 1. Artigos (permanente); 2. Artigos-resenhas (eventual); 3. Comentários e análise de jurisprudência (permanente); 4. Réplicas e trélicas (eventual); 5. Resenhas (permanente); 6. Memória e programação (eventual).

Neste primeiro número, três autores foram convidados a publicar artigos. Gunther Teubner oferece-nos o instigante “O direito diante de sua lei: sobre a (im)possibilidade de auto-reflexão coletiva da modernidade jurídica”, como artigo de abertura. De forma bastante criativa, o autor parte da parábola “Diante da lei”, de Franz Kafka – com referências também a Jorge Luís Borges –, para concluir, paradoxalmente, que o não comunicável do direito só se torna comunicável mediante a forma literária ou artística, não por meio da dogmática jurídica ou da teoria do direito. Em uma leitura singular de Kafka, Teubner sugere que não é o indivíduo concreto que se encontra perante a lei opressiva, mas sim o discurso jurídico, ao buscar compulsivamente a compreensão da lei. O autor parece insinuar que o processamento do paradoxo inerente à “relação misteriosa” entre lei e direito não possa ser viabilizado na perspectiva de uma justiça imanente, mas sim pela justiça como “fórmula transcendência”, o que vai além da dogmática jurídica e da mera legalidade formal.

Marcus Faro de Castro apresenta a relevante contribuição “Novas perspectivas jurídicas sobre a reforma de políticas públicas no Brasil”. Marcus Faro discute, de maneira a mais abalizada, um das perspectivas de análise da relação entre direito e desenvolvimento econômico no Brasil, a Gestão Pública de Capitais (GPC), e, com base em sua crítica a esse modelo, oferece a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), concebida como apropriada a um novo ativismo estatal na esfera econômica. O autor distancia-se criticamente das formas naturalizadas de compreender a relação entre direito e economia, nos termos da chamada “análise econômica do direito”, conforme a qual a racionalidade do direito é avaliada por uma noção abstrata de mercado, a que as instituições jurídicas deveriam submeter-se para serem consideradas socialmente válidas. Argumenta, ao contrário, com segurança e firmeza acadêmica, no sentido de afirmar o caráter flexível e provisório das ideias e instituições jurídicas, que, em sua plasticidade, são aptas a moldar e condicionar uma pluralidade de “economias de mercado”. Dessa maneira, enfatiza o caráter contingente, não necessário ou ontologicamente pré-definido, das relações entre direito e desenvolvimento econômico.

A antropóloga Rita Laura Segato submeteu, por minha sugestão, as versões inéditas em português e inglês do seu artigo “*Que cada pueblo teja los hilos de su historia: el pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores*”, resultado de uma audiência pública em que se discutiu projeto

de lei que propunha a “ultracriminalização” de práticas de comunidades indígenas que tiravam a vida de recém-nascidos com deficiências físicas ou de um dos gêmeos. A impressionante postura crítica de Segato em relação ao projeto serviu à sua radical alteração na Câmara dos Deputados, de tal maneira que este perdeu o caráter penal originário. O artigo oferece elementos relevantes para um aprendizado antropológico que nos advirta das posturas jurídicas etnocêntricas e nos torne capazes de rearticular a nossa identidade constitucional à luz das ordens normativas dos indígenas latino-americanos. A intenção é possibilitar uma maior divulgação do argumento no Brasil e no plano internacional.

Foram aprovados, por *peer/blind review*, quatro artigos, de um total de 38 submissões.

Hauke Brunkhorst apresenta o trabalho “A decapitação do legislador: a crise europeia – paradoxo do capitalismo democrático”. O artigo trata da crise europeia em termos do paradoxo entre o incremento do desenvolvimento constitucional no plano supranacional e a prevalência do “*mindset* gerencialista”, orientado sobretudo pelas exigências do mercado financeiro, sobre o “*mindset* kantiano”, que demandaria a fortificação da autolegislação democrática. Brunkhorst propõe “uma mudança massiva contra a doença mortal do neoliberalismo chamada austeridade”, apontando como alternativa a elevação de tributos, para concluir que, “sem uma luta de classes democrática renovada, transnacional, não há saída da crise”.

Ana Luiza Pinheiro Flauzina contribui com a reflexão crítica “As fronteiras raciais do genocídio”, na qual aponta para as características eurocêntricas da justiça internacional, especialmente ao considerar a questão racial. Na sua análise, as vítimas brancas e europeias do holocausto tiveram e têm tido um tratamento jurídico-internacional extremamente diverso dos “corpos negros” massacrados pelos genocídios. Após uma cuidadosa exposição, ela conclui que “os representantes das elites brancas na diáspora não se encaixam nos padrões de réus na destruição de comunidades negras, porque os sistemas de supremacia branca não devem ser desafiados”.

Ricardo Jacobsen Gloeckner e David Leal da Silva oferecem o artigo “*Criminal compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*”. Trata-se de um estudo acerca do mecanismo penal chamado “*criminal compliance*”, que, no Brasil, ganhou relevância especialmente com as Leis 9.613/98 e 12.683/12. O dever *compliance* é posto em xeque pelos autores, que o consideram contrário à garantia *nemo tenetur se detegere*, destinada a limitar a ação do Estado na obtenção de provas contra a vontade do suspeito ou acusado. Nessa perspectiva, eles sustentam que tal dever submete o direito penal a uma cultura do controle, à lógica atuarial e à razão econômica. Com base em Michel Foucault, os autores concluem que os “deveres *compliance* são apenas mais um dispositivo de segurança imerso na grande rede de governamentalidade na sociedade pós-disciplinar”, propondo que se investigue “até que ponto são compatíveis com a Constituição da República e quais os limites a serem impostos”.

No artigo intitulado “Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do *Bundesverfassungsgericht* que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo”, João Costa Neto analisa de forma detalhada a decisão referida no título. Ele esclarece a linha argumentativa do Tribunal Constitucional Federal alemão, enfatizando que a decisão fundamentou-se nos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, assim como destacando que o a Corte alemã determinou a modulação de efeitos.

No único artigo-resenha deste número, também aprovado por *peer/blind review*, sob o título “Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin”, Alexandre Araújo Costa faz uma crítica contundente aos argumentos apresentados por Dworkin no seu último livro, “Justiça para ouriços”. O autor afirma a presença de uma tensão entre pressupostos platônicos e uma metodologia aristotélica no liberalismo universalista de Dworkin, fazendo restrições a um modelo de moral objetiva que afasta qualquer crítica filosófica suscetível de questionar os seus pressupostos. Nessa perspectiva, nega *status* filosófico à tese de Dworkin, atribuindo-lhe um significado teológico.

Na sessão de Comentários e análise de jurisprudência, convidamos três renomados constitucionalistas para discutir a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, favorável à união estável homoafetiva como entidade familiar: Luis Roberto Barroso, Lenio Streck e Leonardo Martins. Enquanto Barroso defende a correção do julgamento do STF, especialmente com base em argumentos principiológicos, Streck e Martins criticam a decisão por atribuir-lhe falta de fundamentação constitucional: Streck, na perspectiva da hermenêutica, faz objeções ao caráter subjetivo e arbitrário do julgamento, com base no seu autoproclamado “bordão” “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”; Martins, por sua vez, faz uma crítica à inconsistência metodológica e jurídico-dogmática da decisão, atribuindo-lhe caráter retórico e afirmando a sua insustentabilidade teórica decorrentes da invocação inapropriada de modelos da doutrina jurídica e jurisprudência alemã.

Por fim, na sessão de resenha, são analisados três livros de autores brasileiros: Luis Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, por Gilberto Guerra Pedrosa; Marcus Faro de Castro, *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*, por Carina Calabria; Juliano Zaiden Benvindo, *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, por Gabriel Rezende de Souza Pinto. Este é o primeiro passo para o desenvolvimento de uma prática regular de publicação de resenhas não apenas de obras de autores estrangeiros, mas também de acadêmicos brasileiros.

Neste primeiro número, temos a esperança de estarmos fixando o marco inicial de um periódico que sirva de meio para internacionalizar a cultura jurídica brasileira, viabilizando um debate permanente

de acadêmicos interessados em matérias referentes ao direito, especialmente em termos de interdisciplinaridade, dentro do horizonte complexo da sociedade mundial.

Brasília, janeiro de 2014

Marcelo Neves

Editor-Chefe

ARTIGOS

// ARTICLES

**O DIREITO DIANTE DE SUA LEI:
SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE
AUTORREFLEXÃO COLETIVA DA
MODERNIDADE JURÍDICA**
// THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ
KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF
LAW'S SELF REFLECTION

Gunther Teubner

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente artigo oferece uma nova interpretação da celebrada parábola “Diante da lei”, de Franz Kafka. É inspirado pelos recentes desenvolvimentos na teoria do direito europeia, particularmente pelos trabalhos de Jacques Derrida, Niklas Luhmann e Giorgio Agamben, e sugere uma mudança dupla de papéis na confrontação dos protagonistas da parábola - o “homem do campo” e a “lei”. De acordo com essa interpretação, não é um indivíduo específico que se encontra “Diante da lei”, mas o discurso jurídico propriamente dito, que está em uma busca compulsiva pela sua lei; por sua vez, a “lei” da parábola não remete a uma autoridade generalizada e distante (poder, moralidade, religião etc), mas ao direito positivo e válido de nossos tempos. O artigo coloca a seguinte questão: o que acontece dentro da misteriosa relação entre “direito” E “lei”, que tem sempre atormentado a teoria do direito, quando essa relação é sujeita à lógica opressiva do universo kafkiano? // The article offers a novel interpretation of Franz Kafka’s celebrated parable ‘Before the law’. It is inspired by recent developments in European legal theory, particularly by the work of Jacques Derrida, Niklas Luhmann and Giorgio Agamben. It suggests a dual role change in the confrontation of the parable’s protagonists - the ‘man from the country’ and the ‘law’. According to this interpretation it is not a specific individual that stands before the law but it is the legal discourse itself that is in a desperate search of its law, and the parable’s ‘law’ for its part is not a generalized and distant authority (power, morality, religion etc), but the valid and positive law of our times. The article asks the question: What happens within the mysterious relationship between ‘Law AND law’ which has always preoccupied legal theory when that relationship is subjected to the nightmarish logic in Kafka’s universe?

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Kafka; teoria dos sistemas; direito e literatura. // Kafka; systems theory; law and literature

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor de Direito Privado e Sociologia Jurídica na Goethe-University Frankfurt/Main. // Professor of Private Law and Legal Sociology. Principal Investigator, Cluster of Excellence “The Formation of Normative Orders” at Frankfurt University.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Traduzido do original em alemão por Ricardo Resende Campos, mestre e doutorando em Teoria do Direito e Direito Global na Goethe Universität Frankfurt am Main, sob a orientação do Prof. Gunther Teubner. Revisão da tradução por Felipe Neves Caetano Ribeiro, mestrando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). // Translated from the original text in German by Ricardo Resende Campos, master and PhD. candidate in Legal Theory and Global Law at the Goethe-University of Frankfurt am Main, under the supervision of the Professor Gunther Teubner. Proof-reading of the translation by Felipe Neves Caetano Ribeiro, master candidate in Law at the University of Brasília (UnB).

>> AGRADECIMENTOS // ACKNOWLEDGEMENTS

Sou grato aos participantes do seminário dirigido por Christoph Menke pelas sugestões críticas no semestre de verão 2011. // For critical suggestions I am grateful to the participants at a seminar given by Christoph Menke in Frankfurt in the summer semester 2011.

1. HOMEM DO CAMPO

Imaginemos que o homem do campo da parábola “Diante da Lei”, de Kafka, não seja o indivíduo humano entregue à violência da legalidade institucionalizada (do poder, da moral, da religião, etc.)¹, conforme denotado em numerosas interpretações kafkianas com suas fixações prematuras em papéis. Imaginemos, ao invés disso, que ele seja um “juiz do campo”, que – no campo – tenha que lidar com um caso jurídico, baseando-se no direito e na lei e que, agora, na agonia de ter que decidir, não consegue encontrar o que é direito de acordo com a lei. Posto de outra forma: imaginemos que a via jurídica concreta propriamente dita, ou, de forma mais geral, a *prática decisória da aplicação jurídica* nas balbúrdias da vida, é que está diante de sua própria lei e não sabe como proceder.

Nesse sentido, não se trata do réu que responderia no processo penal perante a lei, nem da parte que busca, diante da lei, seu direito; mas do próprio direito em sua busca compulsiva pela lei. Quando confrontamos os protagonistas dessa dupla troca de papéis – não mais o indivíduo concreto, mas o discurso jurídico que se encontra “diante da lei” e, por sua vez, a lei não é mais uma autoridade universal remota, mas, de forma muito mais banal, o próprio direito positivo válido –, então, deparamo-nos com a seguinte pergunta: o que ocorre dentro da relação enigmática entre “O direito E A lei” quando essa relação está sujeita à lógica opressiva do universo kafkiano?

A perspectiva individualista não deve ser questionada quanto à própria forma de justificação. De modo complementar, entretanto, a visão institucionalista permite que questões completamente distintas no mundo de Kafka venham à tona. Encorajado por essa interpretação excêntrica, complementarei minha abordagem especialmente com o furacão associativo de Jacques Derrida sobre Kafka, no qual ele cita a literatura “diante da lei”². E, com o próprio Kafka, que fixa seus observadores nas diferentes instituições – no poder, na área militar, no circo, na medicina – e que sempre os descreve não como intrusos, mas como integrantes do cotidiano profissional-institucional: o agrimensor, o médico do campo, o pesquisador, os novos advogados, os servidores bancários, os mandatários. Por último, mas não menos importante, as próprias experiências negativas de Kafka enquanto corretor de seguros submetido aos absurdos do direito típico das sociedades seguradoras certamente influenciaram sua produção literária. Desse modo, parece bastante plausível que, na parábola de Kafka, não apenas seres humanos de carne e osso são atormentados perante as barreiras da lei, mas também, simultaneamente, os institutos jurídicos da modernidade são submetidos ao tormento da autoprovação.

O discurso jurídico, que busca assegurar-se de sua lei, é atormentado por outros pesadelos para além da arbitrariedade da justiça com as pessoas sujeitas ao direito. A parábola de Kafka torna visíveis os abismos, diante dos quais uma autorreflexão coletiva da *epistemic community* do direito se posiciona. Quando o direito se coloca “diante” da lei, ele está, então, na busca desesperada por sua origem temporal, por sua fundação

social e pelo conteúdo de suas normas e decisões. E coloca-se a questão insolúvel da precedência: o direito tem mesmo precedência diante da lei? Ou, ainda, a lei não teria, definitivamente, precedência diante do direito? Deveria, então, a cadeia de episódios da via jurídica ter precedência temporal sobre a lei, ou sobre a norma, que fornece elementos para a decisão? Ela não deveria ser também, do ponto de vista técnico (*sachlich*), a origem da lei? Do ponto de vista social: não deveria a decisão caso-a-caso ter precedência hierárquica, em que ela derrogaria a lei geral? E, na relação triangular existente entre o Homem do campo, o Guardião e a Lei, a questão torna-se ainda mais complexa: quem tem precedência: a lei, o pronunciador da lei, ou a via jurídica? Em qual dos três se encontra a origem da norma?

“O homem do campo”, do ponto de vista institucional, multiplica o significado dessa fórmula originária e acaba não se retringindo apenas ao leigo camponês, que fracassa nas armadilhas tergiversais do conhecedor do direito. A diferença aí implícita entre cidade/campo abre, nesse ponto, uma gama de dimensões distintas, que aqui não serão todas tematizadas. Porém, as seguintes diferenças serão elucidadas: 1. Lei vs. vida, de forma mais geral: cultura vs. natureza. 2. Norma legal vs. procedimento de aplicação legal, de forma mais geral: estrutura vs. processo. 3. Texto legal vs. interpretação jurídica, de forma mais geral: norma vs. decisão. 4. Lei vs. caso concreto, de forma mais geral: universalidade vs. singularidade. “O homem do campo” – que agora não se afigura somente como uma pessoa singular (litigante), mas transforma-se no complexo processo de aplicação jurídica como um todo, processo esse que se coloca diante do portão da lei, desempenhando seu papel diretamente no limiar em que a vida se distingue da lei.

2. AUTOCALÚNIA

Com a afirmação de que quem deve ter caluniado Josef K. no “Processo” foi nada mais nada menos que o próprio Josef K., Giorgio Agamben torna plausível a ideia de que não se trata de uma acusação de uma instância exterior, estranha, contra um ser humano “perante a lei”, mas que o próprio homem do campo é quem acusa a si mesmo³. Seguindo a mudança de papel aqui sugerida, então, a autoacusação de um ser humano transforma-se em uma autoacusação do direito. O direito processa a si mesmo⁴.

O direito não pode escapar de sua autoacusação, porque (como o homem do campo “insaciavelmente” indaga o guardião da lei sobre a lei geral), se segue seu inexorável impulso interno para universalização, então, a pergunta “justo ou injusto?” coloca-se inevitavelmente não apenas para um caso jurídico concreto a ser apreciado, mas para todas as ações humanas e para todos os acontecimentos mundanos sobre a situação jurídica. De fato, historicamente, o direito moderno – quando se passou do pensamento em ações para o pensamento em situações jurídicas – completou essa transição rumo à universalização de suas categorizações

e juridificou o mundo por inteiro. Inevitavelmente, então, a via jurídica defronta-se consigo mesma e se faz a atormentadora indagação: É justa a aplicação da diferença “justo/injusto”? Nesse ponto, o direito encontra-se diante dos paradoxos da autorreferência. Como um mentiroso de Creta, cujas afirmações verdadeiras se transformam em mentiras e vice-versa, não se trata de uma simples contradição, mas de uma interminável oscilação no paradoxo: Quando justo, então injusto. Quando injusto, então justo... Esse é o paradoxo fundamental do direito, que não obtém uma resposta positiva clara, nem uma resposta negativa evidente quanto à questão de sua fundação, mas um desdenhoso oscilar entre o valor positivo e o valor negativo de uma justificativa viável. O pecado original do direito ocorre no momento em que a diferença justo/injusto é colocada no mundo e, com isso, não apenas o justo, mas também o injusto é produzido de forma permanente. O direito torna-se culpado no mundo, porque, no momento em que ele o violenta utilizando essa diferença – e não apenas quando ele aplica sua pena a um réu –, especialmente no momento em que o direito afirma a *quaestio juris*, ele rasga a inocência do mundo com seu código binário “ou justo ou injusto” – *tertium non datur*. Nesse sentido, ele coloca os seres humanos, os acontecimentos e também a si próprio sob a suspeita kafkiana geral, que, de fato, não se deixa superar com o direito humanizado decorrente do Iluminismo e sua presunção de inocência. A compulsão inexorável de explorar o mundo permanentemente com esse critério produz, continuamente, novos “injustos”. E, precisamente, a tão aclamada lei geral, que deveria eliminar a arbitrariedade do caso concreto, cria, ela própria, o injusto, pois, com suas violentas abstrações, ela nunca consegue ser justa com a singularidade e suas infinitas manifestações.

A lei kafkiana força a prática jurídica a gerar a vida por uma segunda vez, ao criar uma “realidade jurídica” fictícia – quase monstruosa, mas bem real em sua ficção. Durante todo o livro “O Processo”, no qual Josef K. transforma fantasiosamente as banalidades de sua vida de servidor bancário em uma situação de perseguição, lança-se um testemunho horripilante sobre o mundo ilusório ao qual a moderna juridificação da vida nos conduz⁵. O palácio da lei de Kafka é uma das muitas “jaulas de ferro de dependência do futuro” que Max Weber profetizou para a modernidade – o castelo seria outro exemplo dessa jaula, bem como o circo, a América e a colônia penal. A coerção exercida no palácio da lei reduz o ser humano de carne e osso à pessoa jurídica que age sob coerção e cujas características se restringem a ter direitos e deveres, cuja atividade se limita a cometer justos ou injustos, cuja única qualidade reside em ser culpada ou inocente. A geração desse segundo mundo é uma ação diabólica do direito. Trata-se de um ato de violência contra a vida, por meio do qual o direito acusa a si próprio, quando ele utiliza seus critérios em si mesmo. Essa é precisamente a maldição da ação do injusto, que, ao se propagar, gera novos injustos.

Entretanto, deve-se se dar um passo adiante. Não apenas autoacusação, mas autocalúnia do direito. Essa seria a terceira interpretação da discussão na catedral entre Josef K. e o capelão da corte, envolvendo a questão de

se o guardião enganou o homem, ou se é propriamente o enganado⁶. Em sua busca pela lei, a prática jurídica da modernidade é vítima do autoengano – em seu autojulgamento, ela própria se engana, e não com negligência ou com *dolus eventualis*, mas com *dolus directus*. Porque, em nítida consciência de que se utiliza de categorias falsas para sua autoacusação, o direito calunia a si próprio. Não somente quando condena seres humanos, mas quando processa a si mesmo, o direito não encontra outro caminho a não ser expor a lei às suas próprias categorias caluniosas. Aqui, a crítica de Kafka aponta, pela segunda vez, para o direito moderno, orgulhoso de sua autonomia e formalidade. A crítica não se direciona, neste ponto, à prática de aplicação do direito, mas à sua autorreflexão, porque, à diferença do direito de sociedades tradicionais, cuja lei é imersa de forma indissolúvel em uma cosmologia abrangente em seus contextos morais, religiosos e políticos, o direito da sociedade funcionalmente diferenciada não pode julgar sua lei de forma abrangente e decidir se ela é verdadeira ou falsa, boa ou ruim, útil ou prejudicial, bonita ou feia, saudável ou doentia, justa ou injusta.

A falta de critério da lei positiva, que somente é posta como norma jurídica por meio da decisão: esta é a doença da modernidade jurídica. À disposição do direito moderno encontra-se somente seu estreito, inadequado para o mundo e descontextualizado (acima de tudo, sem sentido) código binário justo/injusto – essa *langue de bois* da legalidade moderna. O direito somente pode refletir sobre si mesmo com a ajuda de suas construções mundanas falsificadas. Seu próprio julgamento está preso ao fanatismo de seus critérios, procedimentos e foros. O pecado original do direito não ocorre apenas pelo fato de que ele comete injustiças, por meio da violência de seu código binário, contra as pessoas a ele submetidas, mas pelo fato de que, até em seus melhores momentos, nos momentos de reflexões críticas, o direito comete essa injustiça da autocalúnia e sempre procederá dessa forma. Esse modo de autoenganar-se do direito moderno – o guardião do portão mente para o homem, o homem mente para o guardião, e a lei mente para ambos – não deve “ser considerado verdadeiro, é preciso considerá-lo apenas necessário”⁷ –, como o capelão da corte na catedral acertadamente diz, assim como faz Josef K., ao comentar a total jurisdificação do mundo: “A mentira é transformada em uma ordem universal”⁸.

3. EXCESSO DE AMBIVALENCIAS

No entanto, a *Kalumniä*, com a qual Agamben retrata com frequência Josef K., não abrange o problema como um todo, pois ele descreve o direito conferindo mais ênfase a seu valor negativo. Agamben vê apenas o impuro, a forma pela qual o direito age frente aos seres humanos. A história do direito de Agamben é um relato de infortúnios que se inicia com o *homo sacer* e termina nos campos de concentração, de punição e de refugiados – na colônia penal de Kafka. A parábola “diante da lei”, de Kafka, denota uma estrutura mais complexa: *Não somente pura negatividade*,

mas excesso de ambivalência. Porque o direito produz sempre ambos: ele coloca pessoas em posições ilegais e outras em posições legais. Ele induz, com suas sentenças, dor, sofrimento e agonia, mas, ao mesmo tempo, gera segurança de expectativas e confiança, sobre as quais as pessoas podem construir planos de vida. Kafka padeceu, no decorrer de sua própria vida, sob o absurdo do direito dos seguros. Todavia, ele sugeriu propostas ousadas sobre como esse direito disparatado poderia almejar mais justiça⁹. Devido ao fato de o direito somente gerar ficções, ele acaba produzindo mentiras permanentes; contudo, justamente as mentiras jurídicas podem ser altamente úteis, como mostra a conhecida parábola jurídico-islâmica dos doze camelos. O direito de Kafka ocasiona as agonias da permanente consciência de culpa e desperta a esperança da absolvição libertadora. No sucesso do direito moderno está seu fracasso e, em seu fracasso, encontra-se seu sucesso.

Essa simultaneidade é que torna a agonia, de fato, insuportável, porque, baseado unicamente em uma negatividade pura, como propõe Agamben, o caminho libertador estaria aberto: a (auto)destruição do direito. O homem do campo não se sentaria ininterruptamente desnor-teado perante o guadião do portão. Ele iria – não, ele deveria – protestar contra o evidente injusto, ou lutar contra ele, ou simplesmente fugir. *Voice* ou *Exit*. No protesto ou na fuga, o direito definitivamente se libertaria da lei. Essa foi a mensagem central do movimento livre do direito (*Freirechtsbewegung*): desconsiderar a lei, se você puder decidir. Esse pietismo jurídico não tem nada a ver com o mundo jurídico de Kafka. Em “Diante da Lei”, o processo jurídico recebe a resposta paradoxal no tocante à ameaçadora questão relativa a se o direito procede de forma justa ou injusta, quando a lei é aplicada por ele. A resposta é: na aplicação da lei, o direito gera, simultaneamente, tanto o justo quanto o injusto.

A certeza apodídica do pré-conceito de Agamben frente ao direito – *Kalumnia* – transforma-se, em Kafka, em uma incerteza existencial: *Kalumnia* – ou, talvez, a verdade? Observando-se o observador “na galeria”, a ambivalência excessiva do universo de Kafka vem à luz de forma mais clara.

Se “uma amazona frágil e tísica fosse impelida meses sem interrupção ao redor do picadeiro” pelos cruéis rituais circenses, talvez então um jovem rapaz da galeria descesse às pressas e bradasse o “basta!”. “Mas, uma vez que não é assim”, ele “chora, sem o saber”¹⁰. O pavor não é simplesmente a realidade por detrás da bela aparência, nem o pavor e a aparência têm o mesmo status de realidade. A aparência é expressa no modo indicativo, para denotar aquilo que é real; e, o pavor, no modo subjuntivo, para denotar aquilo que é somente possível. Essa curiosa ambivalência assimétrica rechaça o *negativismus* de Agamben, que apenas consegue enxergar, na lei da modernidade, o pavor. É infinitamente mais complicado lidar com a ambivalência excessiva do que com o pavor absoluto.

O paradoxo impõe que a autoacusação do direito também nunca pare de oscilar entre os valores justo/injusto. Uma decisão nunca decorre automaticamente da acusação e, da mesma forma, uma decisão não decorre da lei por um direito acima de todos, no sentido de Agamben. A decisão

sobre a lei permanece diferida. E permanece indecível, mesmo quando, na pura existência do próprio direito, a culpa procede – ou ao menos seu merecimento. E isso exprime, em última análise, “a situação kafkiana *par excellence*”: não a certeza de que a autoacusação é uma calúnia consciente, como sugeriu Agamben e, com isso, a própria culpa do direito fica intrínseca; mas, de fato, a incerteza atormentadora sobre se a autoacusação é uma calúnia de um inocente ou uma reflexão promissora da verdade e da justiça.

E esse paradoxo explica, de fato, a curiosa passividade ativa do homem frente ao guardião do portão. O paradoxo paralisa a prática jurídica e retira dela a coragem para decidir pela oposição à lei ou pela fuga, ou pela resistência, pela *voice* ou *exit*. Mas esse é apenas um lado da moeda. O outro lado apresenta-se no fato de o paradoxo do direito tentar a desparadoxização da lei por meio de constantes novas diferenças, como o homem “jurídico” do campo oferece de forma quase submissa ao guardião do portão da lei. Enquanto o negativismo de Agamben clama pela abolição da lei, o paradoxo kafkiano provoca tentativas constantes de geração de diferenças insaciáveis, que devem traçar os vestígios da lei “na obediência pensativa”. Entretanto, qual qualidade teriam essas diferenças?

4. A DECISÃO

O puro desamparo do homem do campo diante da inacessibilidade da lei – do nosso ponto de vista, a paralisia da reflexão jurídica, que é desencadeada pelo paradoxo fundacional e pelo paradoxo da decisão da lei – não constitui o fim da história. Como relâmpagos, três eventos repentinos estremecem o homem do campo no momento de sua morte. Primeiramente, o irromper do brilho inextinguível. Depois, o fato de que a entrada estava, em particular, destinada apenas a ele. E, por último, a entrada é fechada. Após essa experiência decisiva¹¹, comparável à conversão do apóstolo Paulo em sua rota para Damasco, não se pode mais permanecer na suspensão gerada pelos paradoxos.

“...essa entrada estava destinada só a você...” (grifo meu). Com isso, é proferido um duro julgamento: quem está diante da lei é condenado à liberdade de decisão. Confere-se uma nova conotação às duas respostas dúbias anteriores do guardião do portão – proibição da entrada, mas com postergação para outro momento; deixar a entrada livre, mas com aviso sobre os guardiões ainda mais poderosos. Nem a universalidade da lei, baseada na qual ele poderia aferir elementos para a decisão, nem o suporte dos outros, que buscam o acesso à lei, oferecem diretivas sobre como ele deve decidir. Essa coerção absoluta à decisão significa, na perspectiva individual, que se deve rearranjar radicalmente o direito objetivo de um normatizador externo (*Normgeber*) – cujos imperativos normativos o sujeito deve obedecer – para o direito subjetivo do indivíduo, ou seja, para o poder legiferante (*Rechtssetzung*) do sujeito, que é, entretanto, submetido à lei. Na perspectiva institucional, o “só para você” significa que o processo judicial individual é, em sua decisão, voltado para si próprio.

Nenhuma outra instância – nem mesmo a tão aclamada lei geral – pode ser responsável pela criação normativa crucial para a decisão: somente o processo jurídico singular e concreto em andamento. Como forma, a lei tem apenas uma validade vazia e sem significado. A lei como estrutura concreta, como clara norma comportamental vinculante, não tem existência própria frente ao acontecimento jurídico. Ela existe somente a partir do momento em que um evento jurídico a aciona e só ganha real existência quando esse evento desencadeia expectativa de futuros eventos jurídicos. Ela deve ser sempre invocada novamente com referência ao novo, por meio de acontecimentos jurídicos. Quando o direito como cadeia de eventos morre, então, é também “fechada” a porta para a lei. Códigos legais não são a lei propriamente dita, mas, na melhor das hipóteses, guardiões de portões. Dito de outra forma, eles são apenas sedimentos de sentido, que só são despertados para um novo sentido pela invocação do evento jurídico. A invocação deve ser revitalizada de forma constante.

Mas essa autonomia normativa (*Normsetzungsautonomie*) encontra-se “diante” da lei, ela permanece vinculada à lei. Pois, sem a lei e seus infinitos “mundos por detrás de mundos”, os quais geram o campo da normatividade, não há liberdade para implementar normas (*Normsetzung*), não há desenvolvimento do direito, nenhuma justiça é possível. A liberdade, com a qual a lei condena o direito, não é simplesmente um caos desestruturado, senão a liberdade para implementar normas (*Normsetzung*), que é pré-moldada pelas estruturas da lei. Derrida afirma com exatidão: Apenas as condições de possibilidade da cognição do direito, que são inerentes à lei, “...garantem a força para um texto, *faire la loi*, iniciando por ele mesmo. Entretanto, isso somente ocorre sob a condição de que o texto propriamente dito possa se manifestar perante a lei de um outro, um texto mais poderoso, conservado por guardiões ainda mais poderosos”¹². O fato de isso ser circular e tautológico não precisa ser necessariamente compreendido como crítica. Pelo contrário. No livro “O Processo”, de Kafka, a tautologia torna-se autológica, porque o texto do capítulo “Catedral” aplica a circularidade do normativo a si mesmo: a parábola “Diante da lei” encontra-se diante da lei de todo o livro “O processo”, assim como esse romance se encontra diante da lei da referida parábola. Não somente no sentido de que ambos se interpretam, mas também no sentido de que ambos se têm reciprocamente como pré-requisitos. A normatividade característica da culpa de ambos os textos não surge de uma instância do estabelecimento de normas (*Normsetzung*) independente, exterior, mas de uma inter-relação autorreferencial, flutuante, autossuportada de ambos os textos.

De fato, há uma contradição nesse dever de estabelecimento de normas (*Normsetzung*), pois os guardiões poderosos dos portões proíbem ao homem do campo o acesso à lei. E, ao mesmo tempo, o acesso é destinado apenas a ele. Nesse ponto, ele é exposto a um perplexo *double bind*: ele é obrigado a obedecer à lei e, simultaneamente, é obrigado a infringi-la. Aja de forma que a máxima de sua vontade seja, a todo momento, obedecer e, ao mesmo tempo, sempre infringir a lei. Esse *double bind* fornece a ele liberdade absoluta e o coloca, ao mesmo tempo, em dívida permanente: coerção para decidir e culpa pela decisão.

Qualquer que seja a decisão tomada, ele se coloca sempre em culpa. O indivíduo é culpado por ter infringido a lei ou é culpado por não se ter rebelado contra a lei. Seria legalmente correto corromper o primeiro guardião do portão ou o homem deveria ter tido coragem para se lançar na luta pelo direito?

A teoria jurídica atualmente predominante cala-se sobre essas exigências paradoxais. O paradoxo fundacional da lei, o paradoxo decisional da aplicação da lei, o *double bind* do direito subjetivo são banidos da teoria do direito. Alguns simplesmente negam sua existência; outros as proíbem, baseando-se em argumentos da lógica das figuras de pensamento paradoxais; e, por sua vez, outros as ridicularizam e as etiquetam como simples joguetes de pensamento. Diante da sugestividade opressiva dos textos de Kafka, as três refutações surgem, todas elas, como simples gestos inúteis. Somente poucos teóricos atuais do direito enfrentam os paradoxos de forma séria: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben e Jacques Derrida.

5. CONTEXTOS DE ENGANOS

Luhmann constrói sua teoria do direito sob a ousada tese de que o lugar do sujeito transcendental é, atualmente, tomado pelo paradoxo¹³. Da mesma forma que Kafka, Luhmann enxerga o direito no sentido de que ele acarretou uma expressiva autonomia no processo de modernização, sendo, desde o início, capturado pelos paradoxos da autorreferência, de modo que a autonomia de suas autorreflexões é ameaçada com a paralisia. Para Luhmann também, a saída da paralisia é: “...essa entrada estava destinada só a você”. A perplexa revelação do guardião do portão retira-nos da imobilidade, da suspensão, do crepúsculo. “*Draw a distinction*” – esse é o mandamento de Luhmann para a prática jurídica, a forma pela qual ela deve contornar os paradoxos. O discurso jurídico propriamente dito, e unicamente ele, deve encontrar uma nova distinção, e essa é a estratégia da desaparadoxização, que o protege diante dos abismos paradoxais. Mesmo que a nova distinção, por sua vez, baseie-se necessariamente em um paradoxo, ela tem, entretanto, uma força autossustentável, que se baseia em sua plausibilidade e em sua capacidade de resolução de conflitos – mesmo que por tempo limitado.

Certamente, essa solução elegante não é justa com o acontecimento na cena da morte. Ela não reage aos dois repentinos acontecimentos seguintes. Sim, ela tem que desconsiderá-los. A desaparadoxização luhmaniana não pode fechar a porta da lei paralisante; ela deve contar com o retorno incessante do paradoxo da lei. O “elogio à rotina” luhmanniano certamente não faz irromper o brilho da porta da lei. Ele apenas perpetua a rotina consuetudinária das distinções jurídicas formalistas, a permanente recursividade das operações jurídicas. A nova diferença apenas camufla o paradoxo em um lugar mais seguro, do qual, certamente, em breve, irá irromper.

Agamben, ao contrário, lê, afinal, dois dos eventos conjuntamente: “... essa entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a”. O

fechar da porta – esta é a mensagem crucial para Agamben, que confere a ela uma leitura surpreendente. O fato de que a porta da lei é fechada não é uma derrota nem um fracasso do homem do campo, mas é, pelo contrário, o resultado de sua estratégia paciente de esperar e de seu encontro intensivo e até íntimo com o guardião da lei, em vez da própria entrada impossível da lei. A estratégia é direcionada a compelir o guardião a obstruir o acesso à lei. O homem encontra justamente sua libertação quando o acesso à lei se fecha, quando a lei é revogada, quando sua validade vazia é interrompida, quando a lei, propriamente dita, é abolida¹⁴.

Entretanto, Agamben não consegue lidar com o brilho. Na leitura de Agamben, o brilho, que o homem reconhece na escuridão, não exerce quase nenhum papel. Mas esse “Brilho, que irrompe inextinguível da porta da lei” é o momento mais intenso da parábola. Ele irradia os outros dois eventos na cena da morte. Em sua luz, tudo é diferente. Derrida fala até do “momento mais religioso”¹⁵. E o que diz a parábola sobre a origem e sobre a intensidade do brilho? O brilho vem “da porta da lei”, ou seja, somente dessa porta, e ele é “inextinguível”. Isso é o oposto da abolição da lei, pleiteada por Agamben. Não se pode vivenciar, de forma alguma, a experiência do brilho sem a lei, sem sua pretensão de validade vazia, sem sua mentira, sem seus paradoxos, sem sua obscenidade. Sem lei, não há brilho. A anomia esperada por Agamben não pode gerar o brilho. Isso ocorre porque a dúvida, evocada por Kafka, não atinge a desilusão constitutiva da lei (*Lebenslüge*), que Agamben quer liquidar, porque ela bloqueia a justiça. Isso é muito simplório. Então, a lei poderia ser deixada de lado, ser abolida, revogada. Essa possibilidade encontra-se sempre em aberto. Em vez disso, o homem vivencia a experiência perplexa de que a desilusão constitutiva da lei (*Lebenslüge*) é necessária para possibilitar, mesmo que de forma momentânea, passageira, um prospecto sobre a justiça. Em outras palavras, a justiça é dependente da obscenidade da lei. Justiça não é concebível sem lei.

Somente a partir do contexto indissolúvel dos três acontecimentos é que se pode interpretar a cena da morte – brilho inextinguível, destinação singular, fechar da porta. Na luz do brilho, o fechar da porta não significa a abolição da lei nem sua revogação em uma sociedade futura. Tampouco se pode reduzir a simultaneidade do brilho e do fechar da porta à oposição entre um presente maligno e a promessa de um futuro distante mais benevolente, como sugerido por Agamben. Isso seria maniqueísmo, em que a sociedade por vir é esperada somente pelo “muçulmano”, ou seja, pela mais profunda humilhação¹⁶. E que torna a salvação de uma nova comunidade dependente da abolição da lei. Entretanto, o brilho e a escuridão coincidem no presente acontecimento. Na escuridão, pouco antes do fechar da porta, a luz surge como o momentâneo reluzir de oportunidade, *que torna possível, no fracasso do direito perante a lei, a justiça*.

Em uma perspectiva individualista, poderia ser interpretado que o homem, no final de sua agonia, vivencia a cognição subjetiva da justiça individual. Uma perspectiva institucional daria um passo adiante e poderia referir-se e limitar essa possibilidade à via jurídica em particular.

Somente para o conflito singular, e não para outros conflitos, é destinado esse acesso à lei e, apenas para ele, é possível avistar a justiça. Uma justiça estrita e limitada ao caso particular é possível, porém, sem qualquer chance de generalização. A justiça do processo particularizado não tem nenhum efeito contínuo; ela, ao invés disso, fecha a porta da coisa julgada (*Rechtskraft*), que deve ser novamente aberta a cada novo processo e fechada imediatamente depois.

Essas são duas possíveis interpretações. Pode-se, entretanto, perguntar se o texto não permite a leitura que leva ao extremo a crítica de Kafka acerca da modernidade jurídica. O discurso jurídico autônomo seria propriamente o sujeito coletivo diante da lei, que somente pode experimentar o brilho, na própria transcendência, em face da lei destinada apenas para ele. Nessa própria transcendência não estaria nem o futuro de abolição do direito, nem uma volta à legalidade intrincada das sociedades tradicionais. As experiências vivenciadas por Kafka, no castelo do agrimensur, com as estruturas repressivas da comunidade rural, contra as quais ele frequentemente se rebelou, demonstram que Kafka é libertado de qualquer nostalgia com relação ao direito pré-moderno. “destinada apenas a você” denotaria, então, a *própria-justiça do direito autônomo moderno*, que somente se desenvolve propriamente na superação da lei e, com isso, não pode recorrer a nenhuma outra instituição, nem à política, nem à ciência, à moral, à religião. Na modernidade, é peremptoriamente fora de cogitação uma justiça abarcadora de toda sociedade; há somente uma auto-justiça determinada para o direito, a qual difere claramente de outras autojustiças da política, da moral ou da ciência. A Autotranscendência do direito moderno significaria, então, que existiria um caminho próprio para o direito como instituição singular, que somente ele mesmo, e nenhuma outra instituição, pode percorrer. Apenas na cegueira, na qual o descontextualizado direito moderno é aprisionado, pode-se perceber o brilho de sua autotranscendência. Não se quer dizer um acesso de uma consciência individualizada à transcendência, mas um acesso coletivo à transcendência, que não diz respeito, entretanto, à sociedade como um todo, mas à autotranscendência do discurso jurídico propriamente dito¹⁷.

6. BIFURCAÇÃO

Dessa maneira, se pensarmos nos três acontecimentos conjuntamente, revelam-se, então, duas outras leituras contraditórias, por meio das quais o comportamento do homem do campo é avaliado.

Em uma das interpretações, é o simples fato de permanecer sentado – essa nem tão louvável passividade ativista do homem do campo – que lhe confere a justiça. O interminável esperar do homem, bem como suas insaciáveis perguntas, não foram em vão. Ele ganha em capacidade de decisão no último momento de seus esforços. Isso porque ele desiste de entrar no interminável vazio da lei e, ao contrário, tenta transpassar em um esforço duradouro por diferentes mundos. Ele não se encontra

“na” lei, mas ele continua fora, “diante” da lei, exterior à lei, no limiar, na permanente confrontação com o guardião, para interceder lá, entre a vida e a lei. É notório que a capacidade de julgar não decorra, simplesmente, da subsunção do especial sobre o geral, mas da criação de pontes entre dois mundos incompatíveis¹⁸.

Kafka radicaliza o contraposto a ser transpassado: não simplesmente na direção razão/emoção, mas no cálculo jurídico/irracionalidade, na ordem da lei/caos da vida e, finalmente, imanência/transcendência.

Essa interpretação aproxima-se do refinado truque com que Jacques Derrida apresenta sua desconstrução do direito¹⁹. Após uma radical transcendência da lei positiva, após a passagem pelo deserto, no delírio da justiça infinita, então, Derrida clama, surpreendentemente, pelo estabelecimento de um “compromisso”, um compromisso da justiça com os cálculos mais triviais das consequências jurídicas, das subsunções banais sob uma regra jurídica. De acordo com Derrida, a experiência angustiante da justiça não pode servir como *álibi* para a serenidade, com a qual se espera um futuro possível. “Abandonada a si mesma, a idéia incalculável e doadora da justiça está sempre mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode ser sempre reapropriada pelo mais perverso dos cálculos... Mas a justiça incalculável manda calcular.”²⁰

Penetrar ainda mais profundamente os paradoxos da lei e lá permanecer em um quietismo pós-estruturalista, isso sim seria um erro culpável. Em vez disso, um compromisso humilhante e duradouro com o obsceno guardião do portão deveria ser estabelecido e dele exigido. O brilho surge, primeiramente, no ato de fechar novamente a porta, no fracasso definitivo da entrada. Isso não seria simplesmente realização no fracasso, mas realização somente após os esforços do confronto, do compromisso com o cálculo da humilhação, da corrupção, do trabalho de sísifo do discurso jurídico. Não o elogio do poder místico, mas o elogio do compromisso entre a experiência mística da justiça e do cálculo banal das consequências jurídicas – essa seria a única interpretação que confere sentido ao esperar do homem.

A outra interpretação liga-se à leitura conjunta de outro texto de Kafka. Ela não aceita que o confronto penoso com o guardião do portão possa gerar justiça. Pelo contrário, o homem deve reconhecer, no brilho, que ele teria alcançado a justiça, caso não se tivesse deixado levar pelos questionamentos sem sentido do primeiro guardião do portão e caso tivesse sido corajoso o suficiente para se lançar à luta contra os outros guardiões e entrar na lei, à medida que suas forças ainda possibilitavam que o fizesse. A obediência do homem, que permaneceu sentado frente à porta, é violação do dever. Em vez de apenas corromper o primeiro guardião, o homem deveria ter tido a coragem de romper com a proibição de entrada e tomar para si a luta pelo direito. Também nessa leitura, o brilho é, para ele, uma experiência que o recobre aqui e hoje. Porque ele “reconhece” agora a justiça, porém, somente como outra justiça, cuja oportunidade ele perdeu.

A forma de alcançar essa justiça é expressa apenas de forma negativa “diante da lei”, somente como uma experiência decepcionante, por

perder a grande chance. A questão acerca de que maneira surge, na obra de Kafka, o restabelecimento positivo da justiça como plausível pode ser extraída, mais prontamente, do texto “uma mensagem imperial”. Também aqui se encontra uma constelação triangular entre uma autoridade distante, um súdito dessa autoridade e um mediador, embora a direção do movimento seja invertida neste caso. Aqui, um mediador – não o guardião do portão, mas o mensageiro do rei – tenta, com esforços imensuráveis, que a mensagem da autoridade alcance o súdito. Também aqui há um profundo desapontamento de que a mensagem real é intransponível para ambos os mundos, e a comunicação por meio do mensageiro é uma esperança em vão. A questão de qual das duas leituras é mais adequada – se a justiça é encontrada no calmo, humilhante e agonizante confronto com o obscuro guardião da lei ou, de fato, de forma contrária, na imaginação coletiva do discurso jurídico ocorrido diante da lei, o qual almeja adentrá-la – deve ficar em aberto. Para ambas as leituras, porém, é certo que: mesmo que o brilho irradie tudo a seu alcance, um triunfo da justiça não ocorre. A ambivalência excessiva kafkiana não é detida em face do insurgente brilho inextinguível da lei. Kafka nega-se a dar uma resposta à questão: “se de fato está ficando mais escuro ao redor ou se apenas os olhos o enganam”. Trata-se, mesmo, do brilho da justiça? Da transcendência?

E se for um brilho que vem de fora – de Deus, da ciência, da política, da moral, do direito natural? Ou de dentro, como uma autotranscendência do arcano do direito propriamente dito? Ou, de fato, simplesmente um reflexo? Uma simplória aparência reluzente, que encobre o vazio escuro? Um autodesapontamento hipócrita do direito moderno em sua adquirida autonomia formal e cega? Ninguém escapa dessa ambivalência, porque não nos é dado qualquer critério para diferenciar entre o sonho coletivo da justiça e o autoengano coletivo.

7. DIREITO E LITERATURA

Kafka surge, afinal, como um observador sensível do direito moderno, cujas visões não são indiferentes para a sociologia do direito e para a filosofia do direito. A precisão com que Kafka retrata os excessos de ambivalência do direito parece ser maior do que algumas análises do dilema da modernidade jurídica oferecidas por muitos cientistas sociais. Max Weber relata esse dilema de modo que a racionalidade interna formal do direito é comprometida pelas influências irracionais externas de interesses econômicos e políticos. Kafka responde que justamente a racionalidade formal mais intrínseca ao direito é extremamente irracional. As tentativas de Hans Kelsen de preservar a pureza da normatividade do direito frente às impuras influências empíricas caem por terra na observação de Kafka de que a obscenidade do direito brota, justamente, de sua pureza. O diálogo na catedral entre Josef K. e o capelão do cárcere desmistifica todas as tentativas de uma teoria da argumentação racional do direito, conforme compreendida por Habermas ou por Alexy. Segundo as exigências de

racionalidade discursiva quanto à erudição, arte de interpretação, igualdade na articulação de chances, veracidade e autenticidade, esse diálogo preenche certamente os requisitos do discurso racional. E, ainda assim, não termina em um consenso libertário, mas em incerteza, paralisia, medo e opressão. E Luhmann deve ceder a Kafka no fato de que suas estratégias de desparadoxização, as quais, diante da ameaça do paradoxo forjam rapidamente uma nova diferença, nunca enxergarão o “brilho que irrompe inextinguível do portão da lei”, porque elas não se expõem ao paradoxo, mas paralisam “diante da lei” e de seus paradoxos e retomam a rotina o mais célere possível.

Para que, então, a forma literária? Por que Franz Kafka, o experiente praticante jurídico do setor de seguros, não redige categoricamente uma obra de sociologia do direito? A parábola de Kafka não se esgotaria no ato de oferecer estímulos para a teoria do direito e, até mesmo, à prática jurídica, informando o modo de lidar com os paradoxos do direito? Ou existe uma mais valia do direito e literatura para além de suas contribuições fornecidas à teoria do direito?

A chave interpretativa encontra-se em certas particularidades da prática jurídica “do campo”. Nos longos diálogos entre o homem e o guardião do portão, e entre Josef K. e o capelão do cárcere, a comunicação é estabelecida de forma muito mais complexa do que as disciplinas científicas racionais poderiam reconstruir. De fato, a ciência jurídica, a teoria do direito e a filosofia do direito capturam, com alta precisão, as dimensões racionais das vias jurídicas, da ordem do procedimento, da lógica da argumentação, do sistema da dogmática e da estrutura do *stare decisis*; entretanto, elas ignoram os elementos por elas próprias descritos como “não racionais” da prática jurídica e os retiram constantemente da discussão. Sim, elas têm que retirá-los. O forte ímpeto por justiça, os caminhos tortuosos do senso de justiça, os elementos de arbitrariedade no profissionalismo técnico do juiz, a agonia decisionista do tribunal do júri, os elementos obscenos da via jurídica, os paradoxos fundacionais e de decisão do direito – de forma geral, os reais excessos da ambivalência jurídica – não podem ser reconstruídos ou, quando o são, apenas são reconstruídos com pouca profundidade pelas disciplinas científicas. O que as análises lógicas e da teoria dos sistemas têm a dizer sobre o paradoxo do direito frente à experiência dolorosa de paralisia e de sua desintegração arrebatadora no brilho, na maneira vivenciada pelo homem do campo no momento de sua morte? Nos imbricamentos do processo jurídico, no arcano da burocracia administrativa e nas complicadas construções terminológicas da jurisprudência cautelar, a prática jurídica cria uma segunda versão da realidade, assim como a arte ou a religião criam seus próprios mundos, os quais somente podem ser captados de forma limitada pela racionalidade das ciências. E até mesmo a dogmática jurídica que, por sua vez, não pode ser tida de forma legítima como uma peculiar abstração científica da prática jurídica, não é capaz de controlar a arcana jurídica por meio de seus instrumentos conceituais. As ciências sociais e a dogmática jurídica somente podem identificar e julgar como irracionais os âmbitos arcanos da prática jurídica. Assim ocorre também nas

investigações sociológicas do direito sobre os pré-julgamentos da justiça e nas análises de decisões feitas pela teoria da argumentação. Essa segunda realidade compreende não apenas o processo jurídico com seus diferentes papéis, suas normas, seus conceitos e seus princípios, mas também a produção de um mundo jurídico como um todo, que parece completamente diferente do mundo cotidiano ou do mundo das ciências.

As reconstruções literárias ganham uma introspecção independente nos mundos secretos da prática jurídica. Certamente, elas também não têm um acesso direto ao interior da lei, mas a observação literária produz uma mais valia, que vai além da até agora mais avançada sociologia dos paradoxos jurídicos, conforme oferecida por Luhmann. Essa mais valia pode ser descrita de forma indireta como potencialidade de experimentação dos paradoxos do direito, compreensão afetiva da prática de julgamento, conteúdo do “estado de espírito” da injustiça. A arte do direito comunica-se sobre o linguisticamente não comunicável no acontecimento jurídico, veja o exemplo do Moisés, de Michelangelo. No tocante à literatura do direito, isso dá uma impressão contraintuitiva, porque ela se comunica verbalmente sobre o direito, ela transmite, como a dogmática jurídica, um conhecimento sobre o mundo jurídico. Entretanto, a mensagem literária propriamente dita não são os conteúdos, mas o não comunicável verbalmente, embora seja, contudo, comunicado com as palavras. Veja o conto “Michael Kohlhass”, de Kleist, o “Processo”, de Kafka, assim como o “El Aleph”, de Jorge Luis Borges. “A arte funciona como comunicação, apesar de, e devidamente pelo fato de, ela não poder ser reproduzida adequadamente por meio de palavras (muito menos por conceitos)”²². Por conseguinte, o papel da literatura jurídica não deve, de maneira alguma, ser reduzido ao “senso de justiça”, pois ele somente acarreta emoções singelas no evento psíquico. Em vez disso, a duplicação da produção de sentido na consciência e na comunicação torna possível que, na literatura jurídica, ocorra uma comunicação genuína sobre o que não pode ser linguisticamente comunicável. A parábola de Kafka deflagra sua mais valia justamente nesse ponto: o não comunicável do direito torna-se, por meio da forma literária e somente por intermédio desta, comunicável. Não é na dogmática jurídica nem na teoria do direito, mas é na narrativa “diante da lei” que o arcano secreto do direito torna-se algo experimentável.

>> NOTAS

¹ Diante da Lei.

Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas, o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se, então, não pode entrar mais tarde. - É possível - diz o porteiro. - Mas, agora não. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: - Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas, veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo, a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e o deixa sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado anos e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes, o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito de sua terra natal e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que os grandes senhores fazem e, para concluir, repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado com muitas coisas para a viagem, emprega tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Com efeito, este aceita tudo, mas sempre dizendo: - Eu só aceito para você não julgar que deixou de fazer alguma coisa. Durante todos estes anos, o homem observa o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos, amaldiçoa em voz alta e desconsiderada o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas de sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente, sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está ficando mais escuro em torno ou se apenas os olhos o enganam. Não obstante, reconhece, agora no escuro, um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas, já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem: - O que é que você ainda quer saber? - pergunta o porteiro. - Você é insaciável. - Todos aspiram à lei - diz o homem. - Como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar? O porteiro percebe que o homem já está no fim e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra: - Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a. Kafka, 1998: 215.

² Derrida, 2010:45.

³ Agamben, 2008: 13.

⁴ Wiethölter, 1989: 794.

⁵ Sobre a insanidade do direito em diagnósticos cuidadosos ver Kiesow, 2004.

⁶ Kafka, 1998: 215.

⁷ Kafka, 1998: 223.

⁸ Kafka, 1998: 223.

⁹ Banakar, 2010: 463 ff., 467; Corngold (ed.), 2009: IX.

- ¹⁰ Kafka, 1971: 40. (Grifo meu).
- ¹¹ Nota do tradutor: O texto original utiliza o termo *Damaskus-Erlebnis*, literalmente “Experiência Damasco”. A expressão se refere à conversão do apóstolo Paulo em sua rota para Damasco. O sentido é o de uma experiência transformadora, que representa um ponto de viragem, um divisor.
- ¹² Derrida, 2010: 78.
- ¹³ “Paradoxos são, assim poderia ser formulado, a única forma em que o conhecimento incondicionalmente é dado. Eles tomam o lugar do sujeito transcendental, para o qual Kant e seus sucessores esperavam ter tido acesso direto ao incondicional conhecimento válido a priori e compreensivo a partir de si próprio”. Luhmann, 2000:132ss. (Tradução Livre)
- ¹⁴ Agamben, 1998: 55.
- ¹⁵ Derrida, 2010: 70.
- ¹⁶ Agamben, 1998: 185.
- ¹⁷ Sobre isso, de forma exaustiva, Teubner, 2009: 1.
- ¹⁸ É de conhecimento geral que Kant não localiza a capacidade de decisão (*Urteilkraft*) nem no campo da compreensão, nem no campo da razão prática, mas a coloca como um “meio de conexão de dois campos da filosofia como um todo.” Kant, 1790:84. (Tradução livre).
- ¹⁹ Derrida, 1990: 919, 969, 1044. Essa interpretação provocou uma forte irritação nas bases desconstrutivistas, Vismann, 1992:250-264.
- ²⁰ Derrida, 2010: 57.
- ²¹ Kafka, 1971:8.
- ²² Luhmann, 2000a: 19.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

Agamben, Giorgio

(2008). “K”. In: Justin Clemens, Nicholas Heron and Alex Murray (org.). *The Work of Giorgio Agamben*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 13-27.

(1998). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford, California: Stanford California Press.

Banakar, Reza (2010). “In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka’s Concept of Law”, *Law & Literature* 22, 463-490.

Corngold, Stanley (org.) (2009). *Franz Kafka: The Office Writings*. Princeton: Princeton University Press.

Derrida, Jacques

(2010). *Préjugés: Vor dem Gesetz*. Wien: Passagen.

(1990). “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”. *Cardozo Law Review* 11, p. 919-1045.

Kafka, Franz

(1998). *The Trial*. New York: Schocken Books.

(1971). *The Complete Stories*. New York: Schocken Books.

Kant, Immanuel (1790). *Kritik der Urteilskraft*, 12. Frankfurt: Suhrkamp.

Kiesow, Rainer Maria (2004). *Das Alphabet des Rechts*. Frankfurt: Fischer.

Luhmann, Niklas

(2000a). *Art as a Social System*. Stanford: Stanford University Press.

(2000b). *Die Religion der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.

Teubner, Gunther (2009). “Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law”. *Modern Law Review* 72, p. 1-23.

Vismann, Cornelia

(2005). “Derrida, Philosopher of Law”. *German Law Journal*. Available in: <<http://www.germanlawjournal.com>>.

(1992). “Das Gesetz ‘DER Dekonstruktion’”. *Rechtshistorisches Journal* 11, 250-264.

Wiethölter, Rudolf (1989). “Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?”. In: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe and Albrecht Wellmer (org.). *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*. Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

**NOVAS PERSPECTIVAS
JURÍDICAS SOBRE A REFORMA
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**
// NEW LEGAL APPROACHES
TO POLICY REFORM IN BRAZIL

Marcus Faro de Castro

>> **RESUMO // ABSTRACT**

O presente artigo oferece uma descrição de argumentos recentes sobre as relações entre o direito e o desenvolvimento econômico no Brasil. Tais argumentos têm sido concebidos como apropriados a um novo ativismo estatal. São eles: os da perspectiva descrita como Gestão Pública do Capital (GPC) e o da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE). No trabalho, são discutidas as ideias dessas duas perspectivas, tal como aparecem na literatura relevante, bem como as concepções, igualmente elaboradas em obras recentes, acerca do papel do direito na articulação de políticas públicas que busquem a promoção do desenvolvimento econômico de modo alinhado com os esforços para tornar mais efetiva a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos. É oferecida uma descrição estilizada de trabalhos de autores envolvidos com a análise jurídica das práticas de alocação de recursos financeiros (a regulação do mercado de crédito comercial, investimentos de portfólio de um banco de desenvolvimento estatal e a organização de um programa de transferência de renda). É também discutida a estrutura analítica da AJPE, incluindo seu tratamento da transmissão de valores monetários no contexto de estruturas contratuais que organizam diversos aspectos da política econômica. // This article offers a description of recent arguments about the relations between the law and economic development in Brazil which have been conceived as congenial to a new state activism: the Public Capital Management (PCM) approach and the Legal Analysis of Economic Policy (LAEP) approach. Ideas deriving from relevant literature are discussed, as well as their proposed role in the articulation of policies that attempt to promote economic development in line with efforts to enhance the fruition of fundamental and human rights. A stylized account of works by authors engaged in the legal analysis of practices of allocation of financial resources (regulation of the commercial credit market, portfolio investment by a state-controlled development bank and the organization of a cash-transfer program) is provided. The analytical framework of the LAEP approach is also discussed, including its treatment of monetary value transmission in the context of contractual structures that organize different aspects of economic policy.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Análise jurídica; desenvolvimento econômico; política econômica; ativismo estatal; direitos humanos; Brasil // Legal analysis; economic development; economic policy; state activism; human rights; Brazil

>> **SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutor pela Universidade de Harvard. // Full professor, Faculty of Law, University of Brasília. LL.M. (1986) and S.J.D. (1990), Harvard Law School.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Tradução do original em inglês por Paulo Soares Sampaio, com revisão do autor. O presente artigo incorpora e amplia algumas partes do trabalho “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”, que o autor apresentou na 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference on ‘New Perspectives on Regulation, Governance and Learning’, realizada em Exeter, Reino Unido, de 27 a 29 de junho de 2012. // This article incorporates and elaborates on portions of a paper entitled “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”, which I presented in the 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference on ‘New Perspectives on Regulation, Governance and Learning’ held in Exeter, UK, from 27-29 June 2012.

1. INTRODUÇÃO

As discussões na economia e no direito sobre a regulação e o relacionamento entre interesses públicos e privados tem assumido novos contornos após a crise financeira de 2007–2008, que se alastrou por diversos mercados e afetou as finanças públicas, bem como a formulação de políticas governamentais em virtualmente todos os países do mundo. Assim, por exemplo, protestos de ativistas sociais favoráveis a renacionalização de ferrovias na Inglaterra – como o *Bring Back British Rail Movement* – ganharam visibilidade quando, no início de 2012, se espalhou a notícia de que haveria um aumento significativo das tarifas do sistema ferroviário britânico com o reajuste de até 11% no valor dos bilhetes para alguns trajetos, representando mais do que o dobro da taxa de inflação de 4,2% para 2011. De forma análoga, no Brasil, ao final de 2011, veio à tona o debate público sobre política econômica e regulação quando a Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino anunciou que o aumento nas mensalidades escolares de 2012 seria na faixa de 10% a 12%, muito acima da inflação de 6,5% projetada para aquele ano. E, em um outro caso, o Tribunal de Joanesburgo – respondendo às preocupações dos residentes do distrito de Phiri, também defendidas pela Coalisão contra a Privatização da Água (*Coalition Against Water Privatization*) – decidiu, em 2008, que a instalação forçada de medidores de água pré-pagos naquela comunidade era ilegal e inconstitucional, embora a Corte Constitucional da África do Sul viesse a reformar esta sentença no ano seguinte.¹

Acrescente-se a esses fatos o nível de insatisfação da opinião pública com a privatização de empresas estatais em algumas regiões do mundo, o que aparentemente tem causado preocupação crescente em organizações multilaterais da área econômica como o Banco Mundial.²

Os exemplos acima ilustram o fato de que críticas inquietantes têm sido dirigidas contra a política oficial e as práticas comerciais prevalentes em países que adotaram – com graus variados de sucesso – mecanismos de mercado em diversos ou na maioria dos setores de suas economias. Um aspecto relevante de tais mudanças é o papel que o direito – doutrinas jurídicas, ideias e práticas, instituições, fundamentos e vocabulários – exerce no processo de impulsionar ou retardar transformações importantes que afetam a maneira pela qual a economia, as mudanças sociais e as instituições do Estado se entrelaçam para formar as atuais tendências de reforma de políticas públicas.

No caso do Brasil, durante a maior parte do século XX, as reformas em programas de governo (políticas públicas) apoiaram-se, sobretudo, em doutrinas do “direito administrativo”, adaptadas primordialmente do discurso jurídico francês por juristas brasileiros.³ Nas décadas que abrangem o período de 1930 a 1990, a evolução deste direito administrativo forneceu a linguagem jurídica para as agendas de reforma de políticas públicas, incluindo o planejamento de investimentos, em convergência com ideias elaboradas por autores do antigo desenvolvimentismo.⁴ Subsequentemente, dos anos 1990 até o início da crise econômica global em 2007–2008, em clara divergência com relação ao que se passou no

período anterior, foram realizadas no Brasil amplas “reformas pró-mercado”⁵ com a ajuda de concepções institucionais inspiradas essencialmente em ideias e instituições jurídicas estadunidenses.⁶ Mesmo assim, paralelamente às doutrinas do direito administrativo “renovado”, que foram instrumentais às reformas pró-mercado realizadas nos anos 1990 e início do século XXI, cresceu também, entre juristas brasileiros, um descontentamento frente ao discurso jurídico oferecido como justificativa das citadas reformas.⁷

Mais recentemente, contudo, desenvolveu-se uma nova linha de argumentação jurídica que vai além das críticas às concepções jurídicas anteriores (pró-mercado) e busca alternativas às configurações doutrinárias e institucionais que emergiram desde os anos 1990. Esta linha mais recente de elaboração doutrinária e analítica tem se fortalecido após a erupção da crise econômica global de 2007–2008.

O presente artigo fornece uma descrição desses argumentos mais recentes acerca das relações entre direito, reforma de políticas públicas e desenvolvimento econômico no Brasil. Esses argumentos foram caracterizados por alguns de seus autores como ligados a um “novo ativismo do Estado”⁸ no campo da política econômica. A questão principal abordada pelo presente artigo é: no caso do Brasil, quais são os conceitos e estratégias de análise jurídicas desenvolvidos para apoiar o renovado processo de ativismo na formulação e implementação de políticas econômicas e políticas públicas? Este artigo, portanto, discute ideias jurídicas e estratégias de análise desenvolvidas no contexto de um “novo ativismo do Estado” no Brasil,⁹ tal como formuladas em recentes trabalhos jurídicos relevantes. O presente artigo aborda, também, o possível papel de tais ideias, argumentos e estratégias analíticas na articulação de políticas e explora concepções delas derivadas sobre o relacionamento entre o direito, as instituições econômicas e as reformas de políticas públicas.

São abordadas neste artigo as duas principais formulações das visões alternativas mais recentes acerca do relacionamento entre o direito, as instituições econômicas e as reformas de políticas governamentais. A primeira formulação é uma abordagem relacionada à perspectiva denominada “Novo Direito e Desenvolvimento” (*New Law and Development*), que emergiu no contexto de trabalhos de cooperação acadêmica transnacional contemporâneos.¹⁰ Possui, não obstante, traços distintivos na medida em que procura explorar o potencial de construção da política regulatória tendo como referência a configuração jurídica de *fluxos financeiros*, ao mesmo tempo em que associa a essa referência uma clara preocupação com as *consequências* econômicas e sociais de tais fluxos. Este primeiro tipo de elaboração doutrinária e modo de análise jurídica pode receber a denominação de abordagem da “Gestão Pública do Capital” (GPC),¹¹ da qual importantes exemplos podem ser encontrados em Schapiro (2010a), Schapiro (2010b), Fabiani (2011) e Coutinho (2010).

A segunda perspectiva que busca avançar em direção a visões alternativas sobre o direito, a reforma das políticas públicas e o desenvolvimento é denominada “Análise Jurídica da Política Econômica” (AJPE), que tem sido desenvolvida por Castro¹². A abordagem da AJPE também focaliza a

importância da configuração jurídica dos fluxos financeiros e de suas consequências econômicas e sociais, mas propõe organizar as ideias jurídicas em torno das noções de “agregados contratuais” e da “fruição dos direitos”, aplicadas aos direitos fundamentais e humanos, inclusive aos direitos relacionados ao *consumo* e aqueles que pertencem ao núcleo das atividades de *produção* econômica e de troca comercial.

Na Seção 2, é apresentada uma descrição estilizada dos trabalhos de autores envolvidos na análise jurídica das práticas de alocação dos recursos financeiros, a saber, das práticas relativas (i) à regulação do mercado de crédito comercial, (ii) à gestão de investimentos de portfólio de um banco de desenvolvimento estatal e (iii) à organização de um programa de transferência de renda. A estrutura analítica da abordagem da “análise jurídica da política econômica” – incluindo seu tratamento da transmissão de valores monetários no contexto das estruturas contratuais que organizam diferentes aspectos da política econômica – é discutida na Seção 3. Comentários finais são oferecidos na Seção 4.

2. A ABORDAGEM DA GESTÃO PÚBLICA DO CAPITAL (GPC)

Como indicado acima, acadêmicos da área do direito desenvolveram uma nova abordagem analítica que busca responder a um renovado “ativismo do Estado”, tal como vem se manifestando recentemente no Brasil na área da formulação de políticas governamentais, inclusive a política econômica. Tais acadêmicos buscam abordar as atividades de reformas de políticas públicas surgidas nesse contexto. O trabalho elaborado pelos autores dessa linha de análise jurídica corresponde, em grande parte, ao que pode ser caracterizado como abordagem da Gestão Pública do Capital (GPC). Uma das características distintivas dessa abordagem analítica é que ela busca evidenciar a importância da estrutura de *fluxos financeiros* para a realização de fins jurídicos por grupos e indivíduos, promovendo assim tanto a liberdade quanto o desenvolvimento.

2.1. DESCONSTRUINDO A REGULAÇÃO DO CRÉDITO COMERCIAL

O trabalho de Fabiani, por exemplo, focaliza as normas jurídicas e princípios que organizam os mercados de crédito no Brasil, nos quais os bancos comerciais são atores principais. De acordo com o autor, o mercado de crédito comercial no Brasil é um tópico atrativo de pesquisa jurídica por ser a “principal fonte de financiamento para indivíduos e pessoas jurídicas”, ainda que tal mercado tenha se caracterizado pela oferta de crédito insuficiente e extremamente caro.¹³ Fica sugerido nessa argumentação que um reduzido volume de crédito e elevados *spreads* bancários impedem indivíduos e grupos de buscar realizar os objetivos por eles valorizados. Portanto, devido à sua influência tanto sobre o volume quanto sobre o preço do crédito oferecido pelos bancos comerciais no Brasil, a estrutura das normas jurídicas e princípios que dão suporte à existência desse mercado são vistos como cruciais para a realização das aspirações

da sociedade. Consequentemente, a reorganização do mercado de crédito, por meio da reforma das normas jurídicas e princípios nos quais se baseiam, é considerada uma premissa para o bem-estar social e para o desenvolvimento econômico. Isso significa que a regulação, concebida em termos amplos, deve incorporar também uma clara preocupação com a estrutura e com as características jurídicas do mercado de crédito. Além disso, é muito visível nessa abordagem uma preocupação vital com os resultados – neste caso, uma expansão efetiva do crédito e, simultaneamente, uma contração significativa do *spread* bancário – e sua relação com a normatividade jurídica.

A principal realização do trabalho de Fabiani é a sua cuidadosa descrição e minuciosa desconstrução analítica dos argumentos apresentados como base “racional” das reformas que foram realizadas nas normas sobre as relações de crédito dos bancos comerciais no Brasil, de 1999 a 2006, sob a égide das recomendações do Banco Mundial.¹⁴ Como o autor demonstra em seu livro, essas recomendações foram baseadas nas análises e prescrições apresentadas por trabalhos conjuntamente conhecidos como “literatura sobre as origens”.¹⁵ Fabiani destrói todo o conjunto de ideias que foi utilizado pelo Banco Mundial para formular recomendações, e, posteriormente, pelas autoridades monetárias brasileiras para planejar e implantar tais reformas de 1999 a 2007. Críticas importantes articuladas por Fabiani,¹⁶ algumas das quais baseadas em Milhaupt e Pistor (2008), atacam as seguintes características e justificativas de reformas das políticas implantadas sob os auspícios do Banco Mundial:

- A construção de uma proteção especial para os direitos dos credores, incluindo uma reforma da lei de falências, tomando como premissa a tese (baseada na deficiente “literatura sobre as origens”) de que esta proteção estendida é parte de uma determinada “dotação jurídica” (*legal endowment*) considerada necessária para promover o crescimento econômico.
- A tese (também derivada da “literatura sobre as origens”) segundo a qual deve haver uma convergência institucional, em termos de “dotação jurídica”, de todas as sociedades de mercado.
- O fato de que a “literatura sobre as origens” baseia-se em um conjunto insuficiente de dados empíricos, que negligencia pesquisas relevantes segundo as quais as jurisdições de direito civil podem ter mercados de capitais mais desenvolvidos do que as jurisdições do direito anglo-americano (*common law*).
- A despolitização da implantação das reformas, que foram tratadas pelos formuladores de políticas públicas no Brasil (sob influência do Banco Mundial) como meramente técnicas.
- O esforço para subtrair a implantação das políticas do controle judicial, o que incluiu a elaboração de diversos projetos de lei com o objetivo de expandir os mecanismos de resolução alternativa de litígios.
- O treinamento técnico de juízes e procuradores mediante programa financiado com um “empréstimo de assistência técnica” concedido pelo próprio Banco Mundial para assegurar a implantação “correta” da nova lei de falências.

- A visão reducionista que vincula a certas variáveis institucionais resultados tidos como necessários e invariáveis, negligenciando (i) que estas variáveis podem, em ambientes diferentes, levar a resultados diversos e (ii) que uma dada variável institucional pode produzir resultados inesperados.
- A errônea tese de que há uma “dotação jurídica” fixa e necessária, típica das economias de mercado, que pressupõe ser tal dotação “externa” e nunca estruturalmente “constitutiva” dos mercados.
- A falta de atenção ao papel das instituições informais que podem existir em diferentes contextos, em oposição àquelas estritamente formais, e que, frequentemente, afetam a estrutura de governança dos mercados.

Os argumentos de Fabiani, portanto, levam-no a sugerir que a reforma do mercado de crédito no Brasil, realizada de 1999 a 2006, teve uma dimensão não reconhecida abertamente seja pelos governos brasileiros, seja pelo Banco Mundial. O autor sugere não ser um exagero considerar que as atividades do Banco Mundial, exercidas no sentido de influenciar a reforma do mercado de crédito no Brasil, foram, de fato, interferências políticas indevidas, que a rigor são proibidas pelo Convênio Constitutivo do próprio banco. Em seu comentário sobre os empréstimos de assistência técnica feitos pelo Banco Mundial para apoiar as reformas do mercado de crédito brasileiro, Fabiani destaca que “a transferência técnica de *know-how* jurídico busc[ou] contornar [o] óbice à ação política [exercida pelo banco] e legitimar pré-requisitos para a concessão de empréstimos (...)”.¹⁷ Por conseguinte, é denunciado o fato de que a reforma do mercado de crédito de 1999 a 2006 – uma área crucial para a promoção do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade – foi feita como resultado de interferências políticas indevidas empreendidas pelo Banco Mundial com base em noções tendenciosas e restritivas sobre o papel do direito na economia.

2.2. O SIGNIFICADO JURÍDICO DOS INVESTIMENTOS DE PORTFÓLIO DE UM BANCO DE DESENVOLVIMENTO ESTATAL

Os trabalhos de Schapiro¹⁸ também ilustram o novo tipo de elaboração jurídica, própria à abordagem da GPC. São características evidentes de suas elaborações a importância da análise da base jurídica dos mecanismos que organizam certos fluxos financeiros e também a preocupação com as consequências da estrutura desses fluxos sobre o desenvolvimento econômico e social.

O foco central das discussões em Shapiro¹⁹ é o estudo das relações entre o direito e as finanças em uma perspectiva comparada, com o objetivo de explorar os mecanismos institucionais relativamente recentes de fluxos financeiros orientados para a promoção do investimento e do desenvolvimento no Brasil. Ele baseia-se em parte no quadro de referências criado por Hall e Soskice,²⁰ e, também, em Gershenkron,²¹ para destacar diferenças institucionais relevantes na organização financeira e de governança do capital industrial em países como Estados Unidos,

Japão, Alemanha e Brasil no período do segundo pós-guerra do século XX. Apoiar-se ainda em trabalhos que exploram a evolução dos padrões da organização industrial, em particular na mudança de um padrão de desenvolvimento industrial fordista para um padrão pós-fordista, intensivo em conhecimento. Ele compara essa transição, ocorrida em países do Norte global, com a mudança de um estilo desenvolvimentista para um estilo pós-desenvolvimentista de formulação de políticas industriais em países menos desenvolvidos. Schapiro tem um interesse especial em fornecer argumentos jurídicos para justificar, especialmente no caso brasileiro, mecanismos financeiros que servem a um modo de organização industrial pós-fordista e pós-desenvolvimentista, descrita como típica de uma economia baseada no conhecimento e orientada para a “especialização flexível”.

Sendo guiado por essas preocupações, o autor²² articula argumentos jurídico-econômicos que apoiam certas práticas financeiras escolhidas pelos formuladores de políticas públicas no Brasil, nos últimos cinquenta anos, para impulsionar políticas de desenvolvimento industrial. Essas práticas financeiras nos campos do financiamento e da governança do capital industrial são apresentadas como adequadas para a organização industrial pós-desenvolvimentista local, isto é, brasileira. E, como mostra Schapiro, tais práticas organizadas no Brasil não se ajustam às ortodoxias prescritas pelas instituições multilaterais, que são articuladas tipicamente com o suporte teórico da “literatura sobre as origens” (também chamada de literatura sobre “Direito e Finanças”). As inovações adotadas desde os anos 1970 e 1980 no Brasil nessas áreas envolvem o papel especial do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDE) e foram capazes de oferecer novas maneiras para alocar crédito, avaliar riscos e apoiar o desenvolvimento industrial. Schapiro vê tais inovações como sendo adequadas a muitos países em desenvolvimento. Em suas palavras:²³

Uma vez afastada a régua estreita da Law and Finance, o banco de desenvolvimento e a atuação financeira do Estado deixam de ser entendidos como um desvio e passam, então, a ser compreendidos como uma solução jurídico-institucional capaz de compensar as lacunas do mercado de crédito privado ou das oscilações erráticas do mercado de capitais, sobretudo nos países subdesenvolvidos...

No Brasil, as novas práticas financeiras incluíram basicamente instituições de poupança forçada como fonte de financiamento para um poderoso banco de desenvolvimento nacional (o BNDE), bem como certas inovações financeiras que caracterizaram as estratégias adotadas por aquele banco para apoiar o desenvolvimento industrial desde a década de 1970. Tais estratégias tem sido diferentes modalidades de provisão de créditos e, principalmente, de *investimento de portfólio* e de *gestão de portfólio*, os quais constituíram uma fonte especial de financiamento e canais de políticas de desenvolvimento para diversas indústrias no Brasil nas últimas décadas.

Desta maneira, Schapiro critica a chamada tese da “convergência institucional”²⁴ tanto quanto Fabiani. Além disso, em Schapiro, a refutação da

“tese da convergência institucional” se estende à rejeição também da “tese do fim da história”, que é complementar à tese anteriormente indicada e é aplicada ao campo do direito empresarial.²⁵ Como explica Schapiro, “o exemplo brasileiro corrobora outra tese, a da *persistência e da dependência da trajetória institucional* – que contraria as apostas de uniformização”.²⁶ De acordo com Schapiro, no caso do Brasil, a dependência histórica levou à persistência das inovações financeiras mencionadas acima (de investimento de portfólio e de gestão de portfólio), como parte de uma “rede institucional densa” de políticas que se reforçam mutuamente e favorecem, de forma clara, o crescimento industrial.

O autor²⁷ também incorpora percepções de Brian Tamanaha²⁸ e outros juristas para afirmar que a “rede institucional densa” que influencia a economia é o resultado de processos multi-facetados derivados do *enraizamento social* (*social embeddedness*) das instituições. Assim, Schapiro acaba por substituir a noção de uma “dotação jurídica” fixa e necessária das economias de mercado, tipicamente empregada em reformas impostas de cima para baixo, pela ideia de que os formuladores de políticas públicas devem comprometer-se com a experimentação institucional de baixo para cima, envolvendo um processo de *aprendizado*. Isso corresponde a um processo de mudança, no qual os reformadores tentariam aprender com base no relacionamento evolutivo entre instituições jurídicas e nos elementos que emergem da inserção social (*social embeddedness*) de tais instituições. Tais elementos são considerados em si mesmos como resultantes da influência mútua que ocorre entre o direito e outros “ordenamentos normativos”, incluindo “padrões culturais, atributos comportamentais” e semelhantes.²⁹

2.3. ANÁLISE DE UM PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA PARA O COMBATE À POBREZA

Outro conjunto de ideias jurídicas desenvolvidas sob a perspectiva da GPC é encontrado em Coutinho.³⁰ Esse autor tem interesse na elaboração de argumentos jurídicos que se referem ao aparato jurídico – ou o que ele denomina “tecnologia jurídica” – como um meio necessário para a superação dos elevados níveis de desigualdade e pobreza no Brasil. A “tecnologia jurídica”, de acordo com ele, deve existir para toda política pública. Como afirma o autor, “atrás de toda política pública existe (...) uma dimensão jurídica e uma ampla gama de tarefas jurídicas que devem ser realizadas”.³¹ Coutinho escolheu explorar, como exemplo empírico, a “tecnologia jurídica” exigida pelo planejamento e implantação de um vasto programa de transferência condicional de renda mantido pelo governo federal do Brasil, o *Programa Bolsa Família* (PBF).³² A preocupação de Coutinho relaciona-se com sua alegação de que o direito pode ser compreendido como um “regime” que “influencia profundamente a produção econômica e a distribuição e também dá forma à regulação macroeconômica”. Portanto, em seu ponto de vista, o direito “é tudo menos uma variável neutra, quando se trata de níveis de desigualdade e pobreza”.³³

Coutinho procura descobrir como evitar que as instituições e as normas jurídicas da “tecnologia jurídica” do PBF se tornem, na prática, uma “camisa de força que replica barreiras ao desenvolvimento tanto na perspectiva da equidade quanto do ponto de vista da eficiência”.³⁴ Coutinho indica que a construção de eficácia de uma política pública exige dos juristas a habilidade de pensar e avaliar de forma ampla os resultados das reformas realizadas nos detalhes das instituições. Para superar a desigualdade “integrada” ao sistema de aposentadorias, por exemplo, ele aponta a importância de reformular limites, compensações, incentivos, procedimentos, etc. de modo a aumentar a eficácia dos esforços para promover a igualdade.

Assim, tanto quanto Fabiani e Schapiro, Coutinho vê o direito não apenas como instrumento, mas também como um “elemento constitutivo”, da mudança econômica e do desenvolvimento. Mas esse oferece uma tipologia mais ampla dos papéis do direito nas políticas distributivas tais como o PBF.³⁵ Sua tipologia inclui os seguintes papéis atribuídos ao direito: (i) o direito como objetivo, (ii) o direito como ferramenta, e (iii) o direito como arranjo institucional.³⁶

A primeira noção (“o direito como objetivo”) requer que o jurista se engaje na tarefa de identificar objetivos qualitativos e quantitativos, valores, concepções de economia política e perspectivas de desenvolvimento para uma dada política pública. Por outro lado, o papel do direito inerente ao “direito como ferramenta” relaciona-se ao modo de determinar os meios jurídicos que devem ser utilizados para que objetivos sejam alcançados. Coutinho destaca o fato de que, no Brasil, as leis que instituem políticas públicas nem sempre indicam os mecanismos pelos quais elas devem ser executadas. Assim, segundo o autor, os juristas devem fornecer respostas às questões sobre as possibilidades disponíveis de articular tais mecanismos, estruturar os melhores instrumentos jurídicos a serem empregados e produzir as soluções mais eficientes em termos de custo para a implantação de políticas públicas.

Finalmente, a ideia do “direito como arranjo institucional” refere-se à função do direito no contexto de reformas das instituições realizadas pelo Estado, resultando em um processo de mudança organizacional. Isto implica na construção de uma moldura jurídico-institucional que conduza a formas de colaboração entre atores públicos e privados, e também a coordenação intersetorial. Coutinho baseia-se em concepções de Ha-Joon Chang³⁷ sobre as funções das instituições relativas à promoção do desenvolvimento para sugerir que as políticas de desenvolvimento devem ser juridicamente “gerenciadas”, tendo em vista o fim de assegurar que os objetivos se tornem “ações através de ferramentas”, evitando superposições, lacunas e rivalidades que possam frustrar a realização dos fins jurídicos e econômicos da política em questão.³⁸

2.4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ABORDAGEM DA GPC

Em resumo, a visão de Coutinho sobre as relações entre o direito, a economia e o desenvolvimento tem muito em comum com aquelas de Schapiro

e Fabiani (ver acima). Refletindo sobre o direito e suas conexões com o desenvolvimento, todos esses autores destacam a importância da análise dos *fluxos financeiros* – seja no mercado de crédito de curto prazo, abastecido pelos bancos comerciais, nas políticas de transferência de renda para combater a pobreza e a desigualdade, em créditos industriais de longo prazo e gestão do capital industrial ou, ainda, em arranjos de governança corporativa. Os três autores também se preocupam com as *consequências* econômicas e sociais da estrutura juridicamente determinada dos fluxos financeiros. Mais ainda, não apenas admitem eles a dimensão instrumental do direito em seu relacionamento com o desenvolvimento, mas também destacam o seu papel “constitutivo” na organização e reforma dos mercados. Finalmente, todos apontam para possibilidades múltiplas e abertas de experimentação com reformas institucionais realizadas pela análise jurídica nos diferentes campos de políticas públicas que escolheram abordar.

3. A ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA (AJPE)

3.1. DIREITOS DE CONSUMO, DIREITOS DE PRODUÇÃO E OUTRAS NOVAS IDEIAS JURÍDICAS

As características do direito, na forma concebida pela abordagem da GPC, e as concepções sobre a relação das estruturas normativas jurídicas com os resultados econômicos também estão presentes na abordagem da AJPE. Mas esta perspectiva tem também suas formulações próprias.

A abordagem da AJPE propõe que todas as economias de mercado podem ser analisadas juridicamente como diferentes combinações de “agregados contratuais”, tomados como fatores organizacionais das atividades de produção, troca e consumo. Enquanto a economia é vista como um conjunto de práticas por meio das quais estes três tipos de atividades econômicas são estruturados (produção, troca e consumo), a política econômica é compreendida como sendo o conjunto de regras e princípios juridicamente instituídos que organizam muitos aspectos cruciais dessas práticas.³⁹ Mesmo se algumas partes das instituições econômicas resultam de negociações privadas e de contratos, consoante a abordagem da AJPE, elas interagem com – e, em graus variados, dependem da – existência de normas e organizações compartilhadas pela comunidade mais ampla sob a forma de regras jurídicas e princípios que refletem o interesse público geral. Além disso, sob a perspectiva da AJPE, o interesse público pode gerar prescrições jurídicas que são adicionadas aos contratos privados por meio de processos juridicamente estruturados, como será discutido abaixo.

Na perspectiva da AJPE, os agregados contratuais são ferramentas analíticas, não fatos fixos e imutáveis. Assim como advogados especializados em direito antitruste podem referir-se aos “mercados relevantes”⁴⁰, tomados como construtos analíticos, os juristas empenhados na análise jurídica da política econômica podem debruçar-se sobre os “agregados contratuais” que sejam jurídica e economicamente relevantes.

Além disso, na abordagem da AJPE, torna-se importante para a regulação descrever e manejar intelectualmente o que é concebido como “arquitetura contratual”, juntamente com seus impactos econômicos e sociais em dados contextos empíricos. As relações intercontratuais, selecionadas por referência à definição do campo empírico da atividade econômica que o jurista escolhe examinar, tornam-se relevantes para a análise jurídica da regulação.

Ademais, a abordagem da AJPE rejeita concepções de direito subjetivo que remetam seja a entidades metafísicas (por exemplo, direitos naturais), seja a referenciais normativos considerados como estabelecidos de modo incontroverso pelo direito positivo. A abordagem da AJPE tampouco aceita a utilidade de qualquer noção de direito abstrato e descontextualizado. A visão da AJPE focaliza especialmente a “fruição dos direitos”, termo que se refere ao gozo de direitos enquanto experiência social que ocorre em um contexto específico. A fruição de direitos, portanto, sempre pressupõe diferentes padrões de relações sociais e institucionais contextualizadas, muitas das quais na forma de interações contratuais. Isto não significa que a abordagem da AJPE trate apenas de economias comunitárias, ou economias locais, de pequena escala, pois o “contexto” da ação econômica e da fruição de direitos pode variar desde uma pequena aldeia até plataformas institucionais transfronteiriças (tais como os regimes internacionais) e até mesmo o ciberespaço. Neste último caso, o “contexto” implicaria na escolha de arquiteturas de informação, de estruturas de governança da internet e outros elementos.

Nos termos estabelecidos sob a perspectiva da AJPE, a produção econômica e a troca comercial giram em torno da fruição, pelos atores econômicos, de “direitos de produção”, que se referem a direitos enquanto sustentáculos jurídicos de atividades relacionadas à produção econômica e à troca. “Direitos de consumo”, por outro lado, são uma referência para as práticas que adquirem significado (cultural, moral, religioso, etc.) a partir de atividades mediante as quais os atores *expendem* – e não se engajam intencionalmente na produção ou troca comercial de – produtos e serviços. Portanto, os “direitos de produção” são sempre equivalentes a uma forma de “propriedade comercial”, enquanto os “direitos de consumo” podem ter a forma de diversos tipos de propriedade não-comercial (individual ou coletiva) e também do que são frequentemente chamados “direitos sociais” ou “direitos econômicos, sociais e culturais” (DESCS). Tanto os direitos de produção quanto os direitos de consumo são formas de direitos fundamentais e humanos, presentes nas constituições nacionais e em tratados internacionais.

Duas estratégias analíticas principais são desenvolvidas na abordagem da AJPE. A primeira é denominada “análise posicional” e refere-se à análise empírica da “fruição dos direitos” em um dado contexto empírico. A segunda estratégia analítica é a “nova análise contratual”. A seguir, será apresentada a análise posicional. Subsequentemente, será oferecida uma descrição da “nova análise contratual” e serão feitos comentários sobre algumas de suas implicações relativas ao papel da análise jurídica em diferentes campos jurídicos.

3.2. A ANÁLISE POSICIONAL

Conforme assinalado acima, a “análise posicional” tem por objetivo caracterizar e avaliar a fruição de um direito subjetivo em um contexto empírico circunscrito. A análise posicional, portanto, tem em vista o que a abordagem da AJPE denomina “fruição de direitos”. Como já observado, este termo denomina a experiência empírica da fruição de direitos. Enquanto experiência concreta, a fruição de direitos adquire existência nas interseções de padrões de condutas institucionais e sociais mais ou menos estabilizados, e em grande medida entrecruzados, nos quais se engajam indivíduos, grupos e autoridades. Tais padrões de ações sociais e institucionais são expressos juridicamente em agregados contratuais, que são constructos analíticos elaborados pelo jurista à luz de um interesse de pesquisa definido. Um agregado contratual é também complementado tipicamente por um “pacto social”, que articula compromissos dos governos em implantar certa agenda de reforma de políticas públicas.⁴¹ Exemplos seriam a reforma de um sistema de saúde pública, a reestruturação de um sistema tributário ou a reforma de programas de regulação financeira. Nas democracias, os pactos sociais expressam diversos aspectos do interesse público, articulam a confiança política e são, com frequência, um ingrediente da cooperação social genericamente considerada.

Uma “posição” é uma interseção de ações institucionais e sociais onde a fruição de um direito adquire existência, ou é bloqueada, parcial ou completamente. A propriedade é, por si mesma, uma “posição” em que a fruição de um direito é experimentada em alguma medida. Ao servir de base à ação econômica, a fruição de um direito envolve o gozo de um direito de produção ou de um direito de consumo. Um desses tipos de direito deve ser escolhido pelo jurista como alvo de sua análise em uma determinada pesquisa. A análise posicional é realizada mediante a execução de diversas etapas de análise, descritas a seguir:⁴²

- (1) *Relacionar políticas públicas à representação jurídica dos direitos subjetivos.* A política de saúde, por exemplo, pode ser relacionada ao “direito à saúde” (um direito de consumo), e/ou ao direito de propriedade intelectual (tal como a patente, um direito de produção), que podem ser a base do fornecimento de certos serviços de saúde. De forma similar, uma política habitacional pode e deve ser ligada juridicamente ao “direito à moradia” (um direito de consumo) e/ou ao “direito à propriedade” de incorporadores imobiliários (um direito de produção). Dependendo do interesse analítico do jurista, ele ou ela escolherá as ligações entre “direitos” e “políticas”⁴³, que serão feitas à luz de um interesse de pesquisa definido.
- (2) *Decomposição analítica do conteúdo relacional dos direitos subjetivos.* Nesta etapa analítica, o jurista deve indicar quais padrões de ação institucional e social são considerados necessários para a efetiva fruição de um direito. No caso do “direito à moradia”, por exemplo, o fornecimento pela comunidade ou pelo Estado (ou mesmo por empresas privadas contratadas) de segurança, infraestrutura de serviços (energia, água e saneamento, telecomunicações),

monitoramento das condições ambientais e sanitárias, e manutenção de estradas e pontes próximas à moradia dos titulares de direito – em resumo, o fornecimento de diversos serviços combinados – pode ser considerado essencial para a fruição do direito por um indivíduo, família, ou residentes de um bairro de uma cidade. Ao decidir quais ações ou serviços devem ser considerados necessários à fruição de um direito, o jurista pode trabalhar com uma comunidade de titulares de direitos ou apoiar-se na orientação de documentos jurídicos, incluindo a argumentação jurídica e jurisprudencial relevante⁴⁴ e documentos elaborados pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.⁴⁵

- (3) *Quantificação da fruição de direitos em uma situação empírica circunscrita.* Em geral, a quantificação pode beneficiar-se das discussões recentes sobre a mensuração da observância dos direitos humanos e demais inovações neste campo.⁴⁶ Consideremos alguns exemplos hipotéticos de quantificação. Mais uma vez, numa situação envolvendo o “direito à moradia” em uma dada vizinhança, a pesquisa empírica pode medir o fornecimento, ao titular do direito, de serviços de segurança, outros serviços essenciais, manutenção de estradas, etc. Para realizar esta parte da análise, o jurista pode produzir dados primários por meio da mensuração direta e/ou pode cooperar com agências governamentais, da sociedade civil ou organizações profissionais⁴⁷ para o fim de utilizar informações ou bases de dados existentes. Desta forma, pode ser gerado um “índice” quantitativo de fruição empírica (IFE), referente ao gozo de um direito subjetivo. Castro⁴⁸ sugere um exemplo hipotético de um IFE para o direito à moradia no Brasil, que agregaria mensurações do fornecimento de água limpa, energia, serviços de segurança e semelhantes (Castro, 2009). A representação formal de tal índice seria:

$$M = \frac{3S + 2A + X + Y + Z}{8}$$

no qual M se refere ao direito à moradia, S significa serviços de segurança, A significa o suprimento de água limpa, X , Y e Z representam quaisquer outros serviços focados pela pesquisa (como o fornecimento de energia, saneamento, etc.). A representação formal de cada serviço pode ser ponderada (como pode ser visto no exemplo acima), com a derivação dos pesos a partir do registro da percepção dos titulares dos direitos. Pode ser ainda conveniente que o IFE seja elaborado de forma composta, resultando da agregação de sub-índices. Deste modo, no exemplo acima, M seria uma composição de outras representações formais como:

$$S = \frac{P + A + I + S + C}{U}$$

no qual *S* significa “serviços de segurança”, *P* representa o número de postos policiais em uma área definida da cidade, *A* significa o número de agentes policiais prestando esse serviço, *I* significa a quantidade e a qualidade da infraestrutura de tecnologia da informação da polícia na área da cidade coberta pela pesquisa, *S* representa o salário médio pago a cada policial (novamente, na área da cidade coberta pela pesquisa), *C* significa o número de carros de polícia empregados pela polícia e *U* representa o número de unidades residenciais e comerciais cobertas (ou população atendida) pelos serviços de segurança em questão. Medições similares detalhadas de água e do fornecimento de energia, etc. (indicando o montante e a qualidade do fornecimento por residência e por unidade comercial) podem ser elaborados de forma a gerar o índice composto final *M*.

- (4) *Definição quantitativa de um padrão de validação jurídica (PVJ)*. Esta definição resulta da incorporação das reivindicações e opiniões dos titulares de direitos sobre falhas no gozo de um direito subjetivo, obtidas por meio de pesquisas participativas e/ou práticas de governança experimentalista.⁴⁹ O PVJ elaborado como parte do exercício de análise jurídica também pode ser desenvolvido a partir de recomendações de padrões da ação indicados em diplomas legais ou outros materiais técnicos e jurídicos,⁵⁰ inclusive os produzidos por organismos internacionais. Os IFES gerados em pesquisas empíricas comparativas conduzidas em diversos bairros de uma cidade, indicando desigualdades drásticas entre bairros, no que se refere à fruição de um direito, podem oferecer também a base para a formação de um PVJ elaborado para diminuir ou eliminar essa desigualdade.
- (5) *Elaboração de propostas de reformas de políticas públicas mutuamente complementares*. Nos casos em que haja uma discrepância significativa entre o IFE e o PVJ em uma dada situação empiricamente circunscrita, o jurista pode propor reformas ao quadro normativo que dá base às políticas públicas relevantes, visando assegurar a eficácia (fruição empírica) do direito legal objeto da análise. Isto seria equivalente à produção do que Coutinho⁵¹ chama de “tecnologia jurídica”. Como as reformas visam a assegurar a eficácia no sentido específico da fruição empírica, que sempre ocorre localmente, elas devem ser planejadas de baixo para cima e devem oferecer uma cadeia de reformas projetadas em níveis “mais altos” de referenciais normativos. Assim, por exemplo, a reforma de uma lei local, que tenha por objetivo assegurar a fruição empírica do direito à saúde, ou o gozo do direito de propriedade comercial que esteja na base de atividades econômicas de pequenas empresas, pode implicar a reforma de uma lei do governo central, uma interpretação diferente da constituição nacional e até mesmo exigir modificações de normas da cooperação comercial internacional. De modo semelhante, a reforma de uma lei local visando assegurar a eficácia do direito à alimentação em uma determinada

comunidade pode exigir a reforma de leis e regulamentos adotados pelo governo central, e mesmo a alteração de regras e princípios relativos à cooperação internacional na área de regulação financeira. Esta última situação seria aquela na qual o preço dos alimentos nos mercados de bens de consumo fosse afetado pela flutuação de preços dos ativos financeiros. Este seria o caso, por exemplo, da cooperação internacional referente a esquemas tais como a Gestão de Riscos dos Preços Agrícolas (*Agriculture Price Risk Management – APRM*), do Banco Mundial.⁵²

A análise posicional, composta dos passos analíticos descritos acima, tem por objetivo proporcionar uma visão das falhas presentes na fruição de direitos fundamentais e humanos por indivíduos e grupos. Todavia, tomadas como um produto da análise, as “propostas de reforma de políticas públicas mutuamente complementares” (passo 5, acima) certamente se beneficiam também das percepções geradas pela “nova análise contratual”, desenvolvida pela abordagem da AJPE, e devem incorporá-las.

3.3. A NOVA ANÁLISE CONTRATUAL

A segunda principal estratégia analítica da abordagem da AJPE é denominada “nova análise contratual”⁵³. Enquanto a análise contratual convencional tende a examinar a aderência de uma determinada transação ao “direito de contratos”, os juristas envolvidos na nova análise contratual estão interessados, sobretudo, nas relações intercontratuais e na análise da “arquitetura contratual” formada dentro ou entre os agregados contratuais selecionados para a análise. A principal preocupação dos juristas trabalhando na perspectiva da AJPE são as consequências econômicas e sociais da estrutura ou arquitetura dos agregados contratuais, inclusive dos impactos que tendem a “congelar” certos indivíduos ou grupos – ou os habitantes de regiões inteiras – em certas “posições” da economia nacional ou global. O “congelamento” de indivíduos ou grupos em posições por eles indesejadas é vista como um resultado – talvez uma consequência não intencional – de “déficits” na fruição de direitos. Nesse sentido, as arquiteturas contratuais que oferecem incentivos especiais para certos grupos econômicos ou sociais desfavorecidos são um tema de interesse para os juristas trabalhando sob a abordagem da AJPE, na medida em que esses incentivos visem a assegurar a fruição de direitos fundamentais e humanos à luz de um PVJ proposto. E, ao tratar desse tema, o jurista deve considerar tanto conteúdos contratuais referentes à economia real quanto conteúdos monetários, conforme detalhado nos parágrafos abaixo.

A nova análise contratual propõe que os juristas se concentrem na descrição da combinação de conteúdos contratuais presentes nos agregados contratuais, recorrendo a um conjunto de tipos ideais de cláusulas contratuais, utilizado como ferramenta de análise. Isto quer dizer que, na abordagem da AJPE, considera-se que os contratos economicamente relevantes combinam dois tipos de cláusula contratual, tratadas como tipos ideais:

- a cláusula de utilidade (U), e
- a cláusula monetária (M).

O conteúdo da cláusula U refere-se aos bens e serviços produzidos na economia real, e o conteúdo da cláusula M será sempre uma quantidade de dinheiro ou ativo financeiro transacionado, tendo em vista um conteúdo da cláusula U. A diferença entre os contratos da economia real e os contratos financeiros está em que, neste último tipo de contrato, os conteúdos da cláusula U não serão bens ou serviços da economia real, mas sim o dinheiro ou ativos financeiros transacionados. Assim, por exemplo, em um contrato da economia real, no qual um litro de leite é vendido a um consumidor, o leite em si mesmo é o conteúdo de U, e o preço pago por esse bem é um conteúdo M. Mas, em um contrato financeiro, por meio do qual uma soma em dinheiro é emprestada por um banco a um mutuário, o conteúdo M são os juros (mais eventuais tarifas bancárias) cobrados ao mutuário, enquanto a soma de dinheiro emprestada (e não um bem ou serviço da economia real) é o conteúdo U.

Outra característica da nova análise contratual é a distinção entre os conteúdos de interesse privado e conteúdos de interesse público, tanto da cláusula U quanto da cláusula M dos contratos. Os conteúdos de interesse privado são aqueles escolhidos pelas partes contratantes através da negociação privada. Os conteúdos de interesse público, ao contrário, são aqueles estabelecidos por “negociações” institucionalizadas que seguem intrinsecamente, por exigência jurídica (legal, constitucional, etc.), procedimentos que promovem ampla publicidade de todos os aspectos da determinação de conteúdos. Tais procedimentos públicos são tipicamente aqueles do processo legislativo, do processo judicial e dos processos administrativo e regulatório. Desta forma, qualquer contrato ou agregado contratual relevante pode ser analisado com base no quadro da Figura 1 (ver abaixo), em que U' e M' são os “conteúdos de interesse público” das cláusulas globais U e M respectivamente.⁵⁴

	CLÁUSULA U	CLÁUSULA M
Interesse Privado	U	M
Interesse Público	U'	M'

Figura 1: A nova análise contratual

Fonte: Castro, 2011:42

A abordagem da AJPE considera que todas as economias de mercado contemporâneas são *economias mistas*, já que a grande maioria dos contratos combina conteúdos de interesse público e de interesse privado, tanto na cláusula U quanto na cláusula M.⁵⁵ Assim, por exemplo, nas economias de mercado contemporâneas, nenhuma empresa pode

produzir ou vender medicamentos, automóveis, *smartphones* ou aparelhos de televisão sem que incidam sobre as atividades econômicas uma série de regulamentos de políticas como as de saúde pública, de proteção ambiental, de proteção ao consumidor, e outras. Todas essas políticas adicionam conteúdos de interesse público às cláusulas U dos contratos, e são, portanto, conteúdos U', que só podem ser suprimidos ou modificados através de procedimentos públicos, sujeitos à fiscalização pública jurídica: eles não podem ser modificados ou cancelados por meio de negociação contratual privada.

E há também os conteúdos M'. De fato, outro aspecto crucial das economias de mercado, mostrado pela nova análise contratual, é que os tributos e as taxas de juros devem figurar como M', distribuído – por vezes um tanto aleatoriamente, mas idealmente seguindo um plano geral de políticas – por diversos setores dos agregados contratuais. A avaliação do impacto da distribuição dos conteúdos M' na capacidade de fruição efetiva de direitos por seus titulares é de interesse dos juristas trabalhando sob a abordagem da AJPE. Tais juristas devem desenvolver uma análise da distribuição de M', inclusive do que pode ser descrito como “conteúdos M' estratégicos”, nos agregados contratuais, conforme descrito abaixo.

Com efeito, a abordagem da AJPE ajuda o jurista a compreender que, em princípio, todos os contratos economicamente relevantes incorporam uma taxa de juros (a chamada taxa básica de juros) como M'.⁵⁶ Isto porque, em sua operação regular, os bancos realizam transações no mercado interbancário e decidem onde alocar fundos (seja em títulos da dívida pública com uma determinada taxa de juros, ou outro ativo, como títulos de dívida interbancária de curto prazo, etc.), transmitindo contratualmente a taxa básica de juros a todos os outros contratos celebrados pelos bancos, tais como os do crédito ao consumidor, os do crédito contratados com empresas comerciais, e outros. Na prática, em virtualmente todos os contratos – financeiros ou da economia real – a taxa básica acaba sendo englobada pelo preço expresso como M, mas ela deve ser separada para fins de análise.

De maneira similar ao que ocorre no tratamento analítico da taxa de juros, os encargos fiscais e créditos tributários devem ser considerados como conteúdos M'. Ademais, deve-se esperar que a magnitude do conteúdo M' correspondente aos tributos varie de contrato a contrato, dependendo da política tributária. É a política tributária que atribui encargos fiscais ou créditos tributários ao que, de outro ângulo, pode ser caracterizado como fruição de um direito. Os encargos fiscais e os créditos tributários estão presentes em todos os agregados contratuais, como estão também as taxas de juros. Além disso, de forma análoga ao que ocorre com a taxa de juros, os encargos fiscais geralmente acabam sendo incorporados no preço (M) dos contratos em razão das práticas negociais, e são transmitidos intercontratualmente. Contudo, para os propósitos da análise jurídica, eles devem ser indicados separadamente, de modo que as possíveis reformas de políticas públicas possam dispor de registros precisos das contas referentes à alocação de recursos financeiros e aos passivos relativos a M', e seus impactos na fruição de direitos fundamentais no contexto das arquiteturas contratuais existentes.

Conspícuas exceções a esta condição estrutural de contratos, sob a qual a taxa básica de juros e os encargos fiscais são transmitidos a todos os agregados contratuais, podem ser encontradas em dois casos típicos das economias de mercado contemporâneas. A primeira exceção relaciona-se com a transmissão das taxas de juros nas transações envolvendo contratos que possuem taxas de juros “estratégicas”, tal como nos casos de políticas agrícolas e industriais, ou ainda nas hipóteses em que taxas de juros abaixo dos valores praticados no mercado são oferecidas por agências de crédito à exportação, e assim por diante. Evidentemente, as taxas de juros estratégicas oferecem incentivos especiais à produção, troca ou consumo em que se engajam grupos que, de outro modo, não poderiam fruir direitos importantes (e, em alguns casos, direitos fundamentais), levando a situações de injustiça econômica. Do ponto de vista da fruição de direitos, a adoção de incentivos ou desincentivos fiscais estratégicos pelo governo (por exemplo, benefícios fiscais ou sobretaxas) tem consequências análogas àquelas das taxas de juros transmitidas intercontratualmente.

A segunda principal exceção à condição estrutural dos contratos, mencionada acima, é o fato de que, em alguns mercados – em especial nos mercados de trabalho e de consumo –, a incorporação de conteúdos M' no preço M dos contratos é obstruída de forma parcial ou total. Isso ocorre seja por causa de normas jurídicas enviesadas, que alocam mais poder a uma das partes interessadas (por exemplo, ao empregador, frente ao empregado, na determinação de como a estrutura de custos – inclusive custos salariais – dos investimentos deve ser organizada), seja porque o interesse no consumo, mais do que na troca, define um ponto de interrupção na transmissão dos sinais de preços em um dado agregado contratual.

Neste último caso, que é o de consumo final, os consumidores não podem repassar M' aos conteúdos M de quaisquer outros contratos em que sejam partes, pois os bens e serviços consumidos são expendidos, não trocados. Na verdade, o consumidor final comum se vê adstrito a tentar incorporar o conteúdo M' de certos contratos no conteúdo M de um único tipo de contrato: seu contrato de trabalho, pois o trabalho é a única mercadoria que um consumidor final comum é ordinariamente capaz de vender. Todavia, como já observado, as normas jurídicas nos mercados de trabalho tendem a ser parciais de modo a tornar o empregador capaz de, em muitos casos, eficazmente resistir às demandas por aumentos salariais. As leis relativas ao dissídio coletivo trabalhista, como se sabe, tendem a mitigar esta desvantagem estrutural dos trabalhadores em muitas economias de mercado contemporâneas. Ademais, os assalariados participam geralmente de negociações coletivas tentando transformar parte do conteúdo M de seu contrato de trabalho em um conteúdo M' (eles também procuram estabelecer conteúdos U' que reflitam suas preferências). O chamado salário mínimo (um conteúdo M' em contratos de trabalho), por sua vez, resulta geralmente de demandas canalizadas diretamente por meio do processo legislativo nas democracias, e não pode ser negociado para baixo de forma privada.

3.4. CONSEQUÊNCIAS PARA A ANÁLISE DE DIVERSOS CAMPOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS

O desenvolvimento da análise posicional e da nova análise contratual, descritas brevemente acima, permite uma maior conscientização sobre o significado jurídico de fatos e circunstâncias atinentes a diversos campos do direito e da política econômica, incluindo as políticas cambiais, diversos tipos de regulação financeira, o direito antitruste e o direito do comércio internacional.

Assim, por exemplo, a influência das flutuações da taxa de câmbio sobre diferentes contratos da economia torna-se clara sob a nova análise contratual. Neste caso, um importante foco da análise jurídica serão as escolhas feitas por autoridades na elaboração de regulações incidentes sobre os contratos de câmbio. Tornam-se visíveis, assim, políticas cambiais que promovem certos interesses. O estabelecimento de *hedges* associados a determinados contratos, como um expediente de segurança financeira contra a volatilidade da taxa de câmbio – uma segurança que, em alguns casos, pode se tornar obrigatória por força de lei – pode passar a ser percebido como uma política financeira “estratégica”, dependendo dos objetivos gerais à luz dos quais tal prática venha a ser desenvolvida.

Por outro lado, conteúdos decorrentes de regulação financeira (U’ nos contratos financeiros) afetando diversos tipos de contratos da economia real e, de um modo geral, os impactos deste tipo de regulação nos preços dos contratos financeiros – por exemplo, o impacto das chamadas “exigências de capital” (*capital requirements*) dos Acordos da Basileia⁵⁷ sobre os *spreads* bancários nos diversos ambientes financeiros, bem como a possível “prociclicidade” das regras desses acordos⁵⁸ – passam a ser de grande interesse para os juristas preocupados com o desenvolvimento econômico e simultaneamente com a efetividade dos direitos humanos, pois U’ nos contratos financeiros, pode afetar, de forma positiva ou adversa, a capacidade de indivíduos ou grupos de negociar, por meio da barganha contratual, a saída de posições indesejadas que ocupem na economia. As posições indesejadas – nas quais indivíduos ou grupos possam vir a ficar economicamente “aprisionados” ou “imobilizados” – podem ser analisadas por meio da “análise posicional”, e são normalmente uma indicação da ocorrência de uma fruição “deficiente” de direitos fundamentais e humanos por parte dos titulares de direitos afetados.

A abordagem da AJPE tem também implicações para a análise jurídica nos campos do direito antitruste e políticas concorrenciais. Com efeito, o que permanece aparentemente ausente do estilo dominante da análise do direito antitruste é a preocupação com a equidade resultante da regulação incidente sobre a atividade de empresas. A equidade neste caso pode ser entendida como a qualidade de um conjunto de políticas que permite a um titular de direitos, considerando sua posição atual dentro de agregados contratuais relevantes, “mover-se”, puramente por meio da negociação contratual, em direção a outras posições preferidas.

Sobre isto não se deve negligenciar que, em seu contexto original do final do século XIX, o direito antitruste foi desenvolvido nos Estados

Unidos, tendo como pano de fundo debates que opunham perspectivas influenciadas pelas visões de Jefferson e de Hamilton sobre a sociedade e a economia.⁵⁹ Faziam parte das preocupações dos legisladores, nesse contexto, considerações sobre equidade e justiça distributiva relativa aos efeitos da concentração econômica.⁶⁰ Subsequentemente, a análise do direito antitruste, sendo influenciada pela análise microeconômica, marginalizou, em grande parte, as “relações intercontratuais” – já aludidas acima – que conectam conteúdos U’ e M’ em agregados contratuais e entre eles. O fato a ser destacado quanto a este ponto é que, dada a sua aderência a premissas microeconômicas, o estilo dominante de análise de questões concorrenciais tende a excluir a possibilidade de associar explicitamente a política de defesa da concorrência com a política industrial, a política de desenvolvimento ou a política social e suas relações com a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos. A política de defesa da concorrência e o direito antitruste, em consequência disso, tendem a desperdiçar oportunidades de articular a promoção de práticas comerciais equitativas (*fair business practices*) com reformas de políticas públicas que ampliem a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos, incluindo tanto os direitos de produção quanto os direitos de consumo. Estas seriam os tipos de reformas de políticas públicas que poderiam resultar da aplicação da abordagem da AJPE ao relacionamento entre o direito e as diversas economias mistas que existem no mundo.

De modo semelhante, no campo do direito do comércio internacional, a abordagem da AJPE conduz a algumas percepções gerais pouco ortodoxas. Tais percepções ligam-se ao fato de que o direito do comércio internacional, construído a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, desenvolveu-se como derivações do chamado “princípio da não discriminação”.⁶¹ Este princípio, projetando-se no “princípio da nação mais favorecida” e no “princípio do tratamento nacional”, determina que os agentes econômicos devem ser tratados como iguais, mesmo quando eles sejam radicalmente diferentes. Geralmente, os países menos desenvolvidos têm menor capacidade de promover a inovação tecnológica, têm pouco ou nenhum acesso ao crédito internacional, são carentes de instituições ou bases culturais que facilitem o crescimento dos mercados de capital, e assim por diante. Ou seja, os países menos desenvolvidos não são iguais aos países mais desenvolvidos e ricos. Na verdade, muitos países menos desenvolvidos permanecem involuntariamente encurralados em “posições” indesejadas no âmbito dos agregados contratuais. Portanto, o direito do comércio internacional não deveria ser construído com base no princípio de não discriminação, que marginaliza noções como a de “tratamento especial e diferenciado”, e as relega ao status de meras exceções ao princípio fundamental do sistema normativo que governa as relações comerciais internacionais. Ao atribuir um papel central ao requisito de que a política econômica deve ser organizada de modo a promover tanto a fruição dos direitos de produção quanto dos direitos de consumo, a análise posicional e a nova análise contratual, combinadas, poderiam ajudar os formuladores de políticas governamentais relevantes a visualizar muitas questões de política comercial sob uma nova luz.

A perspectiva da AJPE tem consequências também para a formulação de componentes jurídicos das políticas sociais e da fixação da taxa de juros. De acordo com a perspectiva da AJPE, considerando a existência de uma crescente concorrência internacional e o aumento dos fluxos de capital transfronteiriços, a adoção de padrões de fruição de direitos (PVJs) para “direitos de consumo” em países que desejam promover a justiça social por meio da expansão drástica e rápida dos DESCs pode comprometer a capacidade da economia local de competir internacionalmente.⁶² Por isso, as reformas em políticas relativas aos “direitos de produção” devem assegurar que o componente M’ dos PVJs seja vinculado a um índice de taxa de juros composto por taxas de rendimentos selecionadas de mercados financeiros (por exemplo, dos mercados de derivativos) e mercados de capitais (bolsas de valores)⁶³, de modo a evitar que, nas economias abertas, defasagens persistentes entre a taxa de retorno sobre o investimento produtivo e taxas de juros (dos mercados financeiros) possam afetar negativamente a formação de capital e mesmo causar o desinvestimento e a fuga de capitais. De acordo com a abordagem da AJPE, a arquitetura contratual da economia nacional deve “equilibrar” a proteção aos direitos de consumo com a capacidade dos detentores de propriedade comercial de manter condições de competir na economia global. Por esta razão, um índice ou uma “cesta” das taxas de juros dos mercados financeiros mais importantes do mundo deve ser um referencial importante para a formulação de PVJs referentes à fruição de “direitos de produção” e para a orientação da cooperação monetária ou comercial internacional.

Em resumo, na elaboração de PVJs aplicados aos direitos de consumo, os juristas não devem negligenciar as relações macroeconômicas entre o consumo e a produção. Todavia, ao fazê-lo, os juristas não precisam – e, com certeza, não devem – apoiar-se em modelos macroeconômicos existentes. Afinal, esses modelos não podem antecipar, de maneira acurada, quais são as aspirações e estratégias das pessoas que agem por meio dos agregados contratuais. Tampouco são tais modelos capazes de representar intelectualmente as possibilidades, potencialmente infinitas, de reforma e alteração dos conteúdos de interesse privado e de interesse público de tais agregados. Os juristas trabalhando sob a perspectiva da AJPE aceitam, portanto, a visão pós-keynesiana segundo a qual as expectativas importam e o futuro não pode ser totalmente previsto⁶⁴.

Todavia, para os juristas trabalhando sob a perspectiva da AJPE, merecem atenção algumas relações entre representações estatísticas de fatos econômicos. Um exemplo importante é o dos diferenciais internacionais entre taxas de juros. Na perspectiva da AJPE, grandes disparidades internacionais entre taxas de juros tornam-se um tópico proeminente de debate e pesquisa jurídica, uma vez que tais disparidades são um sinal de que a competitividade internacional de empresas atuantes em economias com taxas de juros elevadas está sendo restringida em decorrência da impossibilidade, por parte de investidores locais, de gozarem de “direitos de produção” com conteúdos M’ de agregados contratuais locais, que sejam proporcionais a conteúdos M’ de agregados contratuais estrangeiros.

Nesse sentido, disparidades como as que prevaleceram em 2011 entre as taxas de juros de países como o Brasil (11%), a Argentina (9.98%), a África do Sul (5.5%), aqueles da área do Euro (1.75%), o Reino Unido (0.52%) os Estados Unidos (0.12%)⁶⁵, não são juridicamente aceitáveis e devem ser criticadas.

Tudo isso leva à visão de que uma “boa” regulação não tem a ver com o fato de haver uma “menor” ou “maior” intervenção do Estado na economia. Na perspectiva da AJPE, a boa regulação não é uma questão de *quantidade* da intervenção do Estado, mas sim de *qualidade* da formulação das políticas públicas, determinada juridicamente e refletida na estrutura dos conteúdos de interesse público (U’ e M’) dos agregados contratuais. É a combinação juridicamente apropriada de conteúdos U, M, U’ e M’ nos agregados contratuais, conducente a uma fruição balanceada e plena tanto dos direitos de produção quanto dos direitos de consumo, que gera a “boa” regulação e também as reformas “justas” de políticas públicas.

Em suma, os trabalhos realizados nos moldes propostos pela abordagem da AJPE devem combinar a “análise posicional” e a “nova análise contratual” a fim de avaliar as estruturas regulatórias e propor reformas que promovam melhorias gerais da fruição efetiva e balanceada dos direitos de produção e direitos de consumo em um dado setor econômico, ou mesmo em uma economia nacional ou regional. A abordagem da AJPE também fornece uma nova linguagem jurídica que pode ser útil no levantamento de questões relevantes para os debates sobre aspectos jurídicos e econômicos (inclusive macroeconômicos) do processo de regulação. Por fim, o trabalho desenvolvido com a abordagem da AJPE também oferece novas ideias jurídicas e argumentos analíticos que podem ser úteis em negociações desenvolvidas nos diversos organismos e redes de políticas (*policy networks*) internacionais.

4. COMENTÁRIOS FINAIS

Nos últimos anos, novas concepções jurídicas surgiram no Brasil, no contexto de uma ampla crise econômica global que afetou muitas economias, embora, de forma menos intensa, os chamados mercados emergentes. Não obstante essas concepções enfatizem a necessidade de um papel ativo por parte do Estado no fornecimento dos meios jurídicos para o desenvolvimento, os novos argumentos e estratégias analíticas do discurso jurídico brasileiro recente são realistas o suficiente para reconhecer as extremas limitações dos constructos doutrinários que forneceram a base jurídica para o antigo estilo desenvolvimentista de formulação e implementação de políticas públicas. Em um mundo no qual prevalecem a mobilidade internacional de capitais e taxas de câmbio flutuantes, a essência do velho desenvolvimentismo – sua ênfase nas virtudes do desenvolvimento planejado, como, por exemplo, o do II Plano Nacional de Desenvolvimento, lançado ao final da década de 70 – não faz mais sentido. O velho desenvolvimentismo esperava muito do conhecimento tecnocrático e excluiu a possibilidade de lidar com o desconhecido e

tentar novos arranjos de políticas públicas e de governança. O discurso jurídico mais recente no Brasil tem trabalhado no sentido de desenvolver novas ideias e estratégias analíticas no campo do direito e suas consequências quanto aos resultados econômicos em contextos nos quais o pleno conhecimento não é possível, dado o fato de que as motivações e ações dos indivíduos e grupos não podem ser inteiramente previstas.

Por outro lado, em contraste com o corpo da literatura jurídica que foi elaborado em apoio às reformas pró-mercado da década de 1990 e início do século XXI no Brasil, as formulações mais recentes visam o desenvolvimento de meios analíticos para avaliar tanto as estruturas econômicas quanto os resultados das reformas de políticas públicas. A literatura jurídica que mais influenciou a fundamentação das reformas de finais do século XX e início do século XXI no Brasil era formalista e nunca desenvolveu uma preocupação consistente com relação às consequências econômicas e sociais – que fossem empiricamente verificáveis – das reformas das políticas públicas.

As novas perspectivas jurídicas – as abordagens da GPC e da AJPE – são decididamente consequencialistas, e tem interesse em incorporar as análises empíricas na análise jurídica. Elas buscam esclarecer as consequências da organização jurídica das finanças públicas e privadas para o desenvolvimento. Ambas examinam como os fundamentos jurídicos (regras e princípios) das finanças públicas e privadas podem oferecer novas maneiras de conformar políticas relacionadas à produção e à troca, no âmbito de quadros normativos que promovam a competitividade internacional das economias locais e também protejam juridicamente as formas e níveis de consumo, ampliando a inclusão social.

Em última análise, tanto a abordagem da GPC quanto a da AJPE rejeitam como uma categoria analítica válida o conceito abstrato de “mercado”, que é amplamente utilizado pelos economistas. As abordagens da GPC e da AJPE consideram o direito, com sua riqueza de princípios, regras, procedimentos e instituições, como elemento *constitutivo* das relações econômicas. Elas também rejeitam firmemente a noção de que apenas as instituições que servem aos mercados abstratamente concebidos devem ser consideradas juridicamente válidas. Tal como revelado na crítica dirigida pela abordagem da GPC contra a tese da “dotação jurídica”, propagada na literatura internacional, e também tal como resulta claro da insistência da AJPE em que “um número potencialmente infinito de diferentes ‘economias de mercado’ pode ser criado pela simples vontade das pessoas”⁶⁶ – ambas as perspectivas de análise jurídica mais recentes, discutidas neste trabalho, veem as ideias e as instituições jurídicas como sendo essencialmente convencionais, flexíveis e provisórias. O corolário deste ponto de vista sobre as ideias e instituições jurídicas é que, dada a sua extrema plasticidade, estas ideias e instituições devem, sem hesitação, ser moldadas pelo desejo do espírito humano de ser livre.

>> NOTAS

- ¹ Confira-se: *The Guardian*, 2012, Jan 2, “Rail fare rises take effect”; Clark, N., “Help fight fare rises and push for railway renationalization”. In: *The Guardian*, 2012a, Jan 2; Bom Dia Brasil, 2011, “Aumento da mensalidade escolar ultrapassa índice da inflação”; *Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09, 2009.
- ² Cf. Bonnet *et al.*, 2012.
- ³ Sobre as origens francesas do direito administrativo brasileiro, Castro, 2013, no prelo e Castro, 2012: 174–177.
- ⁴ Para um exemplo da visão de que o direito administrativo brasileiro deve ser orientado para apoiar o planejamento de investimentos e o desenvolvimento econômico, veja a palestra sobre as transformações da educação jurídica publicada originalmente por Caio Tácito em 1970 e republicada em Tácito, 2007.
- ⁵ Para uma descrição abrangente dessas reformas, ver Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), 2008. Para uma análise do processo político subjacente a essas reformas, confira Castro e Carvalho, 2003: 478–482.
- ⁶ Cf. Schapiro / Trubek, 2012: 36. Confira-se também Nunes *et al.*, 2007: 20–49.
- ⁷ Ver, por exemplo, Faria, 1993; Grau, 2002; Nusdeo, 2002; Coutinho, 2002; Salomão Filho, 2002; Faria, 2008; Aranha, 2010; Carvalho, 2010.
- ⁸ Trubek, Coutinho / Schapiro, 2013.
- ⁹ Esse novo ativismo do Estado é por vezes denominado “neodesenvolvimentismo”. Ver, por exemplo, Moraes / Saad-Filho, 2011.
- ¹⁰ A principal referência aqui são os trabalhos publicados Trubek / Santos, 2006. Ver também os trabalhos publicados em Schapiro / Trubek, 2012. Para uma visão geral da literatura sobre Direito e Desenvolvimento, ver Prado, 2010.
- ¹¹ A denominação “Gestão Pública do Capital” não aparece na literatura. É uma expressão descritiva utilizada neste artigo.
- ¹² Castro, 2007; Castro 2009; Castro 2010; Castro, 2011.
- ¹³ Fabiani, 2011: 17–18.
- ¹⁴ Fabiani, 2011: 97–124.
- ¹⁵ A “literatura sobre as origens” (também chamada literatura sobre “Direito e Finanças”) surgiu na década de 1990. Uma das principais teses desse corpo da literatura é que as jurisdições do *common law* são mais favoráveis ao desenvolvimento de mercados do que as jurisdições de direito civil, sendo as últimas mais propensas a formas mais intervencionistas de governança econômica. Para um resumo da literatura, seus principais argumentos e trabalhos empíricos, ver LaPorta, Lopes-de-Silanes / Schleifer (2008). Para uma avaliação crítica, ver Roe (2006). Os argumentos da “literatura sobre as origens” tem sido invocados pelo Banco Mundial para justificar algumas de suas políticas. Cf. Santos, 2006: 280, n. 90.
- ¹⁶ Fabiani, 2011: 97–124.
- ¹⁷ Fabiani, 2011: 118.
- ¹⁸ Schapiro, 2010a e Schapiro, 2010b.
- ¹⁹ Cf. Schapiro, 2010a.
- ²⁰ Cf. Hall / Soskice, 2001.
- ²¹ Cf. Gerschenkron, 1962.
- ²² Cf. Schapiro, 2010a: 169 *et seq.*
- ²³ Schapiro, 2010: 264.
- ²⁴ Cf. Schapiro, 2010a: 281–290.

- ²⁵ Cf. Schapiro, 2010a: p.282–284. A “tese do fim da história” aplicada ao direito empresarial pode ser encontrada em Hansmann / Kraakman, 2004.
- ²⁶ Cf. Schapiro, 2010a: 286.
- ²⁷ Cf. Schapiro, 2010b.
- ²⁸ Tamanaha, 1995.
- ²⁹ Cf. Schapiro, 2010b: 241.
- ³⁰ Coutinho, 2010.
- ³¹ Coutinho, 2010: 4.
- ³² O Programa Bolsa Família foi instituído Lei nº 10.836/2004, que reformulou e consolidou diversos programas de transferência de renda previamente existentes.
- ³³ Coutinho, 2010: 6.
- ³⁴ Idem, 17.
- ³⁵ Coutinho baseia-se em Rittich, 2004 para elaborar sua tipologia sobre os papéis do direito.
- ³⁶ Ver Coutinho, 2010: 23–24.
- ³⁷ Ver Chang, 2001. “Understanding the Relationship between Institutions and Economic Development – Some Key Theoretical Issues”. *WIDER Discussion Paper No. 93*, UNUWIDER. Este trabalho foi republicado como Chang, 2007.
- ³⁸ Veja Coutinho, 2010: 23–24.
- ³⁹ Cf. Castro, 2007 e Castro, 2009.
- ⁴⁰ Cf. Pitofsky, 1990.
- ⁴¹ Ver Castro, 2009: 34–40.
- ⁴² As etapas analíticas são detalhadas em Castro, 2009.
- ⁴³ O estabelecimento de ligações analíticas entre as políticas públicas e os direitos subjetivos pode ser usual nas jurisdições de *common law*, mas não o são nas jurisdições de direito civil, onde as categorias de análise de políticas públicas, surpreendentemente até os dias de hoje, tendem a permanecer bastante separadas do discurso jurídico. Esta separação é tão forte que justifica o esforço especial, embora ainda limitado, dos juristas para superá-la. Um exemplo desse esforço para estabelecer explicitamente um “conceito jurídico” de política pública pode ser encontrado em Bucci, 2006. Ver também Bucci, 2002.
- ⁴⁴ A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, no famoso caso *Grootboom*, considerou o fornecimento de serviços, tais quais o saneamento e a coleta de lixo, como parte do “direito à moradia”. Nas palavras da Corte, “a moradia compreende mais do que tijolos e cimento. Ela requer terra disponível, serviços adequados como o fornecimento de água e saneamento e o financiamento de todos estes, inclusive da construção da própria moradia. Para que uma pessoa tenha acesso à moradia adequada todas estas condições devem ser cumpridas: deve haver terra, deve haver os serviços, deve haver uma moradia.” Ver *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000) (tradução livre).
- ⁴⁵ Um exemplo da área do “direito à moradia” é o documento *U.N. Doc. E/1992/23, annex III at 114* (1991). Como indicado ali, “a Comissão sobre Assentamentos Humanos e a Estratégia Global de Moradia no Ano 2000 declararam: ‘A moradia adequada significa (...) privacidade adequada, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica adequada, localização adequada relativa ao trabalho e infraestrutura básica – todos a um custo razoável’” (tradução livre).
- ⁴⁶ Para uma visão global dos debates relevantes, ver Rosga / Satterthwaite, 2009. Ver também *United Nations Development Program*, 2006; e Landman / Carvalho, 2009.
- ⁴⁷ Os exemplos nesse ponto podem ser: a Federação de Advogadas - Fida-Kenya, na República do Quênia; o Fundo do Nepal Britânico; e a Rede Global das Mulheres pelos Direitos Reprodutivos

(WGNRR) atuando na Holanda. Estas três organizações se empenham no uso da avaliação do Impacto dos Direitos Humanos (HRIA) relacionada aos direitos à saúde de mulheres nos contextos locais. Ver Bakker *et al.*, 2009.

⁴⁸ Castro, 2009.

⁴⁹ Ver, por exemplo, as experiências de reformas de políticas públicas descritas em Sabel / Zeitlin, 2012.

⁵⁰ No Brasil, por exemplo, o Plano Nacional de Educação, introduzido em 2001 por uma lei federal (Lei no. 10172/2001), estabeleceu a meta, formalmente obrigatória para todas as escolas públicas, que seus órgãos internos deveriam aprovar no prazo de três anos, um “Plano Pedagógico” detalhado. Cf. Castro, 2009: 45/ 52.

⁵¹ Cf. Coutinho, 2010. Ver a discussão na seção 2C acima.

⁵² Confirma-se o anúncio do programa APRM em Banco Mundial, 2011. O anúncio fez referência explícita ao lançamento de uma “*debut facility*” em parceria entre a International Finance Corporation (IFC), que pertence ao grupo do Banco Mundial, e a casa bancária J. P. Morgan. Para uma discussão das iniciativas de cooperação que promovem a adoção de técnicas de *hedging* utilizando os mercados de derivativos e atores privados na indústria de derivativos, ver Bush, 2012.

⁵³ Ver Castro, 2007 e Castro, 2011.

⁵⁴ O adjetivo “globais” é empregado aqui para abranger tanto conteúdos de interesse público quanto os de interesse privado das cláusulas U e M.

⁵⁵ Ver Castro, 2010.

⁵⁶ Ver Castro, 2011: 43–44.

⁵⁷ A edição original do Acordo da Basileia sobre Exigências de Capital (1988) foi submetida a duas revisões. A última versão (Basileia III) foi publicada em 2010. Confira-se: *Basel Committee on Banking Supervision*, 2010.

⁵⁸ Para uma argumentação de que as regras de Basileia II eram “procíclicas” (ou seja, tendiam a reforçar os movimentos do ciclo econômico), veja Drummond, 2009. Em termos jurídicos, a prociclicidade naturalmente afeta, de modo adverso, a fruição de direitos pelos titulares de direitos de consumo e de direitos de produção. O movimento descendente do ciclo econômico pode lançar indivíduos e grupos em direção a posições indesejadas, nas quais permaneçam “congelados”. Com a ajuda da AJPE, o que se deve fazer, em face da prociclicidade percebida em algumas políticas, torna-se não apenas uma questão econômica, mas também uma questão *jurídica*.

⁵⁹ Este parágrafo reproduz partes de Castro, 2010.

⁶⁰ Ver Sullivan / Harrison, 2003. Nesse sentido, estes autores sublinham que “o jeffersonianismo adquiriu expressão nos debates parlamentares que culminaram na aprovação do *Sherman Act*”. Ver *idem*, p. 3.

⁶¹ Trebilcock / House, 1995: 26–30.

⁶² Este ponto é desenvolvido em Castro, 2009: 52–60.

⁶³ *Idem, ibidem*.

⁶⁴ Conforme sublinha Paul Davidson: “As decisões econômicas raramente são tomadas com base em algo comparável a uma tábula rasa. Na medida em que diferentes indivíduos ou grupos avaliam as mesmas circunstâncias econômicas com base em diferentes referenciais, suas expectativas e, conseqüentemente, suas decisões podem também divergir entre si. Os pós-keynesianos, portanto, enfatizam o papel desempenhado por esta heterogeneidade de expectativas, bem como a importância do fato de que eventos futuros não podem ser plenamente previstos” (tradução livre). Davidson, 1980: 158.

⁶⁵ Os valores referem-se a taxas de juros de curto prazo, em percentuais por ano. Fonte: *Principal Global Indicators* (PGI) publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Disponível em: <http://www.principalglobalindicators.org/>. Acesso em: 05.05.2012.

⁶⁶ Castro, 2010: 36.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Aranha, Márcio Iorio (2010).** “Virtude Política e Abertura Estrutural das Agências Reguladoras: O Caso das Telecomunicações”. In: Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (ed.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 167–191.
- Bakker, Saskia et al. (2009).** “Human Rights Impact Assessment in Practice: The Case of the Health Rights of Women Assessment Instrument (HeRWAI)”. *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, no. 3, 436–458 doi:10.1093/jhuman/hup017.
- Bonnet, Céline et al. (2012).** “Empirical Evidence on Satisfaction with Privatization in Latin America”. *World Bank Economic Review* 26 (1): 1–33 doi:10.1093/wber/lhr037.
- Bucci, Maria Paula Dallari (2006).** “O Conceito de Política Pública em Direito”. In: Maria Paula Dallari Bucci (ed.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1–49.
- Bucci, Maria Paula Dallari (2002).** *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva.
- Bush, Sasha Breger (2012).** *Derivatives and Development: A Political Economy of Global Finance, Farming, and Poverty*. New York: Palgrave Macmillan.
- Carvalho, Vinícius Marques de (2010).** “Regulação Econômica e Serviços Públicos”. In: Mario Gomes Schapiro (ed.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 21–77.
- Castro, Marcus F. de (2013, no prelo).** “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”. De Gruyter – *Law and Development Review*.
- (2012).** *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo: Saraiva.
- (2011).** “Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica”. *Revista da PGFN*, vol. 1, no. 2, jul./dez., 23–51.
- (2010).** “Liberalism, Competition and Rights: Towards a New Vision of Market-Oriented Legal Reforms”. In: Miodrag Micovic (ed.). *Liberalism and the Protection of Competition* [original book title in Serbian]. Kragujevac: Graduate Program of the Faculty of Law of Kragujevac, 33–47.
- (2009).** “Análise Jurídica da Política Econômica”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, vol. 3, no. 1, junho, 17–70.
- (2007).** “A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica”. *Notícia do Direito Brasileiro*, vol. 14, 107–128.
- Castro, M. F. de / Carvalho, M. I. V. de (2003).** “Globalization and Recent Political Transitions in Brazil”. *International Political Science Review*, vol. 24, 465–490.
- Chang, Ha-Joon (2007).** “Understanding the Relationship Between Institutions and Economic Development – Some Key Theoretical Issues”. In: Ha-Joon Chang (ed.) *Institutional Change and Economic Development*. United Nations University Press / Anthem Press, Tokyo / London, 17–33.
- Coutinho, Diogo R. (2010).** “Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil”. *The Law and Development Review*, vol. 3, no. 2, May, 3–40. DOI: 10.2202/1943–3867.1055.
- (2002).** “A Universalização do Direito Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação”. In: Salomão Filho, Calixto (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 65–123.
- Davidson, Paul (1980).** “Post Keynesian Economics”, *The Public Interest*, special edition, 151–173.

- Drumond, Ines (2009).** “Bank Capital Requirements, Business Cycle Fluctuations and the Basel Accords: A Synthesis”. *Journal of Economic Surveys*, vol. 23, no. 5, 798–830 (doi: 10.1111/j.1467-6419.2009.00605.x).
- Fabiani, Emerson (2011).** *Direito e Crédito Bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Faria, José Eduardo**
(2008). *Direito e Conjuntura Econômica*. São Paulo: Saraiva.
(1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros.
- Gerschenkron, Alexander (1962).** *Economic Backwardness in Historical Perspective*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Grau, Eros Roberto (2002).** “As Agências, Essas Repartições Públicas”. In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 25–28.
- Hall, Peter / Soskice, David (2001).** *Varieties of Capitalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Hansmann, H. / Kraakman, R. (2004).** “The End of History for Corporate Law”. In: Gordon, J. N. and Roe, M. J. (eds.) *Convergence and Persistence in Corporate Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Landman, Todd / Carvalho, Edzia (eds.) (2009).** *Measuring Human Rights*. Abingdon: Routledge.
- LaPorta, R./ Lopes-de-Silanes, F. / Schleifer, A. (2008).** “The Economic Consequences of Legal Origins”. *Journal of Economic Literature*, vol. 46, no. 2, 285–332.
- Milhaupt, Curtis/Pistor, Katharina (2008).** *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World*. Chicago: University of Chicago Press.
- Morais, L. / Saad-Filho, A. (2011).** “Da Economia Política à Política Econômica: O Novo-Desenvolvimentismo e o Governo Lula”. *Revista de Economia Política*, vol. 31, no. 4 (124), October–December, São Paulo, 507–527.
- Nunes, Edson de Oliveira et al. (2007).** *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Inovação e Continuidade no Sistema Político-Institucional*. Rio de Janeiro: Garamond.
- Nusdeo, Fábio (2002).** “Desenvolvimento Econômico: Um Retrospecto e Algumas Perspectivas”. In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 11–63.
- Pitofsky, Robert (1990).** “New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”. *Columbia Law Review*, vol. 90, no. 7, November, 1805–1864.
- Prado, Mariana Mota (2010).** “What is Law and Development?”. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, vol. 1, October, 1–20. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1907298>. Acesso em: 20 de novembro de 2011.
- Rittich, Kerry (2004).** “The Future of Law and Development: Second Generation of Reforms and the Incorporation of the Social”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, Fall, 199–243.
- Roe, Mark J. (2006).** “Legal Origins, Politics and Modern Stock Markets”. *Harvard Law Review*, vol. 120, 460–627.
- Rosga, Ann J. / Satterthwaite, Margaret L. (2009).** “The Trust in Indicators: Measuring Human Rights”. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 27, no. 2, 253–315.
- Sabel, Charles / Zeitlin, Jonathan (2012).** “Experimentalist Governance”. In: David Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 169–183.
- Salomão Filho, Calixto (2002).** “Regulação e Desenvolvimento”. In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 29–63.
- Schapiro, Mario G.**
(ed.) (2010). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva.
(2010a). *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva.

- (2010b). “Repensando as Relações entre Estado, Direito e Desenvolvimento: Os Limites do Paradigma *Rule of Law* e a Relevância das Alternativas Institucionais”. *Revista Direito GV*, vol. 6, no. 1, Jan–Jun., 213–252.
- Schapiro, M. G. / Trubek, D. M. (eds.) (2012). *Direito e Desenvolvimento: Um Diálogo entre os BRICs*. São Paulo: Saraiva.
- Sullivan, Thomas E. / Harrison, Jeffrey L. (2003). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. Newark: LexisNexis / Mathew Bender.
- Tácito, Caio (1997). “O Desafio do Ensino do Direito”. In: C. Tácito (ed.). *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 1, 27–37.
- Tamanaha, Brian (1995). “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, no. 4, 501–535.
- Trebilcock, M. / Howse, R. (1995). *The Regulation of International Trade*. London: Routledge.
- Trubek, D. M. / Coutinho, D. R. / Schapiro, M. G. (2013). “Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions”. In: Hassane Cissé, Sam Muller, Chantal Thomas and Chenguang Wang (orgs.). *World Bank Legal Review*, vol. 4, pp. 281–251.
- Trubek, D. M. / Santos, A. (eds.) (2006). *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press.

CASOS

- Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09 (2009) ZACC 28
Date of Judgment: 8 October 2009. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/13884.doc>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169. Date of Judgment: 4 October 2000.
Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

NOTÍCIAS

- Bom Dia Brasil** (2011). Aumento da mensalidade escolar ultrapassa índice da inflação.
Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/11/aumento-da-mensalidade-escolar-ultrapassa-indice-da-inflacao.html>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Clark, Neil** (2012). Help fight fare rises and push for railway renationalization. *The Guardian*.
Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jan/02/fare-rises-railway-nationalisation?intcmp=239>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Guardian, The** (2012). Jan 2, Rail fare rises take effect. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2012/jan/02/rail-fare-rises?cat=uk&type=article>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.

OUTRAS FONTES

- Basel Committee on Banking Supervision** (2010). Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.htm>. Acesso em: 2 de maio de 2012.

International Monetary Fund (IMF). Principal Global Indicators (PGI). Disponível em:

<<http://www.principalglobalindicators.org/>>. Acesso em: 5 de maio de 2012.

Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) (2008). *Brazil:*

Strengthening Governance for Growth. OECD Reviews of Regulatory Reform. Disponível

em: <[http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-](http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-reform-brazil)

[reform-brazil](http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-reform-brazil)>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2012.

The World Bank Group (2011). “World Bank Group Announces New Instrument to Help

Food Producers and Consumers in Developing Nations Deal with Volatile Prices”. Press

Release No:2011/559/EXT – Disponível em: <<http://go.worldbank.org/T7EAoVLHG0>>.

Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

**QUE CADA POVO TEÇA OS FIOS DA SUA
HISTÓRIA: O PLURALISMO JURÍDICO EM
DIÁLOGO DIDÁTICO COM LEGISLADORES**
*// MAY EVERY PEOPLE WEAVE THE THREADS OF
THEIR OWN HISTORY: JURIDICAL PLURALISM IN
DIDACTICAL DIALOGUE WITH LEGISLATORS*

Rita Laura Segato

>> **RESUMO // ABSTRACT**

O artigo examina todos os elementos que a autora considerou para construir sua arguição contra um projeto de lei de criminalização da suposta prática de infanticídio indígena apresentada em Audiência Pública reunida no Congresso Nacional. Inclui também a sua fala nessa Audiência Pública. Crítico do relativismo cultural, seu argumento defende, em seu lugar, o *pluralismo histórico*, e propõe a ideia de um *Estado restituidor*, devolvedor do foro étnico e garante da deliberação interna na comunidade. A devolução da jurisdição étnica equivale à restituição do controle sobre as rédeas da própria história. // The article examines all the elements brought together by the author to build a contention for a Public Hearing at the Brazilian House of Representatives against the passing of a law criminalizing the presumed practice of infanticide by indigenous people in Brazil. It also includes the speech delivered at the Public Hearing. Critical of cultural relativism, the argumentation defends instead historical pluralism and proposes the idea of a *restitutive State*, devolutionary of communitarian rule and guarantor of community internal deliberation. Devolution of ethnic jurisdiction amounts to a devolution of command over indigenous own historical project.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Pluralismo jurídico; direito indígena; infanticídio indígena; “pluralismo jurídico”; “Estado restituidor”. // Legal Pluralism; indigenous law; indigenous infanticide; “historical pluralism”; “restitutive State”

>> **SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Rita Laura Segato é antropóloga e docente dos programas de pós-graduação em Bioética e em Direitos Humanos da Universidade de Brasília. // Rita Laura Segato is an anthropologist. She teaches at the graduate programs of Bioethics and of Human Rights at the University of Brasília.

>> **SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE**

Esta é uma versão revisada e modificada de um artigo publicado em espanhol em Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (Coords), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México D.F, CIESAS/FLACSO-Ecuador. // This is a revised and modified version of an article published in Spanish in Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (Coords), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México D.F, CIESAS/FLACSO-Ecuador.

>> NOTA DO EDITOR // EDITOR'S NOTE

É preciso fazer uma ressalva em relação a diferença entre o sentido antropológico de infanticídio, aqui empregado, e o sentido técnico do direito penal brasileiro, exposto no artigo 123 do código penal "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após". // It is necessary to make a comment on the difference between the anthropological meaning of infanticide as used in the text and the technical meaning of the Brazilian criminal law, as laid down in article 123 of its Criminal Code: "To kill, under the influence of puerperal state, the own child, during childbirth or right afterwards".

1. SUPORTES E LIMITES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ARGUMENTO DIFÍCIL.

Em agosto de 2007, fui convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional brasileiro para apresentar um argumento de cunho antropológico com a finalidade de esclarecer os parlamentares sobre o tema do assim chamado “infanticídio indígena”. A explicação era necessária para que eles pudessem decidir sua posição à hora da iminente votação de uma lei que criminalizava a prática. Neste artigo, detalho o conjunto de considerações e conhecimentos que cercaram a preparação do meu argumento para a ocasião, apresento o texto com que questioneei a aprovação do projeto de lei e exponho as conclusões de alcance teórico que resultaram do processo de sua elaboração. De fato, como explicarei, ao finalizar o exercício retórico cuja confecção aqui descrevo, as categorias *povo e história* tinham se imposto como as únicas capazes de permitir a defesa de um processo de devolução da prática da justiça à comunidade indígena por parte do Estado Nacional.

Quando recebi o convite, percebi que teria que construir minhas considerações de forma complexa, obedecendo ao princípio que eu mesma tinha estabelecido ao falar de uma antropologia cuja conduta deveria ser, a partir de agora, permanecer disponível à demanda dos seus “estudados”¹. O primeiro problema era que me encontrava cindida entre dois discursos diferentes e opostos, ambos provenientes de mulheres indígenas e dos quais eu tinha conhecimento. O primeiro era o repúdio que, na primeira Reunião Extraordinária da recém-criada Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), realizada nos dias 12 e 13 de julho de 2007, a Subcomissão de Gênero, Infância e Juventude tinha manifestado a respeito dessa lei². O segundo era a queixa de uma indígena, *Edna Luiza Alves Yawanawa*, da região fronteira entre Brasil e Peru, no estado de Acre, quem, durante a oficina de Direitos Humanos para mulheres indígenas que assessorei e conduzi em 2002 para a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), tinha descrito o infanticídio obrigatório de um dos gêmeos entre os Yawanawa como fonte de intenso sofrimento para a mãe, por isso também vítima da violência dessa prática. Essa era, em sua experiência, uma das contradições de difícil solução entre o direito à autonomia cultural e o direito das mulheres³. Tinha, portanto, frente a mim, a ingrata tarefa de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, fazer uma aposta forte na transformação do costume. Devia, também, construir o argumento a partir de considerações e evidências que fossem aceitáveis para o Congresso de um Estado Nacional de forte influência cristã, herdeiro do estado colonial, formado em sua imensa maioria por homens brancos, muitos deles fazendeiros em localidades com presença indígena e, no caso dessa lei, representados pela agressiva bancada de parlamentares evangélicos, muito articulados entre si e atores mancomunados atuantes na política brasileira. Era precisamente um membro dessa “Frente Parlamentar Evangélica”, o deputado federal do PT pelo Estado de Acre e Pastor da Igreja Presbiteriana do Brasil Henrique Afonso, o proponente do Projeto de Lei 1057/2007 em discussão.

Se, por um lado, me amparavam a Constituição Brasileira de 1988 e a ratificação pelo Brasil, em 2002, da Convenção 169 da OIT, com sua defesa do direito indígena à diferença; pelo outro, a defesa da vida se apresentava como um limite infranqueável para qualquer intento de relativizar o Direito. Com efeito, a Constituição de 1988, especialmente no artigo 231 e no conjunto de seus artigos 210, 215 e 216, reconhece e garante a diversidade de culturas dentro da nação e o direito à pluralidade de formas particulares de organização social. A partir dessa visão constitucional pluralista na ordem cultural, intérpretes como Marés de Souza Filho⁴ e Carvalho Dantas⁵ afirmam que a Carta de 1988 senta as bases para o progressivo exercício de direitos próprios por parte das sociedades indígenas no Brasil. Também a ratificação da Convenção 169 da OIT, em 2002, foi um passo adiante no caminho do reconhecimento das justiças próprias, ainda que a norma consuetudinária aí, apesar de adquirir *status* de lei por sua inclusão na legislação a partir do processo de constitucionalização do instrumento jurídico internacional, segue limitada pela obrigatoriedade do respeito às normas do “sistema jurídico nacional” e aos “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Contudo, por razões que não é possível examinar aqui, o Brasil, apesar de contar hoje com aproximadamente 220 sociedades indígenas e um número total de aproximadamente 800.000 indígenas (0,5% da população), encontra-se muito longe de um efetivo pluralismo institucional e mais distante ainda da elaboração de pautas de articulação entre o direito estatal e os direitos próprios, como existem na Colômbia ou Bolívia. As próprias comunidades indígenas não demandam do Estado a devolução do exercício da justiça com o mesmo empenho com que demandam a identificação e demarcação de seus territórios, nem têm claro o que significaria essa restituição no processo de reconstrução de suas autonomias. Não há suficiente pesquisa a respeito, mas esse atraso no concernente às justiças próprias poderia atribuir-se à inexistência, no direito colonial português, da figura dos *cabildos* indígenas, depositários, em toda a América Hispânica, da administração da justiça quando a infração não afetava os interesses da metrópole ou de seus representantes. Por outro lado, no Brasil se avançou mais na identificação e demarcação de territórios indígenas. Contudo, esses territórios não se comportam como verdadeiras jurisdições, a devolução de terras não foi acompanhada por um processo equivalente de reflexão e reconstrução das instâncias próprias de resolução de conflitos, graus crescentes de autonomia institucional no exercício da justiça própria e recuperação paulatina da prática processual. A figura da tutela, vigente até hoje no Estatuto do Índio, apesar de sua revogação parcial no novo texto constitucional, contribuiu para reduzir cada pessoa indígena, em sua individualidade, ao regime ambivalente de subordinação/proteção por parte do Estado Nacional.

Às cautelas já expostas, devo acrescentar que minha exposição não poderia se centrar em uma análise das diversas razões cosmológicas, demográficas ou higiênico-práticas que pareceriam reger a permanência da prática do infanticídio numa variedade de sociedades. Muito menos tentar invocar a profundidade da diferença das concepções de “pessoa”,

“vida” e “morte” nas sociedades ameríndias. O paradigma relativista da antropologia, em seu século de existência, não impactou a consciência pública, incluída a dos parlamentares, como para permitir o debate nesses termos dentro do campo jurídico estatal. Isso me colocou diretamente ante a questão central de minha tarefa: *com que argumentos nós, que defendemos a desconstrução de um Estado de raiz colonial, podemos dialogar com nossos representantes e advogar pelas autonomias, quando essas implicam práticas tão inaceitáveis como a eliminação de crianças?* Encontrávamo-nos, sem dúvida, frente a um caso limite para a defesa do valor da pluralidade.

Essa dificuldade era agravada pela quantidade de material jornalístico de diversos tipos que as organizações religiosas tinham divulgado a respeito de crianças que afirmavam ter resgatado da morte, estratégia que culminou com a interrupção da Audiência Pública para permitir a entrada de um contingente de dez delas, com algumas mães, muitas com deficiências de diversas gravidades, para dar mostras de gratidão à organização que alegava tê-las salvado da morte nas suas respectivas sociedades. “Atini. Voz pela vida”, uma ONG evangélica local, mas com ramificações internacionais em rádios e sítios de internet em inglês⁶, estava por trás dessa investida de comunicação social e de uso do poder midiático e chegou inclusive a produzir um pequeno manual ou cartilha chamada “O Direito de Viver”, da série “Os Direitos da Criança”. O folheto, “Dedicado a MUWAJI SURUWAHA, mulher indígena que enfrentou as tradições de seu povo e a burocracia do mundo de fora para garantir o direito à vida de sua filha Iganani, que sofre de paralisia cerebral” inclui os seguintes subtítulos, representativos dos casos em que diversas sociedades indígenas poderiam praticar infanticídio: “Nenhuma criança é igual à outra, mas todos têm os mesmos direitos”, “O direito da criança é mais importante do que sua cultura”; “É dever da comunidade proteger suas crianças”; “Os gêmeos têm direito a viver”; “Filhos de mãe solteira têm direito a viver”; “Crianças com problemas mentais têm direito a viver”; “Crianças especiais, que nascem com algum problema, têm direito a viver”; “Crianças que os pais não querem criar, ou não podem criar, têm direito a viver”; “Crianças cujo pai é de outra etnia têm direito a viver”; e informa também sobre a legislação vigente de proteção da vida infantil (a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas; o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil; e a cláusula 2 do artigo 8 da Convenção 169 da OIT, que estabelece limites ao costume).

Tanto as notícias plantadas por essa organização em diários e revistas de ampla distribuição nacional como a comovedora entrada no auditório do Congresso em que se desenvolvia a sessão resultam naturalmente numa imagem das sociedades indígenas como bárbaras, homicidas e cruéis para com seus próprios e indefesos bebês. Imagem contraposta à de um movimento religioso que afirma “salvar as crianças” de povos que as assassinam. A legítima defesa da vida de cada criança e o desejo de uma boa vida para todos se transformava assim em uma campanha de propaganda anti-indígena e na prédica em prol de incrementar a supervisão da vida nas aldeias. O fundamento era a suposta necessidade de proteger o

índio de sua incapacidade cultural para cuidar da vida. Da individualidade e particularidade de cada caso se passava, a partir de uma perspectiva cristã, a uma política geral de vigilância do indígena e ao menoscabo de seu modo de vida próprio, com as bases cosmológicas que o estruturam. A missão se apresentava, assim, como indispensável para o bem-estar dos incapazes “primitivos” e a erradicação de seus costumes selvagens – em outras palavras, para sua salvação não somente celeste, mas também mundana. A lei que se propunha era, desta forma, o resultado de um projeto de igrejas que se autopromoviam como “salvadoras da criança” indígena (intencionalmente parafraseio aqui o irônico título da obra já clássica de Anthony M. Platt⁷).

Em julho de 2008, as forças e interesses representados pela frente parlamentar evangélica não haviam conseguido aprovar essa lei, e tampouco impedir a liberalização de outras questões referidas à gestão da vida humana. A ofensiva legislativa contra o aborto, as uniões homossexuais, a experimentação com células-tronco, etc. permite entrever a dimensão biopolítica da intervenção religiosa contemporânea na esfera pública⁸. Como parte desse intervencionismo biopolítico, o diretor de Hollywood David Cunningham (cujo pai, Lauren Cunningham, fora um dos fundadores da entidade missioneira *Youth with a Mission / JOCUM*) lançou o filme *Hakani: Buried Alive – A Survivor’s Story*. Ele transmite a falsa impressão de que se trata do registro documental do sepultamento de duas crianças vivas, já crescidas, por índios de uma aldeia Suruwaha. O filme, interpretado por atores indígenas evangelizados e rodado numa propriedade da Missão, é severamente prejudicial à imagem dos povos indígenas do Brasil e dos Suruwaha em particular⁹. Para a infelicidade da produção, o filme, que foi exibido por diversos programas de grande audiência da televisão brasileira como se fosse um documentário, foi, num programa de domingo, assistido por seus atores na aldeia Kari-tiana de Rondônia. Estes ficaram abismados quando perceberam que o roteiro não mostrava o que lhes fora dito que estariam representando, isto é, a vida dos povos indígenas como era “antigamente”, em tempos remotos. Pelo contrário, ao ver o filme comprovaram que se afirmava que o enterro das crianças era uma prática atual. Acudiram, então, ao Ministério Público do Estado de Rondônia, e abriram processo contra a produção. Esse processo se encontra ainda em curso. Apesar disso, nada menos que a sede da OAB de Brasília ofereceu, em 2012, um curso sobre o tema do infanticídio indígena durante o qual, para minha perplexidade, foi exibido, sob meus protestos, o filme *Hakani* como se tratasse de um documentário.

2. O PROJETO DE LEI, SUA INSPIRAÇÃO E A COINCIDÊNCIA DE AGENDAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL.

Os autores do Projeto de Lei 1057/2007 lhe deram o nome de Lei Muwaji, aludindo a uma mãe Suruwaha que afirmavam ser salvadora de seu bebê, portador de paralisia cerebral¹⁰.

Não é meu propósito aqui fazer uma crítica ao Projeto de Lei em termos jurídicos. Basta dizer que indiquei, repetidamente, que essa lei “ultracriminaliza” o infanticídio indígena porque, por um lado, repete a sanção que já pesa sobre ações devidamente enquadradas na Constituição e no Código Penal e, pelo outro, inclui na acusação não somente os autores diretos do ato, mas todas suas testemunhas reais ou potenciais, isto é, toda a aldeia em que a ação ocorre e outras testemunhas como, por exemplo, o representante da FUNAI, o antropólogo, os agentes de saúde, entre outros possíveis visitantes.

Os principais argumentos a favor da lei provinham dos esposos Edson e Márcia Suzuki, um casal de missionários atuantes entre os Suruwaha que apareceram em meios escritos e televisivos de altíssima audiência por terem resgatado a menina Hakani, condenada à morte por uma disfunção hormonal congênita severa e que cursa hoje o primeiro grau numa escola privada de alto padrão em Brasília. Em duas notas consecutivas de página inteira no principal jornal do Distrito Federal (*Correio Brasiliense*)¹¹ intituladas respectivamente: “A Segunda Vida de Hakani” e “O sorriso de Hakani”, uma profusão de fotografias mostra a criança em seu novo meio e faz uso de sua imagem com fins de propaganda da ação missionária. Depois de um repugnante manuseio da estória, o cronista afirma que a acolhida de Hakani por parte de suas colegas de escola primária “aparta com um pontapé qualquer suspeita de preconceito” pois, segundo o testemunho de uma delas, Hakani “é igualzinha a nós. Eu nem lembro de que seja índia”. O jornal relata o que seria o processo de rejeição sofrido pela criança em seu meio originário, mas não oferece nenhum tipo de informação contextual capaz de tornar o relatado inteligível aos leitores do jornal.

Coincidentemente, pouco depois de receber o convite para participar da Audiência Pública, recebi uma mensagem indignada da minha amiga e colega Vicki Grieves, ativista, antropóloga e professora universitária aborígene. Na sua carta, Grieves tentava informar à comunidade internacional sobre uma nova lei promulgada em seu país, a Austrália, dizendo: “Queridos amigos: vocês já devem estar a par das ultrajantes incursões nas comunidades aborígenes dos Territórios do Norte sob o disfarce de ‘salvar as crianças’”. O tropo da suposta salvação das crianças era invocado simultaneamente na Austrália, alegando a necessidade de protegê-las de pais abusadores. Ficamos assim sabendo que a intervenção nos Territórios do Norte australiano passava a ser justificada em nome da luta contra uma suposta epidemia de “abuso infantil”. Precisamente em 17 de agosto de 2007, 19 dias antes da Audiência Pública de que participei, o Parlamento do *Commonwealth* “passou sem emendas” um pacote de medidas que implementava nacionalmente a resposta urgente do governo federal ao *Ampe Akelyernemane Meke Mekarle*, o relatório “As crianças pequenas são sagradas”. A nova legislação fazia possível todo tipo de intervenção nos territórios, diminuição dos direitos e liberdades, e a suspensão da lei consuetudinária¹². Numa conferência magnífica, Jeff McMullen desvenda as falhas e os interesses detrás das ações em “defesa das crianças”¹³:

Esse dramático assalto por parte do Governo Federal a mais de 70 comunidades remotas que são propriedade do povo aborígine no Território Norte começou com palavras equivocadas e sem consulta a seus proprietários tradicionais. Todo líder indígena afirmará que se trata de uma das mais sérias ofensas....

É chamativo o paralelismo dos álibis intervencionistas no Brasil e na Austrália. Da mesma forma, os contra-argumentos terão de ser do mesmo tipo: a única solução possível será a consulta, o respeito às autonomias e a delegação de responsabilidades aos povos junto com os meios necessários para resolver os problemas. Em conversas subsequentes com ativistas dessa região do mundo, concordamos em que pareciam coincidir as agendas tendentes a abrir os territórios indígenas, num e noutro continente, a Estados intervencionistas e colonizadores. Uma nova surpresa foi constatar que o projeto de lei brasileiro se encontrava – algo pouco comum inclusive para a legislação sancionada e vigente – traduzido ao inglês e disponível na internet¹⁴.

3. BREVE PANORAMA DA PRESCRIÇÃO DE INFANTICÍDIO EM SOCIEDADES INDÍGENAS BRASILEIRAS, COM UMA ADVERTÊNCIA SOBRE A DIFERENÇA ENTRE NORMA E PRÁTICA EFETIVA.

Tomo a informação que permite compreender o caso de Hakani – utilizada pela Frente Parlamentar Evangélica para dar publicidade ao projeto de lei – do ensaio final para a Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília, apresentado por Saulo Ferreira Feitosa (ex-Vice-Presidente do Conselho Indigenista Missionário – CIMI), Carla Rúbia Florêncio Tardivo e Samuel José de Carvalho¹⁵. Por sua parte, os autores se valem, para sua esclarecedora síntese, de dois estudos que são provavelmente os únicos na bibliografia brasileira que abordam o tema do infanticídio¹⁶. De acordo com essas fontes, os Suruwaha, de língua do tronco Arawac, que habitam no Município de Tapauá, Estado de Amazonas, a 1.228 quilômetros por via fluvial da capital, Manaus, se mantiveram isolados voluntariamente até fins da década de 1970. Tiveram seu primeiro contato com missionários católicos de uma equipe do CIMI, que, ao perceber que se tratava de “um povo capaz de garantir sua autossustentabilidade e manter viva sua cultura, desde que permanecesse livre da presença de invasores”, compreenderam que “deveriam adotar uma atitude de não interferência direta na vida da comunidade”, apenas lutando pela demarcação e proteção de seu território – o que não demorou a se concretizar. Essa equipe limitou-se, então, a acompanhar o grupo a distância, manter uma agenda de vacinação e respeitar seu voluntário isolamento. Contudo, quatro anos mais tarde, a Missão Evangélica Jocum dos missionários Suzuki decidiu se estabelecer entre os Suruwaha de forma permanente¹⁷.

O grupo que sofreu a intrusão das duas equipes de missionários de Jocum tem as seguintes características, reveladas aqui de forma muito sintética: constituem uma população de 143 pessoas na qual, entre 2003

e 2005, “ocorreram 16 nascimentos, 23 mortes por suicídio, 2 infanticídios e uma morte por doença”; “a idade média da população, em 2006, era de 17.43 anos”. Em comunicação oral, Saulo Feitosa, um dos autores, aclarou mais tarde que, com relação aos dois infanticídios consignados no diário da equipe do CIMI, após uma indagação posterior revelou-se que nenhum dos membros da equipe tinha presenciado e que os casos ocorreram quando eles se encontravam fora da área, havendo sido informados pelos próprios Suruwaha que os recém-nascidos teriam sido abandonados. Tratou-se portanto de abandono e desassistência dos mesmos

A partir de indagações realizadas para a elaboração de um documento sobre o tema para a UNICEF, em 2010, não houve, durante toda a última década, qualquer outra notícia fidedigna da prática, nem entre os Suruwaha nem por parte de outros povos, o que confirma o seu progressivo abandono voluntário por parte dos mesmos, à medida que os fatores de sobrevivência e o discurso dos Direitos Humanos se expandem no Brasil. Os autores, prosseguindo com sua síntese, nos informam também que, entre os Suruwaha, “por detrás do viver ou do morrer, existe uma ideia, uma concepção do que seja a vida e a morte”, isto é, de qual é a vida “que vale a pena viver ou não”. Por isso, citando um artigo de Dal Poz publicado em 2000, acrescentam: “as consequências desse pensamento são percebidas em números. ‘Os fatores da mortalidade entre os Suruwaha são eminentemente sociais: 7,6% do total de mortes são causadas por infanticídio e 57,6% por suicídio’”¹⁸. Nesse meio tem sentido viver quando a vida é amena, sem excessivo sofrimento nem para o indivíduo nem para a comunidade. Por isso se pensa que a vida de uma criança nascida com defeitos ou sem um pai para colaborar com a mãe em sua proteção será pesada demais para ser vivida. Da mesma forma, “para evitar um futuro de dor e desprestígio na velhice, a criança passa a conviver desde pequeno com a possibilidade de cometer suicídio”¹⁹.

Comprovamos, a partir do mencionado acima, que no fundo do problema se encontram as próprias idéias sobre a morte entre os Suruwaha, substantivamente diferentes dos significados que lhe outorga o pensamento cristão. Também constatamos que se trata de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve ao cristianismo. Evidência da ineficácia secular da antropologia é, justamente, não ter conseguido formar, no Ocidente, uma imagem convincente da qualidade e a respeitabilidade de idéias diferentes sobre temas tão fundamentais²⁰. Por isso mesmo, o retrato que os missionários divulgam desse grupo nos meios de comunicação cria a percepção de ignorância e barbárie, assim como a certeza de sua incapacidade para cuidar de maneira apta da vida de seus filhos.

Como mencionei antes, são escassas, no Brasil, as etnografias que tratam o tema do infanticídio. Em primeiro lugar, porque não existem menções fidedignas dessa prática nos últimos dez anos. Mesmo em tempos anteriores, quando ocorreu, essa prática sempre foi rara, nunca realizada sob os olhos dos etnógrafos. Houve, aparentemente, um consenso geral de que sua menção poderia ser prejudicial às comunidades e vir a deixá-las expostas à intervenção policial ou a investidas mais intensas

por parte de missionários das diversas igrejas cristãs. Apesar disso, sabe-se, pela comunicação oral de vários etnólogos, que dentro da categoria “infanticídio”, reúnem-se práticas que, quando submetidas a um escrutínio mais rigoroso, mostram-se muito diversas, tanto no seu sentido e papel dentro do grupo como no significado que poderiam adquirir dentro do campo dos direitos. Por exemplo, em algumas sociedades, seria uma regra emanada da cosmologia e que deveria ser obedecida pela comunidade a que determinaria a eliminação dos recém-nascidos quando se trata de gêmeos. Em outras, a comunidade, a família ou a mãe, tem a seu cargo a decisão, sujeita a considerações sobre a saúde do infante, sobre as condições materiais da mãe ou do grupo para poder garantir-lhe a vida a curto e médio prazo, ou sobre a ausência da figura paterna para colaborar com seu cuidado, num ambiente no qual os recursos para a subsistência são estreitos e não existe excedente. Contudo, fica claro pela diversidade de testemunhos recebidos ao elaborarmos, em 2010, um relatório sobre o tema para UNICEF, que nem a regra de base cosmológica nem as outras supostas causalidades determinam sua obediência, isto é, fazem efetivamente e de forma automática que a prática seja executada. O que ocorre, de acordo com reiterados relatos, é que se encontra a forma de contornar a regra mediante a circulação do infante para sua criação por pessoas ou famílias próximas, de confiança, ou vinculadas aos progenitores por parentesco.

Devemos passar, portanto, a analisar o tema considerando, então, meramente a *regra* ou *prescrição* de infanticídio – cosmológica, de saúde ou relativa à escassez de recursos –, e deixar de lado a consideração das práticas efetivas, caso existentes, pelas razões acima expostas: a regra, como toda norma, não mantém uma relação causal com as práticas²¹. Percebemos, então, que, em dependência de qual seja a fonte ou motivação da regra, muda a maneira em que os Direitos Humanos poderiam ser acionados, pois, se é a comunidade quem decide, a mãe poderá se sentir lesionada em seu direito de conservar a criatura; quando é a mãe quem deve decidir, a lesão de direitos particulares será percebida como recaindo sobre a criança. Em diferentes sociedades, razões cosmológicas ou pragmáticas sobre as possibilidades de sobrevivência do infante ou do próprio grupo, ou a avaliação da mãe ou dos parentes imediatos orientam a decisão de acolher ou não uma nova vida. Vejamos alguns elementos que resultam na prescrição de infanticídio em duas sociedades, a cujo conhecimento tive acesso pela comunicação oral de dois antropólogos. Durante o Seminário Interamericano sobre Pluralismo Jurídico que organizei em Brasília, em novembro de 2005, na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), e em colaboração com a Sexta Câmara de Minorias da Procuradoria Geral da República, o antropólogo Iván Soares, atuante, naquele momento, junto ao Ministério Público do Estado de Roraima, na fronteira Norte do Brasil, de numerosa população indígena, fez públicos alguns detalhes importantes sobre como é concebido, pelo menos a partir da norma – que, como foi dito e é muito importante frisar aqui, não mantém uma relação de causalidade com a prática, não existindo, portanto, uma relação

de determinação –, o infanticídio entre os indígenas do povo Yanomami. Seu propósito era responder a um Procurador que defendia o império universalista dos Direitos Humanos em todos os casos. Para esse fim, relatou que as mulheres Yanomami têm poder total de decisão a respeito da vida dos seus recém-nascidos. O parto acontece no mato, fora da aldeia. Nesse ambiente retirado, fora do contexto da vida social, a mãe tem duas opções: se não encosta no bebê nem o levanta em seus braços e o deixa na terra onde caiu, significa que ele não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais e, portanto, não se tornará humano, pois, na perspectiva nativa, o atributo da humanidade é uma construção coletiva, sem a qual nenhum organismo se torna humano. Humanidade, aí, não é outra coisa que o resultado de um trabalho de humanização por parte da coletividade. Dessa forma, na perspectiva nativa, não se pode dizer que tenha ocorrido um homicídio, pois isso que permaneceu na terra não constituía uma vida humana. Assim, entre os Yanomami, o nascimento biológico não é a entrada na humanidade, pois, para que o último ocorra, deverá haver um “nascimento pós-parto”, isto é, produzido na cultura e dentro do tecido social. Tal concepção se encontra presente entre muitos outros povos originários do Brasil²², e permite contrapor as concepções ameríndias com a biopolítica dos Direitos Humanos, conduzindo a dilemas como os examinados por Giorgio Agamben em sua obra sobre o Homo Sacer²³.

Por sua parte, Patricia de Mendonça Rodrigues²⁴, etnógrafa dos Javaé, habitantes da Ilha do Bananal, no Estado de Tocantins, no Brasil central, relatou-me o que acreditava estar por detrás da prescrição de infanticídio nesse grupo. Para os Javaé, o recém-nascido chega ao mundo como uma alteridade radical, como um “outro” não humano que deve ser humanizado ritualmente por meio do cuidado e da nutrição a cargo de seus parentes. Chega ao mundo contaminado e com o corpo aberto porque sua matéria se compõe da mistura de substâncias dos seus progenitores. A tarefa social é humanizá-lo, isto é, trabalhar para que seu corpo se feche e o constitua como sujeito individual e social. Portanto, sua extinção tampouco aqui é entendida como homicídio.

O fato de que nasce como um estranho absoluto, segundo acredito, justifica a prática do infanticídio. Os Javaé não dizem isso abertamente, mas tudo indica que a justificação consciente para o infanticídio, na maior parte dos casos, é que o bebê não tem um provedor (seja porque a mãe não sabe quem é o pai, seja porque o pai a abandonou, ou por outra razão) não somente para sustentá-lo economicamente, mas, e sobretudo, para se encarregar do requerido para os longos e complexos rituais que o identificarão novamente com seus ancestrais mágicos, conferindo-lhe sua identidade pública de corpo fechado. Cabe ao pai, principalmente, a responsabilidade social pela transformação pública do filho de corpo aberto num parente de corpo fechado, isto é, um ser social. Um filho sem pai social é o pior insulso possível para um Javaé e um motivo plenamente aceitável para o infanticídio (Rodrigues, comunicação oral).

Constatamos, mais uma vez, que não é ignorância o que se esconde detrás da diferença no tratamento da vida recém-nascida em sociedades originárias do Novo Mundo, mas outra concepção do que seja humano e das obrigações sociais que o manufaturam. Apesar dos antropólogos, de uma forma ou de outra, sabermos disso já faz muito tempo, quando dialogamos com o Estado através dos seus representantes, não podemos invocá-lo. Temos de meditar profundamente, em algum momento, acerca das razões pelas quais isso não é possível, sobre por que as outras concepções da vida, na radicalidade da sua diferença e na inteligência dos seus termos, não entram no imaginário estatal, cuja estratégia de controle cai cada dia mais no que Foucault denominou bio-política e bio-poder²⁵ e, conseqüentemente, se distancia progressivamente das noções ameríndias e comunitárias da vida humana.

Se não faltam argumentos a favor de uma concepção da vida humana como responsabilidade social e não biológica, Esther Sánchez Botero assume – e não poderia ser de outra forma – que, frente ao Estado, é necessário falar na língua do Estado, já que esse não se abre à diferença radical. Na sua última obra, “Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño”, identificou claramente a estratégia jurídica clássica: é necessário conhecer em profundidade a letra da lei para poder argumentar desde seu interior²⁶. Essa impressionante obra, destinada a aportar argumentos favoráveis à preservação da jurisdição indígena relativa à criança em querelas que a ameaçam, extrai e sistematiza a experiência acumulada numa quantidade de casos judiciais à luz de uma discussão conceitual de grande fôlego, tanto no campo do Direito como no da Antropologia.

A autora afirma que não são os mínimos jurídicos – estratégia adotada pelo direito colombiano para enfrentar os dilemas do pluralismo jurídico e articular os direitos próprios ou lei interna dos povos indígenas com a legislação do Estado nacional – os que devem pautar o julgamento do que desde o Ocidente é lido como uma infração ao princípio do “interesse superior da criança”, estabelecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Para a autora, esse princípio “é uma extensão dos princípios do Ocidente e não necessariamente constitui uma idéia realizável em todas as culturas e para todos os casos” porque o “interesse superior” se refere à criança como “sujeito individual do direito” e não acata o “reconhecimento constitucional das sociedades indígenas como novo sujeito coletivo do direito”. Por essa razão, a “aplicação generalizada, não seletiva e impositiva desse princípio, além de inconstitucional, pode ser etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo”²⁷.

Aprendemos, assim, que cada decisão deve cumprir um “teste de proporcionalidade” e somente “os fins admitidos pela Constituição e reconhecidos pela interpretação do Supremo Tribunal como de maior hierarquia poderiam limitar o direito fundamental do povo indígena” a ser um povo. Em suma, para a autora, os direitos das crianças “não prevalecem sobre o direito do povo indígena a ser étnica e culturalmente distinto”²⁸. Conclui-se, então, que em casos que impliquem uma infração ao interesse

superior da criança, será mister considerar e ponderar os direitos que se encontram em contradição: o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo, assim como também o direito à vida da mãe e o direito à vida do recém-nascido. Frente a essas duplas contraditórias, deverá ser decidido qual dos termos sairá perdedor, em razão de um direito superior. Se a mãe não pode se fazer responsável por uma nova vida humana, assim como acontece no campo médico, deverá se dar prioridade à vida da mãe frente à do bebê, pois dela dependem os outros filhos. De igual forma, se a inclusão de uma criança em determinadas condições coloca em risco a sobrevivência da comunidade enquanto tal, é a comunidade quem terá prioridade, pois da sua capacidade de continuar existindo dependem todos os membros da mesma. Para Sánchez Botero, somente o contexto sociocultural de cada caso particular permite realizar essa avaliação.

4. DECISÕES RELATIVAS À ESTRUTURA DO MEU ARGUMENTO.

Embora a leitura da obra de Sánchez Botero me proporcionava certas a respeito do caráter defensável, sempre em função das circunstâncias, de uma prescrição limite como é o infanticídio, ainda não resolvia o problema de como argumentar perante os legisladores. Em parte porque no Brasil não houve ainda um debate oficial sobre jurisdições ou autonomias indígenas que pudesse servir de referência para minha exposição; em parte, porque os destinatários do meu argumento não eram juízes interessados em resolver casos de infração ao interesse da criança, mas membros de uma Casa que se encontrava às vésperas de votar uma lei geral sobre o tema. Teria, então, que tomar decisões *sui generis* que me permitissem tornar convincente o ponto central da minha prédica: que singularizar e (re)-criminalizar especificamente o infanticídio indígena, cuja prática já configura crime no Código Penal, em nenhum caso era desejável para a Nação e seus povos.

Alguns dados eram necessários para a exposição, assim como encontrar uma linguagem que lhes pudesse conferir eficácia: 1) o crescimento demográfico das sociedades indígenas posterior à ditadura militar, que fora letal para as mesmas, foi francamente notável (quatro vezes maior em média que o crescimento da sociedade nacional), e isso mostrava a capacidade dos indígenas para cuidar adequadamente das suas proles, capacidade colocada em dúvida pelo projeto de lei; 2) o Estado que tentava enquadrar as sociedades indígenas na lei era, ele mesmo, suscetível de enquadramento e processo na justiça por infrator e inadimplente²⁹; 3) a eficácia penal e a ênfase do Estado na criminalização como forma de controle, recursos aos quais essa lei apelava, tinham sido questionados por estudiosos de grande prestígio; 4) a lei era desnecessária porque legislava o já legislado; 5) ao enfatizar o direito individual das crianças à vida, a lei não se detinha a considerar o respeito e a proteção igualmente devida – a partir de diversos compromissos contraídos pelo Brasil no campo dos Direitos Humanos – aos direitos dos sujeitos coletivos e esquecia que

um direito fundamental de toda pessoa é precisamente o de ser parte de um povo, isto é, o direito a ter um povo; 6) o Congresso Nacional não tinha legitimidade para votar uma lei de intervenção na aldeia indígena sem a presença dos representantes dos povos afetados em sua deliberação – o que veio a ser confirmado dois dias depois, em 7 de setembro de 2007, com o Brasil como um dos Estados assinantes da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas na ONU³⁰, e o desrespeito ao Direito de Consulta infringia também a convenção 169 da OIT; 7) Outras experiências semelhantes mostravam que a pretensão de legislar ultra-criminalizando a prescrição – praticamente vazia de conteúdo nos dias de hoje – de infanticídio, suas eventuais testemunhas, isto é, os membros da aldeia e todos seus agregados, era perigosa, pois, numa época marcada por estratégias fundamentalistas, a reação desatada poderia transformar uma prática já em desuso em emblema de identidade étnica. Em outras palavras, poderia fundamentalizar a prática³¹.

Também era mister ponderar bem o que poderia se dizer a respeito do papel do Estado, assim como avaliar opções que substituíssem o projeto de lei em exame, já que se opor à sua sanção não significava necessariamente aprovar a prática de infanticídio. As demandas constantes dos povos indígenas ao Estado por território, saúde, educação, entre outros, por um lado, e os enormes desequilíbrios já causados pela atuação estatal, sempre de natureza colonizadora e disruptiva, por outro, tornavam não desejável uma retirada do Estado, deixando os detentores de poder dentro das aldeias, em muitos casos reforçados precisamente por seu papel de intermediários entre a aldeia e as instituições estatais, controlar as decisões sobre o “costume”. Pelo contrário, o Estado teria que transformar seu papel e se concentrar em promover a deliberação interna entre os membros da aldeia sem restrições e em proteger e vigiar para que essa deliberação interna pudesse ter lugar. Essa seria uma entre tantas tarefas de devolução que um *Estado reparador* deveria ter a seu cargo dentro de um projeto nacional pluralista.

O que nesse caso teria que ser restituído, concluí, era a capacidade de cada povo deliberar internamente e fazer sua própria justiça. *Com a devolução da justiça própria e a recomposição institucional que isso envolvia, sobreviria, naturalmente, a devolução da história própria, pois deliberação é marcha, é movimento de transformação no tempo. Com a devolução da história, as noções de cultura – pela inércia que lhe é inerente – e grupo étnico – necessariamente referida a um patrimônio fixo – perdiam sua centralidade e deixavam passo a outro discurso, cujo sujeito era o povo, como sujeito coletivo de direitos e autor coletivo de sua história – ainda quando ela seja narrada em forma de mito, que não é outra coisa que um estilo diferente de decantação e condensação da experiência histórica acumulada por um povo. Apresento, a seguir, o resultado dessas ponderações.*

5. MINHA EXPOSIÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS: “QUE CADA POVO TEÇA OS FIOS DA SUA HISTÓRIA. EM DEFESA DE UM ESTADO RESTITUIDOR E GARANTISTA DA DELIBERAÇÃO EM FORO ÉTNICO (LIDA NA AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA EM 5 DE SETEMBRO DE 2007 PELA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS SOBRE O PROJETO DE LEI 1057/2007 APRESENTADO PELO DEPUTADO HENRIQUE AFONSO SOBRE A PRÁTICA DE INFANTICÍDIO EM ÁREAS INDÍGENAS).³²

“Excelentíssimas senhoras e senhores, Deputadas e Deputados, assessoras e assessores, e respeitado público:

A CENA DO ESTADO E A CENA DO ÍNDIO:

É da mão de duas cenas em manifesto contraste que começo essa exposição. Duas cenas que compõem uma vinheta da nação em que vivemos e revelam o papel do Estado e o significado da lei. A primeira cena foi retirada do jornal que leio todas as manhãs, o Correio Braziliense, o principal periódico da Capital Federal, mas poderia ter sido retirada de qualquer outro meio, a qualquer dia. Trata-se da cena do Estado, da Saúde Pública, da Segurança Pública, da proteção e das garantias para a vida:

Correio Braziliense, Brasília, terça-feira, 28 de agosto de 2007 página 13 do Caderno Brasil: Em cinco dias, 11 bebês mortos em [maternidade pública de] Sergipe.

E, hoje mesmo, ao acordar:

Brasília, quarta-feira, 5 de setembro de 2007. Titulares e Caderno Cidades (referindo-se às cidades do entorno do Distrito Federal): Vera Lúcia dos Santos [...] teve dois filhos assassinados. Ainda chorava a morte de Franklin, 17, quando o menor, Wellington, 16, foi executado com dois tiros na nuca.” [...] Ninguém preso [...] Segundo a pesquisa do Correio, nenhum dos 41 assassinatos de adolescentes de 13 a 18 anos, ocorridos esse ano, foi resolvido.

A segunda cena é a cena do índio, e foi retirada de um livro que recomendo: *O Massacre dos Inocentes. A criança sem infância no Brasil*. O organizador da obra, José de Souza Martins, resume com as seguintes palavras emocionadas o primeiro capítulo do volume, “Os índios Parkatejê 30 anos depois”, de Iara Ferraz³³:

[...] foi a sociedade branca que, em sua expansão voraz e cruel, levou a destruição e a morte aos índios Parkatejê do sul do Pará. Não somente eliminou fisicamente um grande número de pessoas, mas também semeou no interior da tribo a desagregação social, a desmoralização, a doença, a fome, a exploração – condições de rendição incondicional do índio na sociedade “civilizada”. O branco levou à tribo o desequilíbrio

demográfico, comprometeu suas linhagens e sua organização social. Os Parkatejê assumiram heroicamente a rendição, entregaram suas crianças órfãs aos brancos, para que, ao menos, sobreviveram, ainda que seja como filhos adotivos. Mais tarde, quando conseguiram reorganizar sua sociedade, saíram em busca das crianças dispersas, agora já adultos, disseminados até em regiões distantes, para que volveram à sua tribo, para compartilhar saga do povo Parkatejê. Inclusive pessoas que nem sequer tinham conhecimento da sua origem indígena, porque os brancos lhes tinham negado essa informação, foram surpreendidas no meio de um dia, na casa adotiva, pela visita de um velho chefe indígena, que lhes anunciava que tinha vindo a buscá-las para que retornaram à sua aldeia e ao seu povo, que os estava aguardando.

Perante o contraste das duas cenas citadas, confirmado por tantas outras que conhecemos, pergunto-me e lhes pergunto: que Estado é esse que hoje pretende legislar sobre como os povos indígenas devem preservar suas crianças? Que Estado é esse que hoje pretende ensinar-lhes a cuidá-las? Que autoridade tem esse Estado? Que legitimidade e que prerrogativas? Que credibilidade esse Estado tem ao tentar, mediante essa nova lei, criminalizar os povos que aqui teciam os fios da sua história quando foram interrompidos pela cobiça e violência dos cristãos?

Em vista das evidências, cada dia mais numerosas, do absoluto fracasso desse Estado no cumprimento das suas obrigações e de sua incapacidade para realizar o que não é mais que seu próprio projeto de Nação, vejo-me obrigada a concluir que a única prerrogativa com que esse Estado conta é a de ser o depositário da herança da conquista, o herdeiro direto do conquistador. Antes bem deveríamos, pelo contrário, criminalizar esse mesmo Estado que hoje pretende legislar, e levá-lo ao banco dos réus: por insolvente, por inadimplente, por omissor, por infrator, e até por homicida através das mãos de muitos de seus representantes e agentes investidos de poder policial. Ao comparar a gravidade dos delitos, não teremos alternativa que absolver os povos que hoje se trata aqui de criminalizar e devolver a mira do Direito na direção de quem tenta inculpá-los: uma elite que cada dia constata sua incapacidade para administrar a Nação e vê desmontada em público sua pretensão de superioridade moral, instrumento principal de todas as empresas de dominação.

A força dessa vinheta inicial fala por si mesma. Bem poderia encerrar aqui minha exposição e já seria convincente. Contudo, tem muito mais para dizer sobre o Projeto de Lei cuja discussão hoje nos reúne. A começar por duas precisões que, antes de prosseguir, devem ser feitas: a primeira refere-se ao que estamos debatendo nessa Audiência, pois deve ficar claro que a discussão do projeto de lei sobre infanticídio em áreas indígenas não deve ter como foco o direito à vida individual, que já se encontra devidamente garantido na Constituição brasileira, no Código Penal e em diversos instrumentos de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Em lugar de reduplicar as leis, já abundantes, de defesa da vida individual, urgiria propor caminhos para que o Estado se torne capaz de proteger e promover melhor a continuidade e a vitalidade dos povos, que tanta

riqueza conferem à Nação em termos de diversidade de soluções para a vida. É do bem-estar dos povos que depende a vida das suas crianças!

A segunda precisão refere-se ao significado da expressão “direito à vida”. Essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, isto é, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos. Precisamente porque esse último se encontra muito menos elaborado no discurso jurídico brasileiro e nas políticas públicas, é a ele que deveríamos dedicar a maior parte de nossos esforços de reflexão e tentar imaginar como brindar uma maior proteção legislativa, jurídica e governamental aos sujeitos coletivos de direitos – os mais desprotegidos –, como promover sua vida e fortalecer seu tecido social comunitário e coletivo.

Defendo aqui que a prioridade é salvar a comunidade onde ainda há comunidade, e salvar o povo onde ainda persista um povo. *Porque um direito fundamental de toda pessoa é ter povo, pertencer a uma coletividade.*

O Estado necessário para que isso seja possível não é um Estado interventor e preponderantemente punitivo. É um Estado capaz de restituir os meios jurídicos e materiais, a autonomia e as garantias de liberdade no interior de cada coletividade, para que seus membros possam deliberar a respeito de seus costumes num caminho próprio de transformação histórica, e dialogar de forma idiossincrática com os standards internacionais dos Direitos Humanos internacionalmente estabelecidos.

A CRÍTICA AO ESTADO CASTIGADOR.

São vários os autores, sociólogos da violência e do Direito, juristas e cientistas políticos, que se mostram preocupados com a intensificação progressiva do aspecto castigador do Estado, até o advento de um Estado eminentemente criminalizador, que concentra suas tarefas e responsabilidades no esforço punitivo e relega *sine die* suas outras e mais prioritárias obrigações.

Essa lei que aqui viemos debater se enquadra nessa linha, nesse perfil, criticado e lamentado, de um estado punitivo, que restringe sua atuação aos atos de força sobre e contra, como neste caso, aqueles que deveria proteger e promover. Em seu recente livro *El Enemigo en el Derecho Penal*³⁴, o grande jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni [...] examina o telos, a razão de ser, as conseqüências e o sub-texto [...] do Estado castigador ao longo da história e, especialmente, no contexto contemporâneo. O que emerge é que, por meio do discurso penal, se desenha a idéia do inimigo – desdobramento da categoria *hostis* do Direito Romano. [...] (Assim,) a legislação penal perfila sempre, inevitavelmente, [...] a figura de um alheio a quem postula, pela mesma manobra, como inimigo. No caso da lei que nos trouxe hoje a debater nesta Audiência Pública, o inimigo do Direito Penal é cada povo indígena, na radicalidade da sua diferença e no direito de construir sua própria história, isto é, o direito de deliberar internamente sobre o curso da sua tradição. Isso fica claro, e resultaria evidente para qualquer habitante de Marte que, por

um acidente cósmico, viesse a pousar entre nós e lesse o texto do projeto de lei: ele criminaliza a aldeia, quer castigar o outro por ser outro, não suporta a idéia da existência de uma coletividade que escolhe não formar parte do “nós”. Por isso, essa lei é, antes que nada, anti-histórica, já que uma das preocupações centrais de nosso tempo é a de valorizar e preservar a diferença, a reprodução de um mundo em plural que, para existir, necessita do desenvolvimento do direito de sujeitos coletivos. Cuidar deles é central, inclusive, porque, apesar de nossas agressões constantes no curso destes 500 anos, esses povos não somente sobreviveram mediante suas próprias estratégias e lógicas internas, mas também porque é possível imaginar que nos superarão nessa capacidade de sobrevivência. Muitos deles, refugiados em espaços inalcançáveis pelo que pretensiosamente consideramos ser “a Civilização”, e se vendo livres da cobiça por concentrar e acumular, isto é, livres da pesada bagagem que nós carregamos, terão, quem sabe, uma oportunidade que nós não teremos, num mundo que se interna cada dia no que muitos acreditam ser sua fase final pelo esgotamento dos recursos.

O SIGNIFICADO DAS LEIS

A prestigiosa estudiosa brasileira sobre segurança pública e eficácia penal, Julita Lemgruber, em seu artigo “Verdades e mentiras sobre o Sistema de Justiça Criminal”³⁵, revela o escasso impacto da lei não somente entre nós, mas também nos países mais vigiados do mundo. Valendo-se de pesquisas quantitativas sobre segurança pública em países onde os monitoramentos são realizados com regularidade, a autora informa que na Inglaterra e no País de Gales, no ano de 1997, somente 2,2% dos delitos obtiveram alguma condenação dos responsáveis, e nos Estados Unidos, segundo enquete de 1994, de todos os crimes violentos cometidos – homicídios, agressões, estupros, roubos, etc., cuja investigação, esclarecimento e punição pareceriam mais relevantes – somente 3,7% resultaram em condenações. À luz desses dados, a autora qualifica como “Primeira Mentira” a afirmação de que o sistema de justiça criminal pode ser considerado um inibidor eficaz da criminalidade. No caso do Brasil, o reduzido poder da lei é ainda mais extremo. No estado do Rio de Janeiro (o mais monitorado por enquetes periódicas sobre violência) autores que realizaram suas pesquisas durante os anos 90 como Ignácio Cano, Luiz Eduardo Soares e Alba Zaluar, concluíram, respectivamente, que somente 10%, 8% ou 1% de todos os homicídios denunciados à justiça alcançaram algum tipo de condena. Nas palavras de Alba Zaluar: “No Rio de Janeiro apenas 8% das averiguações [...] se transformam em processos e são levadas a julgamento. Dessas, apenas 1% alcança sentença”³⁶. Esses dados impõem novos interrogantes a respeito das motivações que os legisladores poderiam entreter ao insistir numa lei que criminaliza os povos indígenas e torna mais distante sua retomada de um Direito Próprio e de uma jurisdição própria para a solução de seus conflitos e dissensos dentro das comunidades, contravindo assim o Convênio 169 da OIT, plenamente vigente no Brasil desde 2002.

Cabe então se perguntar: se a lei não constrói realidade entre nós, como poderia construir realidade entre os outros povos, de difícil acesso por parte dos agentes do Estado? E se a lei não faz acontecer, qual seria então o significado da insistência nessa nova lei por parte de alguns parlamentares quando, de fato, além de colocar obstáculos ao legítimo e juridicamente validado direito à diferença, ela avulta de forma redundante e desnecessária – porque enuncia direitos já plenamente garantidos em mais de um artigo da legislação vigente – a já demasiadamente inócua legislação penal? De onde emana esse furor, essa verdadeira febre legislativa que, mais uma vez, somente contribuirá para o agravamento da tantas vezes criticada “inflação legislativa”?

Somente consigo encontrar uma resposta para essa pergunta: o que essa lei de fato faz, e o faz eficientemente, é afirmar, dar publicidade, tornar patente ante a Nação, quem é o povo que escreve as leis, quais são os setores da sociedade nacional que têm acesso aos recintos em que essa tarefa se realiza. Em verdade, não devemos esquecer que a Lei fala, em primeiro lugar, sobre a figura dos seus autores. Ela contém, sem dúvida, uma assinatura. Quem quer escrever uma lei, quer deixar sua assinatura no texto mais eminente da Nação. Mas essa certamente não é uma motivação válida e suficiente aos olhos de todos. Até porque nesse Congresso não há consultas a indígenas nem qualquer tipo de reserva de vagas que possa garantir a participação dos diversos povos na redação das leis de uma grande Nação que eles também compõem.

O FUTURO DO ESTADO.

Qual poderia ser então o trabalho do Estado para poder superar um cenário tão desalentador como o que acabo de apresentar? Deveria ser um *Estado restituidor e garante do direito étnico* e do direito comunitário em geral. Com isso, quero dizer que, em vista da desordem que as elites metropolitanas europeias e cristãs instalaram no continente a partir do processo de conquista e colonização, desordem mais tarde agravada e aprofundada pela administração a cargo das elites nacionais eurocêntricas, herdeiras do controle dos territórios, hoje temos uma oportunidade. É a oportunidade de permitir que aqueles povos que até agora não tiveram a ocasião de fazê-lo possam agora restaurar sua ordem institucional interna e retomar os fios da sua história. Quem sabe seja sim possível refazer o que foi desfeito nas ordens cultural, jurídica, política, econômica e ambiental da Nação. Se não existe lei perfeita, em lugar de insistir na perfectibilidade cada dia mais remota de um sistema jurídico deficiente, podemos abrir caminho para outros modelos. Refiro-me aqui aos Direitos Próprios e ao projeto do Pluralismo Jurídico.

Não se trata, como tem sido o entendimento de juristas e antropólogos até o momento, de opor o relativismo das culturas ao universalismo dos Direitos Humanos ou à vigência universal da Constituição dentro da Nação. O que o projeto de um Estado pluralista e a plataforma do pluralismo jurídico propõem ao desenhar a idéia de Nação como uma aliança ou coalizão de povos é permitir que cada um deles resolva seus conflitos

e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio. Em toda aldeia humana, por menor que seja, a divergência é inevitável, e quando se trata da prescrição de infanticídio, o dissenso costuma se apresentar. Frente a isso, o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar e interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abusos por parte dos mais poderosos no interior da sociedade. Tampouco se trata de solicitar a retirada do Estado porque, como atestam as múltiplas demandas por políticas públicas colocadas pelos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, depois da intensa e perniciososa desordem instalada pelo contato, o Estado já não pode, simplesmente, se ausentar. Deve permanecer disponível para oferecer garantias e proteção quando convocado por membros das comunidades, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão. Seu papel, nesse caso, não poderá ser outro que o de promover e facilitar o diálogo entre os poderes da aldeia e seus membros mais frágeis.

Essa cautela ao legislar e esse compromisso de garantir a liberdade do grupo para deliberar internamente e se autolegislar são gestos particularmente prudentes e sensatos num mundo multicultural globalizado como o de hoje, no qual é muito grande o risco da apropriação de elementos da tradição para transformá-los em emblemas de identidade por parte de grupos que vêem na cultura política culturalista e na estratégia fundamentalista que nela se origina a forma de defender seus interesses de poder e influência dentro de cada sociedade. Quantas não são as práticas que, longe de minguar, quando reprimidas por uma legislação ocidentalizante, se afirmam e afixam como signos de identidade para fazer frente a um poder invasor? Ao lembrar essa possibilidade, nos convencemos mais ainda de que essa lei que discutimos é impraticável e até perigosa por duas razões que não podemos deixar de considerar. Em primeiro lugar, porque pode gerar formas de reação que, com base em noções fundamentalistas de identidade e de cultura, possam vir a transformar a prática de infanticídio, já em progressivo desuso com a melhora nas condições de vida dos povos indígenas com o fim da ditadura e as esperanças que estes depositaram na Constituição de 1988, em emblema de diferença e motivo cristalizado numa heráldica étnica. Em segundo lugar, porque a sanção de uma lei desse tipo demanda a quase impraticável aplicação da mesma, o que inevitavelmente incumbirá as forças da Segurança Pública com a tarefa de vigiar e interferir no espaço da aldeia, intervindo na sua autonomia e na sua intimidade. Isso poderia acarretar conseqüências nefastas, em vista do despreparo das polícias para trabalhar através das fronteiras da diferença e desde uma perspectiva francamente pluralista.

“POVO” E “HISTÓRIA”: CATEGORIAS FUNDAMENTAIS PARA TRANSCENDER O BINÔMIO RELATIVISMO/UNIVERSALISMO.

A forma mais adequada e eficiente de pensar o conjunto dos problemas que aqui se colocam não deve entrar no campo minado dos insolúveis

dilemas da oposição relativismo – universalismo. Diante do princípio do pluralismo, a ideia – quase inevitável pelo ranço de inércia inerente neste conceito – de cultura como conjunto de costumes cristalizados e a-históricos deve ser evitada e substituída pela ideia de histórias em plural – a historicidade múltipla das nossas nações. Todo povo habita no fluir dos tempos históricos em entrelaçamento dinâmico com os outros. Cada povo contém essa verdadeira usina de história que é o dissenso em seu interior, de forma que costumes são mudados no curso constante da deliberação interna, que não é outra coisa que o diálogo fluente e constante entre seus membros. O problema dos povos de nosso continente não é o de conservar a cultura como patrimônio cristalizado – afinal, cultura não é outra coisa que o resultado da decantação constante de experiência histórica, que nunca cessa –, mas o de desintrudir sua história, que foi interrompida pela irrupção autoritária do colonizador, seja este o enviado das metrópoles europeias ou a elite eurocêntrica autóctone que construiu e administra o Estado nacional. Não é, como se pensa, a repetição de um passado o que constitui e referenda um povo, e sim sua constante tarefa de deliberação conjunta. Muitos são os povos que já deliberaram e abandonaram não somente a prática do infanticídio. Isso aconteceu, por exemplo, com o povo Kaxuyana-Tyrio, como acaba de relatar Valéria Paye Pereira, que me precedeu nesta Audiência.

A ideia reitora da história própria avança precisamente na contramão do que a lei que aqui debatemos tenta fazer, pois ela não se alia ao projeto de um Estado que toma decisões sobre os rumos de todos os outros povos que compõem a Nação e o faz mediante leis punitivas. Muito pelo contrário, o princípio do respeito à agência e à capacidade deliberativa de cada sujeito coletivo preserva o direito a que seu curso histórico continue fluindo livre e diferenciado. Por isso, *o fato de que as sociedades se transformam, abandonam costumes e adotam e instalam outros é precisamente um argumento contra a lei, e não a seu favor*. Ao dizer que as sociedades mudam por vontade própria como resultado das dissidências internas e do contato com os discursos epocais que circulam em seu entorno e as atravessam – como precisamente o discurso internacional dos Direitos Humanos – estamos afirmando que o Estado não é a agência para prescrever e impor, mediante ameaça e coerção, desfechos para a trama da história dos outros povos que a Nação abriga. Seu papel único é o de proteger o curso próprio de cada povo em seu desdobramento idiossincrático e particular, velando para que isso possa ocorrer sem imposições autoritárias de grupos internos – *cacicatos* – que resultaram empoderados por terem se especializado nos trabalhos de intermediação com o Estado e a sociedade dita nacional, e também sem coação externa, como a que esta lei bem representa. *A devolução da justiça própria nada mais é do que a devolução da história própria*.

Nessa perspectiva antropológico-jurídica que proponho, o papel do Estado será, portanto, o de restituir aos povos os meios materiais e jurídicos para que recuperem sua capacidade usurpada de tecer os fios de sua própria história, e lhes garantir que a deliberação interna possa ocorrer em liberdade, em concordância com a figura jurídica das garantias de jurisdição

ou foro étnico. Em concordância, o *garantismo* que invoco faz referência aos compromissos legais, assumidos pelo Estado nacional, de honrar as demandas dos sujeitos coletivos e colaborar com o esforço que realizam por reproduzir sua existência.

O princípio do resguardo de uma história própria se opõe à perspectiva relativista clássica, pois essa não poderá nunca evitar completamente referir os direitos próprios a uma concepção da cultura como cristalizada, não histórica e atemporal. Afirmar a história frente à cultura é a única forma eficiente de garantir o progresso da justiça no interior dos povos pelo caminho da deliberação e constante produção de seus sistemas próprios de legalidade. Essa deliberação não é outra coisa que o motor da transformação histórica, em curso próprio e em diálogo constante com os outros povos.

6. SETE COROLÁRIOS

Sete corolários derivam do argumento aqui apresentado em defesa da pauta do Direito à Diferença e dos valores do pluralismo frente ao caso limite que o infanticídio indígena representa para o Pluralismo Jurídico:

1. É mais adequado, aos fins da defesa de Direitos, falar em “povo” que falar em “grupo étnico”, porque povo é um sujeito coletivo vivo e dinâmico, enquanto grupo étnico é uma categoria objectificadora, que serve a fins classificatórios e ancora o grupo numa etnicidade baseada num patrimônio fixo de cultura.
2. Povo é o coletivo que se percebe tramando a teia de uma história comum, vindo de um passado em comum e indo para um futuro compartilhado, sem excluir nesta ideia o drama dos conflitos atravessados ao longo desse caminho histórico comum. O urdume desse painel de feitura coletiva é contínuo, embora apresente rupturas e esgarçamentos em alguns dos seus fios; o desenho da trama evidencia as convergências e divergências entre seus membros.
3. É mais adequado falar de “história” que de cultura, pois a ideia de cultura é geralmente invocada como argumento para retirar os costumes do fluxo histórico – até atores bem-intencionados condenam as culturas a uma vida de museu. A cultura não é outra coisa que a decantação da experiência acumulada por um coletivo, e o mito e os costumes, um resultado da condensação e simbolização desse processo histórico.
4. O bom Estado deve ter um perfil devolvedor/restituidor da justiça própria, entre outros recursos a serem reintegrados.
5. Restituir a justiça própria é promover a reparação do tecido comunitário – a devolução do território é necessária, mas não suficiente a esse fim.
6. Restituir a justiça própria significa também devolver à comunidade as rédeas de sua história, já que a deliberação em foro próprio, isto é, em foro étnico, e os consequentes desdobramentos do discurso interno inerentes ao fazer justiça na comunidade são o motor mesmo do caminho histórico de um sujeito coletivo.

7. Porém, o Estado não pode se retirar súbita e completamente devido à desordem instalada nas comunidades como conseqüência da longa intervenção do mundo dos brancos sobre elas. Seu papel, portanto, deverá ser o de garantir a deliberação interna quando obstaculizada pelos poderes estabelecidos – *cacicatos* – dentro das comunidades (em geral homens, anciãos, membros mais ricos, lideranças políticas), cujo poder fora realimentado desde o exterior do grupo, seja de forma reativa frente às interpelações externas, ou por alianças com segmentos da sociedade nacional (comerciantes, gestores e agentes do estado, políticos, fazendeiros) que reforçam os poderes internos das comunidades.

>> NOTAS

- ¹ Segato, 2006: 228.
- ² “[...] tramita o projeto de lei no Congresso Nacional que trata da prática de infanticídio nessas comunidades, havendo tido lugar já duas audiências sem a participação de mulheres indígenas, que estão sendo criminalizadas, sendo que há além disso uma campanha nacional contra o infanticídio e a subcomissão pode assumir uma posição e exigir participação e exigir participação nas audiências” (Ministério da Justiça, FUNAI, 2007:35).
- ³ Segato, 2003:31.
- ⁴ Marés de Souza Filho, 1998.
- ⁵ Carvalho Dantas, 1999.
- ⁶ Ver o site em inglês: <<http://voiceforlife.glorifyjesus.com>>.
- ⁷ Platt, 1969.
- ⁸ Segato, 2008.
- ⁹ Segundo informação remetida por David Rodgers à lista <http://br.groups.yahoo.com/group/Nuti_Pronex>, pode se fazer o download desse filme da página <<http://www.hakani.org/en/premiere.asp>>. Seu trailer se encontra em <http://br.youtube.com/watch?v=RbjRU6_ZjoU>.
- ¹⁰ Para ler o texto do Projeto de Lei, ver a página: <www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=459157>.
- ¹¹ Disponível em: <www.correioweb.com>, acesso em 3 de outubro de 2007 e 4 de outubro de 2007.
- ¹² Davis, 2007:1.
- ¹³ McMullen, 2007:4.
- ¹⁴ Ver: <<http://www.voiceforlife.blogspot.com/>>.
- ¹⁵ Feitosa *et al*, 2006.
- ¹⁶ Kroemer, 1994; Dal Poz, 2000.
- ¹⁷ Feitosa *et al*, 2006: 6.
- ¹⁸ Feitosa *et al*, 2006:7. Dal Poz, 2000:99.
- ¹⁹ *Idem*.
- ²⁰ Ver sobre a complexidade das diferenças que circundam a prática do infanticídio e uma crítica dessa denominação em Holanda, 2008.
- ²¹ Segato, 2010.
- ²² Viveiros de Castro, 1987.
- ²³ Agamben, 1998.
- ²⁴ Mendonça Rodrigues, 2008.
- ²⁵ Foucault, 2000, 2006 e 2007.
- ²⁶ Sánchez Botero, 2006.
- ²⁷ Sánchez Botero, 2006: 156.
- ²⁸ *Idem*: 170.
- ²⁹ Abdullahi Ahmed An-na'im, em sua procura por pontos de encontro entre o discurso dos direitos humanos e a perspectiva islâmica, tinha já feito notar que, ainda que cruel aos olhos do Ocidente, “A lei corânica requer que o Estado cumpra sua obrigação de assegurar a justiça social e econômica e garantir um standard de vida decente para todos seus cidadãos antes de fazer cumprir os castigos (aos infratores)” (1992:34. Tradução livre).
- ³⁰ Dois dias após a minha apresentação, exatamente no 7 de setembro de 2007, a adoção da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas pela Assembléia Geral das Nações Unidas viria a referendar essa linha argumentativa: “Artigo 18 -Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes

por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.”

³¹ Segato, 2007.

³² Agradeço a colaboração de Esther Sánchez Botero, Xavier Albó, Patricia Rodrigues de Mendonça, Ernesto Ignacio de Carvalho, Saulo Ferreira Feitosa, Rosane Lacerda, Tiago Eli de Lima Passos, Leia Vale Wapichana, Suzy Evelyn de Souza e Silva, Marianna Holanda e Danielli Jatobá.

³³ Martins, 1991:10.

³⁴ Zaffaroni, 2006.

³⁵ Lemgruber, 2001.

³⁶ Cano, 2005; Soares, 1996; Zaluar, 2002.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Agamben, Giorgio (1995).** *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Antonio Gimeno Cuspina (trad.). Barcelona: Pre-Textos.
- An-Na'im, Abdullah Ahmed (1992).** "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights. The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment". In: Abdullahi Ahmed An-na'im (org.). *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press.
- Cano, Ignacio (2005).** *Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro*. Relatório final de investigação CESEC. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes.
- Dal Poz Neto, João (2000).** "Crônica de uma morte anunciada: do suicídio entre os Sorowaha". *Revista de Antropologia* 43/II, (São Paulo, Universidade de São Paulo), 99-120.
- Dantas, Fernando (1999).** *O Sujeito Diferenciado: A Noção de Pessoa Indígena no Direito Brasileiro*. Dissertação de mestrado, Programa de pós-graduação em Direito-Ciências Jurídicas. Curitiba: Universidade Federal do Paraná.
- Davis, Megan (2007).** "Constitutional Niceties or the Care and Protection of Young Children?: Aboriginal Children and the Silencing of Debate". *Australian Children's Rights News, Newsletter of the Australian Section of Defence for Children International*, 44, October, Sidney. Disponível em: <http://www.womenforwik.org/pdfs/ACRN_Issue_44_October_2007.pdf>.
- Feitosa, Saulo / Tardivo, Carla / Carvalho, Samuel (2006).** *Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso Suruahá*. Trabalho final do VIII Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética - Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília, Brasília.
- Foucault, Michel**
- (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, Horacio Pons (trad.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- (2006). *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Horacio Pons (trad.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- (2000). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Horacio Pons (trad.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Holanda, Marianna Assunção Figueiredo (2008).** *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília.
- Kroemer, Gunter (1994).** *O Povo do Veneno*. Belém de Pará: Edições mensageiros.
- Lemgruber, Julita (2001).** "Verdades e mentiras sobre o Sistema de Justiça Criminal". *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (RCJ)* 15, set./dez., Brasília, 12-29.
- Marés de Souza Filho, Carlos Frederico (1998).** *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá.
- Martins, José de Souza (org.) (1991).** *O Massacre dos Inocentes. A criança sem infância no Brasil*. São Paulo: Hucitec.
- Mcmullen, Jeff (2007).** "Closing the Space Between Us-The Rights of Aboriginal Children", *University of Newcastle 2007 Human Rights and Social Justice Lecture*, Friday 2nd November, Newcastle. Disponível em: <http://www.womenforwik.org/pdfs/The_Rights_of_Aboriginal_Children.pdf>

- Ministério da Justiça - MJ / Fundação Nacional do Índio - Funai (2007).** Ata da 1ª Reunião Extraordinária da Comissão Nacional de Política Indigenista. Disponível em: <www.funai.gov.br/ultimas/CNPI/Ata_1_Reuniao_Extraordinaria%20.pdf>.
- Platt, Anthony M (1969).** *The Child Savers, the invention of delinquency*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rodrigues, Patrícia de Mendonça (2008).** *A Caminhada de Tanyxiwè. Uma teoria Javaé da História*, PhD Thesis, Dept. of Anthropology, Chicago University.
- Sánchez Botero, Esther (2006).** *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Universidad de Amsterdam y UNICEF.
- Segato, Rita Laura**
- (2010). “Femi-geno-cídio como crime em el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho”, In: Rosa-Linda Fregoso, Cynthia Bejarano (orgs.), *Una cartografía del feminicidio en las Américas*, UNAM, Mexico.
- (2008). “Closing ranks: religion, society and politics today”. *Social Compass* 55(2), 207 – 219.
- (2007). “La faccionalización de la República y el paisaje religioso como índice de una nueva territorialidad”. In: *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*. Buenos Aires: Prometeo.
- (2006). “Antropología e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no Movimento de Expansão dos Direitos Universais”, em *MANA* 12, vol. 1, 207-236.
- (2003). *Uma Agenda de Ações Afirmativas para as Mulheres Indígenas do Brasil, Série Antropologia* 326 (nova versão), Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília.
- Soares, Luiz Eduardo et al (1996).** *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER e Relume-Dumará.
- Viveiros de Castro, Eduardo B. (1987).** “A Fabricação do Corpo na Sociedade Xinguana”. In: João Pacheco de Oliveira (org.). *Sociedades Indígenas e Indigenismo no Brasil*. Editora Marco Zero: Rio de Janeiro, 21-41.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006).** *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Dykinson.
- Zaluar, Alba (2002).** “Crime Organizado e Crise Institucional”. Disponível em: <www.ims.uerj.br/nupevi/artigos_periodicos/crime.pdf>.

**A DECAPITAÇÃO DO LEGISLADOR:
A CRISE EUROPEIA – PARADOXOS DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
CAPITALISMO DEMOCRÁTICO**
// THE BEHEADING OF THE LEGISLATOR:
THE EUROPEAN CRISIS - PARADOXES OF
CONSTITUTIONALIZING
DEMOCRATIC CAPITALISM

Hauke Brunkhorst

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Atualmente, a União Europeia encontra-se no meio de sua maior crise. A crise se deve não somente a um dos maiores colapsos da história da economia global mas também à fascinante evolução interna da constituição europeia, desde o seu início, logo após a Segunda Guerra Mundial. Paralelamente a expansão do direito constitucional, problemas latentes de legitimação começaram a surgir e crescer, cumulativamente. Todavia, uma vez que os grandes bancos globais, as corporações e os fundos de retorno absoluto iniciaram um ataque concertado na periferia da Europa, a perdurável virada neoliberal – de capitalismo democrático a democracia capitalista – alcançou toda a Europa e a crise de legitimação se tornou manifesta. // The European Union today finds itself in the midst of its greatest crisis. The crisis is due not only to one of the greatest breakdowns in the history of the global economy, but also to the fascinating internal evolution of the European constitution since its beginning, shortly after World War II. Parallel to the growth of constitutional law, latent legitimation problems began to arise and grow cumulatively. However, once the big global banks, corporations and hedge-funds began a concerted attack on the European periphery, the long lasting neoliberal turn from democratic capitalism to capitalist democracy has reached whole Europe, and the legitimation crisis becomes manifest.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Mindset kantiano; mindset gerencialista; evolução constitucional; limitações normativas; conceito existente; crise; ordoliberalismo. // Kantian mindset; managerial mindset; constitutional evolution; normative constraints; existing concept; crisis; ordoliberalism.

>> **SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Professor de Sociologia e Filosofia política na Universidade de Flensburg, Alemanha. // Professor of Sociology and Political Philosophy, University of Flensburg, Germany.

>> **SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE**

Texto traduzido do original em inglês por Pablo Holmes, professor adjunto do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB). // Translated from the original text in English by Pablo Holmes, Associate Professor of the Institute of Political Science of the University of Brasília (UnB).

1. INTRODUÇÃO

No começo, não era a afirmação da paz, a proteção daquilo que é, agora, a razão pela qual a União Europeia (UE) recebeu o Prêmio Nobel (embora, ao mesmo tempo, a UE, ou, ainda, seus Estados-membros, estavam em guerra, em diversas partes do mundo). No começo, não era a paz, mas a *negação do fascismo*: ou seja, a *emancipação* europeia da ditadura do Terceiro Reich. No começo, não era o *mindset* gerencialista do individualismo possessivo e da “luta pacífica competitiva”¹. No começo, era a autonomia política. No começo, não eram a escolha racional e a ação estratégica possibilitadas pelo *rule of law*, mas a *emancipação de qualquer direito que não fosse o direito ao qual nós tivéssemos dado nosso consentimento*².

Martti Koskenniemi chama a isso *mindset* kantiano, em contraste ao *mindset* gerencialista³: para Kant, o escândalo da assim chamada ordem absolutista, em seu tempo, não se tratava de uma ausência de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) ou de *rule of law*. Kant não tinha dúvidas de que a monarquia contemporânea era um estado de direito. Para ele, o escândalo daquela monarquia residia na ausência de “autonomia” política e “auto-legislação”, na ausência de “estruturas de representação política”⁴. Historicamente, o *mindset* constitucional kantiano é o mesmo da Revolução Francesa, assim como o soube expressar o jovem Karl Marx em apenas uma sentença, de modo impressionante: “*Die gesetzgebende Gewalt hat die Französische Revolution gemacht*” – O poder legislativo⁵ realizou a Revolução Francesa.

2.

Hoje, a memória de que o poder legislativo constituinte dos povos da Europa foi o mesmo que construiu a União Europeia, entre a primavera de 1944 (aquele era o último ano da Segunda Guerra Mundial na Europa) e 1957, tem sido reprimida e desalojada pelo *mindset* gerencialista que se tornou hegemônico já durante a década de 1950. Entretanto, a unificação europeia não começou com os Tratados de Paris, em 1951, e de Roma, em 1957, mas com as *novas constituições* que todos os membros fundadores (França, Bélgica, Itália, Luxemburgo, Holanda, Alemanha Ocidental) se deram entre 1944 e 1948. Ademais, a fundação das primeiras Comunidades, em 1951 e em 1957, foi o efeito de uma *transformação revolucionária global do direito nacional e do direito internacional*, que era tão profunda quanto aquela trazida pela Revolução Francesa.⁶ Todas as constituições dos membros fundadores foram feitas por *novos representantes* dos respectivos povos.

1. Todos os membros fundadores haviam *mudado suas lideranças políticas, substituindo grande parte de suas, até então, classes dominantes por aqueles que haviam composto as forças de resistência ou por emigrantes que haviam desertado durante a guerra*. Eles haviam adquirido um poder que, em realidade, não existira antes ou durante a ocupação nacional-socialista. Rebeldes, guerrilheiros e exilados

políticos tornaram-se as novas lideranças e os membros dos governos. Eles arriscaram suas vidas, não somente como patriotas, mas como democratas ou socialistas que lutaram por certos direitos e princípios constitucionais⁷ universais.

2. Todas as constituições dos membros fundadores eram *novas* ou, em importantes aspectos, *revisadas e mais democráticas do que nunca*. Apenas a partir desse ponto, *todas elas, sem exceção*, passaram a estimular o *sufrágio universal de todos os indivíduos*.
3. Todas haviam *eliminado* os resquícios (ou, depois de 1918, recém inventadas estruturas) da *representação política corporativista* da sociedade. Pela primeira vez, o sistema político democrático tornava-se completamente autônomo e podia *cobrir e controlar toda a sociedade exclusivamente por meio de uma legislação parlamentar ou popular* (como foi o caso da constituição austríaca de 1918, elaborada por Kelsen, e que era a única exceção da época).⁸ A Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*) constituiu até mesmo um *Estado completamente novo*.⁹
4. Todas as constituições dos membros fundadores expressavam uma forte ênfase nos *direitos humanos* e abriam-se (mais ou menos) ao direito internacional. Os membros fundadores das Comunidades Europeias desenharam as suas novas constituições como *Estados abertos* – abertos para a incorporação do direito internacional e para a cooperação internacional; um exemplo importante desse fato, na Lei Fundamental Alemã, era a assim chamada obrigação de *Völkerrechtsfreundlichkeit* (*abertura para o direito internacional*), estabelecida no art. 24 (1).¹⁰
5. Finalmente, algo foi crucial para a fundação da Europa: as novas constituições declararam o *forte compromisso de seus respectivos povos com o projeto da unificação europeia*, que deveria ser realizado num futuro próximo (por exemplo: Preâmbulo em combinação com o Art. 24 (1) da Lei Básica). Todos os membros fundadores das Comunidades Europeias vincularam-se, *por meio do poder constituinte popular*, ao projeto de Unificação Europeia, o qual, de 1951 em diante, tornou-se constitutivo para todos os tratados constitucionais (ou quase constitucionais) europeus.¹¹ O único exemplo de uma constituição de um membro fundador que não fazia qualquer declaração sobre a Europa, a Constituição de Luxemburgo, é, em si mesmo, um caso revelador. Em 1952, o *Conseil d'État* de Luxemburgo decidiu que a constituição comprometia implicitamente os representantes do povo a se unir a Comunidade do Carvão e do Aço e a perseguir a continuidade da unificação europeia.¹²

Enfim, os Tratados Fundadores de Paris e de Roma, eram diretamente legitimados pelo *poder constituinte dos povos*.¹³ Consequentemente, pode ser concluído que, a princípio, a União Europeia não foi fundada como uma associação internacional de Estados. Bem ao contrário, ela foi fundada como uma *comunidade de povos* que legitimaram o projeto de unificação europeu *direta e democraticamente*, por meio de seu poder constituinte unificado, ainda que nacional, e que foram posteriormente

representados no *Conselho da União Europeia* e no *Conselho Europeu*. Ao mesmo tempo e por meio do mesmo ato fundador, esses povos, agindo de modo plural, constituíram uma única *cidadania europeia*, garantindo novos direitos ao cidadão europeu, que eram distintos dos direitos até então garantidos aos cidadãos (posteriormente representados no parlamento europeu) dos respectivos Estados membros. Esses direitos permaneceram implícitos durante as primeiras décadas, mas foram tornados explícitos pela Corte de Justiça Europeia nos casos *Van Gend & Loos versus Administração tributária holandesa*, em 1963, e *Costa versus ENEL*, em 1964. A comunidade de cidadãos europeus constitui agora, como um todo, um segundo e independente, 'sujeito de legitimação'.¹⁴ Desde o início, os tratados não eram, portanto, apenas intergovernamentais, mas *documentos legais de qualidade constitucional*.

3.

Entretanto, como é possível observar em outros casos de constitucionalização nacional ou transnacional, o momento constitucional foi seguido por um incrementalismo evolucionário medíocre e por um processo silencioso, mas contínuo e gradual, de uma integração cada vez mais densa. O *mindset* gerencial tomou o controle logo após as primeiras grandes transformações. Contudo, ele não apenas *desalojou e reprimiu* o *mindset* kantiano da fundação revolucionária, como – em um movimento paradoxal – também o estabilizou e o realizou legalmente, pouco a pouco.¹⁵ Hoje, no direito europeu, o *mindset* kantiano é expressado na referência dos preâmbulos de tratados regionais a conceitos como “solidariedade”, “democracia”, “progresso social”, “direitos humanos” e “Estado de Direito”. A solidariedade é mencionada repetidamente, mas o próprio tratado também afirma que a solidariedade não deveria custar nada (como dito por James Cameron, em sua primeira frase, quando da erupção da crise grega: “Nenhum dinheiro para os gregos”). Ainda assim, vê-se a implementação do assim chamado *mindset* kantiano em vários artigos e normas legais de direito europeu primário e secundário, como, por exemplo, no famoso art. 6º do Tratado de Maastricht, ou nos artigos 9-12 do Tratado de Lisboa. Além disso, o *mindset* kantiano também fundamenta precedentes legais, como o conhecido caso *Van Gend & Loos versus Administração tributária holandesa*, do início dos anos 1960, que se refere a direitos subjetivos os quais podem ser adquiridos enquanto cidadãos europeus (em que se acumulam, portanto, o “efeito direto” e a “supremacia do direito europeu”). Finalmente, o *mindset* kantiano encontrou seu lugar em inúmeros comentários jurídicos e tratados: pode-se falar assim na emergência de uma dogmática jurídica (*Rechtsdogmatik*) europeia¹⁶ ou mesmo de um *Common Law* europeu.¹⁷

Ao final do dia, e depois do restabelecimento simbólico da soberania-estatal pela corte constitucional do *hegemon* europeu em Karlsruhe, a contra-hegemônica corte constitucional da República Tcheca afirmou, no seu julgamento sobre o Tratado de Lisboa, que, “hoje, a União Europeia

forma um sistema completo e sem lacunas de legitimação democrática”, e o fez com razão.¹⁸ Do ponto de vista jurídico, a Europa não mais padece de um déficit democrático crucial. Ela já é uma democracia de pleno direito em ambos os níveis: o nacional e o transnacional. O problema é que ninguém sabe disso.

O problema não reside apenas no *mindset* gerencialista, mas em sua hegemonia e na redução da política à tecnocracia, que hoje permite a elites econômicas e políticas ignorar e manipular a opinião pública e o direito público legitimado democraticamente nos dois níveis: tanto no nível europeu como nos respectivos níveis nacionais. Ao mesmo tempo em que isso avança do ponto de vista jurídico, o poder público do povo e de seus órgãos representativos se torna, mais e mais, desprovido de poder real e é substituído por redes cinzentas de *governo informal*¹⁹ – por vezes chamadas de “boa governança”²⁰ (*good governance*) em vez de governo democrático, “*accountability* administrativa”²¹ em vez de responsabilidade parlamentar, “democracia deliberativa” em vez de “tomada igualitária de decisões”.²² Num mundo em que a boa governança substituiu o governo democrático, em que *accountability* administrativa substituiu responsabilidade parlamentar, onde a democracia deliberativa de classes médias instruídas substituiu procedimentos igualitários de decisão política, em um mundo em que a semântica de sociedades civis pluralizadas substituiu a unidade da sociedade capitalista, em que competição substituiu cooperação, em que o *mindset* gerencialista de empoderamento individual substituiu o *mindset* kantiano de emancipação – a contestação pública de problemas reais, o debate e a luta pública acerca de alternativas substanciais simplesmente não são mais úteis (*nicht hilfreich*), para dizê-lo na incomparável língua gerencialista de Angela Merkel. No mundo da premiê alemã, deliberação democrática começa quando as portas estão fechadas.

Desse modo, e aqui reside a minha *tese global*, o *mindset* kantiano da fundação revolucionária foi concretizado e estabilizado completamente por meio de um processo evolucionário gradual de constitucionalização. Esse processo evolucionário desenvolveu-se sob a liderança do *mindset* gerencialista das elites europeias e de especialistas. Contudo, essa hegemonia teve o resultado paradoxal de que o *mindset* kantiano foi, ao mesmo tempo, preservado e reprimido (ou desalojado), constitucionalizado e desconstitucionalizado – repetidamente, em cada estágio do caminho confuso de constitucionalização europeia.²³

Para demonstrar isso, eu tentarei, nos próximos capítulos (4-7), combinar a distinção de Koskenniemi, inspirada em Kant, entre os dois *mindsets* constitucionais com a reconstrução mais gerencialista da constitucionalização da Europa como um processo evolucionário incremental de estágios de acoplamento estrutural do direito com outros sistemas sociais, idealizada por Karlo Tuori. Por meio dessa combinação, a distinção de Koskenniemi, um tanto mais voluntarista, pode ser transformada em um conjunto de “conceitos existentes” (Hegel) que são internos à evolução social.²⁴

4. ESTÁGIO I: CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Como mostrou Tuori, a Europa agora tem não apenas várias constituições nacionais (e sub-nacionais), como também várias constituições transnacionais que evoluíram gradualmente e em estágios. O primeiro passo evolucionário foi dado em 1957, com o estabelecimento de uma *constituição funcional econômica* que consistiu em um *acoplamento estrutural do sistema jurídico com o sistema econômico*. O estabelecimento da constituição econômica se deu graças ao ordoliberalismo alemão. Os ordoliberais foram um grupo de economistas e juristas germano-austriacos que, no fim da República de Weimar, posicionava-se mais ou menos na direita neo-conservadora, mas, quase sem exceção, era anti-nazista. O centro da escola foi a Universidade de Friburgo, no sudoeste da Alemanha. Seus expoentes foram Franz Böhm, Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpkke, Alfred Müller-Armack e Friedrich August von Hayek.²⁵

Originalmente, a ideia de uma constituição econômica foi uma invenção da esquerda socialista alemã, no fim da Primeira Guerra Mundial, em particular de Hugo Sinzheimer e de seu estudante Franz Neumann. Ambos seguiam estritamente a suposição kantiana de que a constituição política e o legislador parlamentar deveriam preservar a supremacia absoluta sobre a constituição econômica. Tal constituição deveria ter meramente a função de um serviço: ela deveria melhorar as possibilidades do legislador de colocar, sob controle democrático, os mercados e, em particular, a esfera privada de dominação no interior da empresa capitalista.²⁶

Ao final da República de Weimar, os ordoliberais “deturparam” (ou melhor, sequestraram) a ideia de constituição econômica de Sinzheimer e Neumann, diluíram-na e a inverteram drasticamente.²⁷ Durante a década de 1950, eles viraram aquela ideia de ponta cabeça, transnacionalizaram a constituição econômica, desacoplaram-na da constituição política nacional e subsumiram esta última à primeira. Agora, toda a sociedade deveria ser “subsumida” sob o “princípio da conformidade com o mercado”, assim como o (naquele tempo completamente convencido) ex-nazista Alfred Müller-Armack escreveu²⁸ em 1960.²⁹ Durante as negociações do tratado de 1957, os ordoliberais alemães, sob a liderança Müller-Armack e fortemente apoiados pelo governo norte-americano, finalmente venceram a batalha contra o recalcitrante governo francês que, naquele momento, defendia um projeto constitucional muito mais parecido com as ideias originais de Sinzheimer e Neumann.³⁰

Com o estabelecimento da constituição econômica em 1957, uma decisão básica constitucional (*Grundenentscheidung*) schmittiana foi feita. Ela consistia na radical “negação de uma constituição política europeia”.³¹ Em lugar de subsumir a constituição econômica sob a política, a constituição política foi subsumida sob a econômica e, assim, o direito da competição (*Wettbewerbsrecht*) tornou-se o “eixo da ordem econômica”.³² Em caso de dúvida, a ordem concreta do *direito e da economia* triunfa sobre a constituição formal do *direito e democracia*.³³ Enquanto o direito constitucional formal ainda estava unido à prioridade kantiana da

legislação democrática, a ordem concreta do *law and economics* tornou-se a prerrogativa constitucional informal da Europa – o “currículo secreto” europeu.³⁴ O link jurídico entre o direito constitucional visível e a prerrogativa constitucional invisível foi o Artigo 2 do TCCEE (Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia).³⁵ Um de seus efeitos mais cruciais foi a negação de qualquer transnacionalização da constituição política. A hegemonia do “currículo secreto” estimulou e reforçou a europeização de grandes empresas e federações de empresários, mas, ao mesmo tempo, limitou estritamente a ação de sindicatos e organizações de trabalhadores à esfera do Estado nacional.³⁶

Hoje, os ordoliberalistas estão orgulhosos das pequenas diferenças que os distinguem dos neoliberais. Mas foram eles que desvelaram o caminho histórico para a mais recente grande transformação da globalização, que dura desde a década de 1980. Se nós resumirmos as três ideias básicas do ordoliberalismo, torna-se evidente que somente uma ideia os difere. De fato, a relação entre ordo- e neoliberalismo nos lembra muito mais uma divisão histórica cooperativa de negócios do que uma feroz oposição:

- A primeira ideia básica do ordoliberalismo é livrar os mercados do controle estatal. O espectro do ‘socialismo’ e do ‘comunismo’ precisa ser banido já que ele assombra a Europa sob a máscara de um intervencionismo macroeconômico estatal. Aqui ordo- e neoliberalismo estão juntos desde o início. Os representantes atuais da elite do poder, como o Presidente do Banco Federal Alemão (Deutsche Bundesbank), Jens Weidmann, ou o ex-juiz da corte constitucional alemã, Udo Di Fabio, acusam até mesmo o Presidente do Banco Central Europeu, Mario Draghi, de socialização secreta (*schleichende Sozialisierung*) e de planificação da economia (*planwirtschaftliche Zentralität*) – logo Draghi, o socialista disfarçado que aprendeu seu trabalho em um grupo de treinamento comunista chamado Goldman & Sachs.³⁷
- Entretanto, o ordoliberalismo não só desconfia do Estado (burocrático), como também do capitalismo das grandes corporações (isto é, burocrático) e de sua tendência à concentração e centralização de capital que levou ao capitalismo monopolista desde o início do século XX.³⁸ Assim, a segunda ideia básica do ordoliberalismo é *livrar-se do capitalismo monopolista*. O Direito da concorrência deve manter as oportunidades econômicas de todos os participantes do mercado iguais, a *qualquer tempo*. Essa ideia é chamada de justiça do mercado, mas é, na verdade, uma ideia insuficiente de justiça.³⁹ E, desde o início, era mera ideologia. Como demonstrado por Kelsen em seu mordaz criticismo a Hayek, já em 1955, essa ideia funcionaria apenas em favor daqueles que já dispunham dos meios de produção e, na melhor das hipóteses, regularia apenas a competição *entre eles*.⁴⁰ Entretanto, com respeito a esse ponto, o ordoliberalismo é claramente diferente do neoliberalismo. O neoliberalismo aboliu bruscamente o direito da concorrência e reduziu a assim chamada justiça do mercado ao valor do acionista (*shareholder value*), que, então, passou a ser identificado com o bem comum por autores como Milton Friedman e outros.⁴¹ Essa é a razão pela qual não podemos mais evitar

as brilhantes luzes anunciando as últimas notícias do mercado de ações, aonde quer que vamos.

- A terceira (e em termos de direito constitucional a mais crucial) ideia básica do ordoliberalismo é *livrar-se do controle legislativo democrático*. Aqui, ordo- e neoliberais coincidem novamente na aplicação de imperativos categóricos: Dê aos juizes o que você retirou do legislador democrático e do governo controlado pelo parlamento! Promova os juizes a guardiões funcionais de um direito meramente regulatório (*Ordnungsrecht*)! Nas palavras de Ernst Joachim Mestmäcker: “Die wichtigsten Aufgaben obliegen nicht der Legislative oder der Regierung, sondern der Rechtsprechung.” (‘As decisões mais importantes devem ser tomadas não pelo legislador ou pelo governo, mas pelos juizes’).⁴² A decapitação do legislador é o verdadeiro final da Revolução Francesa e da era política kantiana.⁴³ Se isso realmente se torna verdade, esse seria o triunfo final da contra-revolução que, nesse caso, é uma contra-revolução à experiência de 1789. Nunca mais um legislador poderá estar apto a realizar uma revolução novamente. Essa era a verdadeira mensagem de Margaret Thatcher. Em 2002, Alex Stone-Sweet pode formular somente que “na atual organização política pluri-nivelada da Europa, a soberania do legislador e o primado dos executivos nacionais estão mortos. Em concertação ou em disputa, os legisladores europeus governam com os juizes.”⁴⁴ Deve-se acrescentar que a combinação entre jurisdição nacional e transnacional foi reforçada reciprocamente, e, em certo sentido, a associação europeia de cortes constitucionais – *Verfassungsgerichtsverbund* (Udo Di Fabio) – reservou para si as funções mais básicas de todos os três poderes clássicos – ao menos nos tempos normais de constitucionalização evolucionária incremental e gerencial.⁴⁵

Por essas razões, a implementação do Euro, sem um governo político, não foi apenas um erro, ou o pior compromisso possível – o que é verdade ao menos desde a perspectiva das partes negociadoras⁴⁶ –, ela foi nada mais do que um “experimento frívolo”, como dito por Wolfgang Streeck, para realizar uma “economia de mercado emancipada” de todos os vínculos políticos e estabelecer uma economia política sem parlamento e sem governo”.⁴⁷ A implementação do Euro finalizou a prerrogativa constitucional e completou o currículo secreto de uma governamentalidade europeia por meio de uma “imunização dos mercados contra correções democráticas”^{48 49}. Isso resultou imediatamente em um crescimento das diferenças sociais entre os ricos países do norte e os pobres países do sul. Quando finalmente veio a crise, o direito regulatório (*Ordnungsrecht*) europeu derrogou tanto o direito constitucional nacional como o transnacional.⁵⁰ O resultado foi o crescimento dramático da distância social que separava o norte do sul, em favor, sobretudo, da hegemonia do norte: quer dizer, a Alemanha.⁵¹

Consequentemente, por meio de uma decapitação do legislador, o ordoliberalismo abriu o caminho evolucionário para a globalização neoliberal do capital que está além do controle do Estado. Não importa se isso aconteceu intencionalmente ou não. O ordoliberalismo fez o

seu trabalho, e, portanto, poderia ir embora. Uma vez que o neoliberalismo estivesse acabado, a *grande transformação* dos últimos trinta anos podia começar: a transformação de uma ordem de mercados enraizados em e controlados por Estados para uma ordem de Estados enraizados em e controlados por mercados (from *state-embedded and state-controlled markets to market-embedded and market-controlled states*).⁵² A nova ordem mundial de Estados enraizados em mercados torna extremamente difícil, para qualquer ator político, livrar-se das pressões para se submeter ao mercado, ganhar independência dos caprichos de uma classe extremamente sensível de investidores, e retornar para algum tipo de dirigismo macroeconômico, seja ele nacional ou transnacional.

5. ESTÁGIO II: CONSTITUIÇÃO JURÍDICA

Por tudo isso, a constitucionalização econômica não é a única formação evolucionária de direito constitucional europeu, e ainda que ela se mantenha hegemônica até nossos dias, ela nem foi nem é o último estágio da evolução constitucional da Europa. Tal evolução constitucional é, como vimos, conduzida pelo *mindset* gerencial do *law and economics*. Entretanto, uma vez que o *mindset* kantiano seja constitucionalizado e integrado à autoridade pública do direito europeu, ele pode contrabalançar o *mindset* gerencial de adaptação evolucionária cega, atuando como um *constrangimento normativo*. Mesmo sendo frágil, ele age não mais como um *dever vazio* supostamente kantiano, mas como um conceito existente hegeliano (como um momento do espírito objetivo).⁵³

Na teoria constitucional europeia, o *mindset* kantiano da autonomia voltou à tona já no início da década de 1960, juntamente com o rápido crescimento do volume de regulações europeias. Ele voltou na forma reduzida e manipulável por profissionais do direito de ações individuais sobre questões de *autonomia privada*. Em duas decisões paradigmáticas da Corte de Justiça Europeia de 1963 (*van Gend & Loos*) e 1964 (*Costa*) o lado emancipatório da forma jurídica foi inflamado. Como autoridade pública com força juridicamente obrigatória, o *mindset* kantiano permaneceu, é verdade, *privatizado*. No entanto, para poder estabelecer apenas a autonomia privada, os juizes (em uma ousada interpretação teleológica dos tratados) tiveram que criar uma *cidadania* europeia autônoma e direitos de cidadania europeus como parte de uma comunidade jurídica autônoma.⁵⁴ As duas decisões de 1963 e 1964, por conseguinte, foram descritas enfaticamente por juristas europeus como a “declaração de independência do Direito Comunitário”.⁵⁵

Entretanto, o momento kantiano dessas duas decisões históricas teria desaparecido imediatamente da trajetória evolucionária constitucional, se elas não tivessem sido seguidas por milhares de casos, apelando ao direito europeu nas cortes nacionais de todos os Estados membros (e se não contassem com o apoio da Corte Europeia às cortes nacionais por meio do reenvio prejudicial previsto no art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).⁵⁶ Nesse caso, o velho *insight* evolucionário

tornou verdadeira a premissa segundo a qual não apenas as elites, mas também as massas realizam evolução constitucional – e aqui eu me refiro às massas de comunicações jurídicas negativas que preencheram a composição diversificada (*variety pool*) da evolução jurídica e finalmente engendraram uma nova formação constitucional: a constituição do Estado de Direito (*Rechtsstaatsverfassung*) europeu, a constituição jurídica europeia. A *Rechtsstaatsverfassung* europeia consiste em um acoplamento estrutural reflexivo do direito com o próprio direito – ou melhor: um acoplamento estrutural do direito com os direitos subjetivos.⁵⁷ O *Rechtsstaat* europeu transformou a Europa em uma única ordem jurídica internamente diferenciada, descrita negativamente como fragmentada e, positivamente, como pluralizada⁵⁸ – e não se trata de uma ordem sem dentes, ou seja, sem eficácia, como se pode observar recentemente no caso da Hungria.⁵⁹

Contudo, todos esses avanços jurídicos permaneceram limitados aos expertos jurídicos e querelantes individuais. No estágio II da evolução constitucional europeia do Estado de Direito, o *mindset* kantiano foi constitucionalizado sob a forma do direito privado (em uma forma teubneriana de constituição civil⁶⁰), ainda que ele tenha sido paralelamente reprimido⁶¹ e desalojado em público.⁶² No segundo estágio da evolução constitucional, nós podemos perceber o paradoxo: a *constitucionalização avança e é desconstitucionalizada por seus próprios avanços, ao mesmo tempo.*

Essa estrutura paradoxal se deve à emergência e continuação do *direito constitucional formal* juntamente com seu oposto: o direito de prerrogativa informal. Ambas as formações constitucionais constituem o *duplo-Estado* europeu.⁶³ Enquanto, por exemplo, o *mindset* kantiano da constituição formal é refletido na interpretação da corte acerca das liberdades fundamentais do direito comunitário como *normas antidiscriminatórias* e como *constrangimentos normativos* na forma de *liberdades básicas* para todos os cidadãos europeus, o *mindset* gerencial da constituição informal é refletido na interpretação das *liberdades básicas* (em particular para o grande capital) como *constrangimentos dos próprios direitos básicos* (como nos casos Walrave, Bosman, Viking e Laval).⁶⁴ É esta contradição entre a constituição europeia formal e a informal que causa uma crise latente de legitimidade. A contradição entre os dois *mindsets* constitucionais é produtiva apenas na medida em que ela se torna uma fonte propulsora de contínua constitucionalização.

6. ESTÁGIO III: CONSTITUIÇÃO POLÍTICA.

Desde a metade da década de 1970, o longo e latente conflito entre os poderes executivos cada vez mais unidos da Europa e os corpos legislativos parlamentares tornou-se mais e mais evidente. Ao mesmo tempo, a Corte Europeia de Direitos Humanos se tornou uma corte ativa. Uma vez apoiada pelas doutrinas da Corte Europeia de Justiça acerca da *supremacia do Direito Europeu* e da *aplicação uniforme*, radicalizou sua jurisdição acerca dos direitos humanos.⁶⁵ Isso foi importante para o processo de

democratização, pois – diferentemente do que acontece com o direito civil e o direito econômico – os direitos humanos têm uma relação intrínseca com a democracia e não podem ser dissociados, portanto, da autonomia e da auto-determinação públicas.⁶⁶ A pressão para reduzir o crescente déficit democrático europeu finalmente compeliu as elites políticas e profissionais a considerar o compromisso do *mindset* kantiano com a autonomia pública. Novamente, tornou-se evidente que o *mindset* kantiano da emancipação pode ser reprimido, “*pode ser paralisado ou inibido, mas não pode ser eliminado*”, uma vez que esteja constitucionalizado.⁶⁷

Desde as primeiras eleições diretas para o parlamento europeu, em 1979, o poder deste órgão aumentou consistentemente. O *mindset* gerencial e o resolutivo incrementalismo do trabalho parlamentar diário fizeram daquele fraco e restrito parlamento um novo parlamento controlador e modelador de normas que agora é uma das mais fortes instituições da União Europeia.⁶⁸ O último passo para o *procedimento legislativo parlamentar*, dado no Tratado de Lisboa, completou largamente a constituição política europeia.⁶⁹ O terceiro estágio de um acoplamento estrutural entre direito e política estava realizado.

Porém, mesmo dessa vez o *mindset* gerencial prevaleceu novamente. As seções eleitorais e os mercados públicos permaneceram vazios. Na mesma medida em que o poder legislativo do parlamento aumentou, a sua legitimidade pública diminuiu dramaticamente de eleição em eleição.⁷⁰ O ato mais crucial do *mindset* kantiano, a implementação política do governo representativo baseado em um debate público feroz (“*Freiheit der Feder*”), teve o efeito paradoxal de gerar *legislação pública democrática sem vida pública democrática*. O aumento da *constitucionalização da legislação pública* foi paga novamente com uma *desconstitucionalização do discurso público*.

Nesse ponto, nós encontramos outra vez o *mindset* gerencial: o bloco de órgãos executivos cada vez mais próximos, em concerto com o poder de elites político-econômicas, apoiado pelos onipresentes economistas chefes dos grandes bancos, pelos especialistas políticos e com inclinações jurídica, e por jornalistas cooptados (que são melhor pagos do que nunca e treinados sob o mesmo vocabulário econômico às custas de jornalistas *free lancers* que são pior pagos do que nunca), parece prevalecer sobre o poder popular kantiano.⁷¹ O debate público não é suprimido ou limitado, porém – mais eficientemente – contornado pelo poder político e econômico como algo inútil (“*not helpful*”). Mais uma vez, *Ordnungsrecht* derroga direito constitucional e estabiliza o novo Bonapartismo coletivo da Europa.⁷²

7.

Apesar de tudo, nós testemunhamos hoje ao retorno do reprimido. A crise econômica e, em particular, a crise bancária não podem mais ser substituídas pela crise orçamentária. Como consequência, a longa e latente *crise de legitimação política* se torna, de repente, evidente. O *mindset* kantiano ressurgue nas ruas, em Atenas, em Madri e em toda parte.

Parece que o acoplamento estrutural do direito com os sistemas de seguridade e bem-estar social não pode mais ser realizado de modo silencioso, de portas fechadas e a baixo custo. A crise torna isso evidente: não é possível haver *democracia moderna de massas* sem uma *forte igualdade entre os stakeholders*, para dizer o mínimo.⁷³

O Estado nacional parecia ser o grande vencedor após a deflagração da crise econômica global iniciada em setembro de 2008 (e muitos teóricos políticos e analistas assim proclamaram, assim como o fez certa vez Erich Honecker, o último primeiro ministro da RDA: *Totgesagte leben länger* – “Os enganados vivem mais tempo”). Mas, na verdade, o Estado já estava enfraquecido e, assim, tornou-se um dos principais perdedores da crise. Wolfgang Streeck, dois anos depois, escreveu um ensaio com título acertado: *Noch so ein Sieg und wir sind verloren* (“Mais uma vitória como essa e estamos perdidos”). A grande crise de 2008 provou que o Estado nacional não mais dispunha das suas mais básicas alternativas em termos de política econômica e social.⁷⁴

A capacidade do Estado nacional de agir e conformar o futuro sempre se baseou na existência de dois principais instrumentos para colocar o capitalismo moderno sob controle e para tornar efetiva a vontade legislativa de maiorias democráticas: a sanção do direito ou o incentivo do dinheiro.⁷⁵

Entretanto, parece que desde o princípio da crise atual, os Estados nacionais não foram capazes de realizar qualquer tipo de *controle macroeconômico* por meio de um *mix* efetivo de sanção e incentivo, “cacete e cenoura”, legislação e investimento. Os atores políticos já perderam grande parte do poder que é necessário para regular e controlar economias capitalistas. E eles não readquiriram esse poder em nível global. Ao contrário, durante os últimos trinta anos de hegemonia neoliberal global, a frágil balança de poder entre democracia e capitalismo pendeu dramaticamente em favor do capitalismo.

Enquanto o moderno sistema econômico funcionalmente diferenciado (com mercados capitalistas) está enraizado no poder estatal democraticamente controlado, os partidos dos despossuídos, sejam eles as classes sociais de explorados ou as nações perdedoras na competição econômica global entre Estados e regiões, dispõem de dois meios para realizar *justiça compensatória*.⁷⁶ Eles podem realizar algum tipo de dirigismo macroeconômico para tempos de crise: (a) *nacionalmente*, por meio de regulação legal e investimento, em particular subindo tributos sobre o patrimônio e a renda dos mais ricos e/ou (b) *internacionalmente*, por meio da desvalorização da sua moeda nacional.⁷⁷ Hoje, na Europa eles perderam esses dois mecanismos.

A globalização (a') transformou estados fiscais em Estados dependentes de crédito, revertendo assim a direção do controle entre Estados e o capital. O Estado fiscal que controla o capitalismo tornou-se um Estado devedor, que é controlado pelo capitalismo.⁷⁸ A implementação do Euro (b') retirou todos os meios de resistência de que dispunham países pobres em sua competição desigual com os países ricos.

O *New Deal* da administração de Franklin D. Roosevelt, na década de 1930, apoiado e estimulado por uma classe trabalhadora organizada, que

dispunha de sindicatos fortes e jovens que não tinham nada a perder, conseguiu finalmente controlar e regular *Wall Street*, aumentando tributos sobre os mais ricos, diminuindo o tamanho de bancos e corporações industriais, criando empregos administrativamente, imprimindo dinheiro. Dessa forma, aqueles políticos e outros social democratas e socialistas de sociedades avançadas foram capazes de resolver a quadratura do círculo: eles puderam *socializar os meios de produção no interior do modo de produção capitalista*.

Entretanto, isso não é mais possível. Depois de 2008, em nenhuma parte os tributos subiram numa medida comparável com aquela que foi possível nos EUA e em outros países ocidentais nas décadas de 1950 e 1960. Nenhum dos bancos considerados “*too big to fail*” foi nacionalizado ou dividido. Com a exceção do *Lehman Brothers* foram todos salvos, repetidamente. Além disso, na Europa, a moeda comum excluiu qualquer possibilidade de desvalorização cambial. Desprovido do poder legislativo de regular a economia, o Estado não dispunha mais de qualquer alternativa a não ser gastar o resto de seu dinheiro.⁷⁹

Assim, o Estado se tornou extremamente suscetível a chantagens, e a mentira de Margaret Thatcher, de que não havia alternativa, tornou-se verdadeira, como uma profecia que se autorrealiza.⁸⁰ Governos até então democráticos estão agora nas mãos de banqueiros e de seu time de tecnocratas, direta ou indiretamente. Em Estados onde os banqueiros ainda não tomaram o poder, seus conselhos nos lembram os conselhos do velho senado romano, o *senatus consultum*. Tratava-se de um conselho sem qualquer força vinculante legal: *soft law*. Mas aquele que não a seguisse era um homem morto, mesmo se deixasse a sala vivo. O Estado precisa executar o programa neoliberal com meios microeconômicos e “desvalorizar o trabalho e o setor público”, “realizar pressão sobre os salários, pensões, legislação trabalhista e serviços públicos”⁸¹ – e vender então o pensamento como um todo como “reforma”, “modernização”, “nova administração pública”, e “empoderamento individual”, o que é praticado de modo ainda mais efetivo por partidos trabalhistas da “terceira via”, socialdemocratas reformados ou coalizões entre verdes (ambientalistas) e vermelhos (socialdemocratas ou socialistas).⁸²

Infelizmente, nem keynesianos, nem marxistas jamais tentaram desenvolver alternativas transnacionais, continentais e globais ao poder do Estado nacional. Eles socializaram os meios de produção não apenas dentro do modo de produção capitalista, mas também em um só país. Eles nunca nem mesmo visualizaram um plano para estabelecer alguma forma de *poder político* transnacional que pudesse contrabalançar o poder do grande capital e as forças descontroladas de um mercado mundial que são, ao mesmo tempo, produtivas e destrutivas. Os ordos e neoliberais (e essa é a verdade histórica do neoliberalismo) tinham tal plano, como pudemos ver, e ele funcionou, com resultados catastróficos. Somente isso explica a estranha não-morte do neoliberalismo – depois de uma crise que, se nós seguirmos o prognóstico da doutrina da economia neoliberal de Chicago, deveria acontecer somente a cada 50.000 anos.

Agora, o Estado nacional está condenado, ao menos no que diz respeito à ideia de Estado soberano. Para tomar a metáfora de Eyal Benvenisti (um jurista internacionalista israelense): no processo de globalização, o estado foi completamente transplantado política, jurídica, econômica e culturalmente de uma mansão isolada para um condomínio dentro de uma casa com outros 200 condomínios, em que há várias formas diferentes e sobrepostas de propriedade real.⁸³ Contudo, a rede de direito público e política transnacionais, e a forma emergente de estatalidade transnacional⁸⁴ é fraca demais para colocar os mercados globais novamente sob controle. Os poderes estatais coordenados juntamente com organizações internacionais podem, na melhor das hipóteses, fazer um mercado global (integração negativa), mas em nenhum lugar eles são capazes de constrangê-lo normativamente de uma forma que seja do interesse de todos nós (integração positiva).⁸⁵ Em trinta anos de globalização, os Estados mais poderosos da história (para o bem e para o mal) – as democracias ocidentais – tornaram-se, nas palavras de Wolfgang Streeck, “agências coletoras de débito a serviço de uma oligarquia global de investidores, comparados aos quais a figura de uma “elite de poder” de C. Wright Mill parece até mesmo um exemplo brilhante de pluralismo liberal”.⁸⁶

A única saída parece ser uma *reinvenção da luta de classes democrática* no nível transnacional. As chances são muito pequenas, mas não podem ser ignoradas. Sindicatos do sul da Europa, pela primeira vez na história, estão começando a agir e a fazer greves de maneira transnacional e para além das fronteiras territoriais. Juntamente com o parlamento europeu, que pela primeira vez se torna visível publicamente, eles conseguiram finalmente iniciar uma nova forma de luta de classes democrática com finalidades profanas: um seguro desemprego europeu para solucionar aquele que é o maior problema social da Europa atualmente, as maiores taxas de desemprego de jovens nos países do sul desde a Grande Depressão dos anos 1920 e 1930.⁸⁷ O próximo passo poderia ser, então, uma mudança massiva contra a doença mortal do neoliberalismo chamada austeridade. Existe uma alternativa simples e efetiva ao corte de gastos e ela consiste em elevar tributos.⁸⁸ As chances parecem pequenas, mas sem uma luta de classes democrática renovada, transnacional, não há saída da crise, e agora na direção de uma união política da Europa que seja digna da palavra democracia.

>> NOTAS

- ¹ Marx, 1852:98.
- ² Somek, 2013.
- ³ Koskenniemi, 2006:9–36.
- ⁴ *Ibid.*, p. 26.
- ⁵ Marx, 1972: 203–333. Por conta do problema da indeterminação, também a aplicação e a concretização de normas jurídicas não é simplesmente uma questão para expertos, apta a ser tratada de maneira politicamente neutra, senão, como bem sabiam Kelsen, Merkel e Heller, já na década de 1920, toda “determinação de conteúdo da norma jurídica é uma questão política” (Koskenniemi, 2006:29)
- ⁶ Cf. Brunkhorst, 2012.
- ⁷ Osterhammel/Petersson, 2007:85; Hobsbawm, 1994:185–187. Isso não significa que não houve continuidades em todos os países, particularmente na Alemanha a continuidade de elites nazistas eram fortes, mas silenciadas e escondidas. Interessante é a descrição de Hermann Lübke (as “*kommunikatives Beschweigen brauner Biographieanteile*”), ver: Lübke, 1983.
- ⁸ Ver Jesch, 1961.
- ⁹ Ver Kelsen, 1945:518–526.
- ¹⁰ Ver Rainer, 2003; Di Fabio, 1998.
- ¹¹ Fossum/Menéndez/Augustin José, 2011:175.
- ¹² Argumenta-se que, mesmo que a constituição de Luxemburgo não contivesse nem vagamente algo que lembrasse uma proto-cláusula europeia, o *Conseil d’État* construiu sua jurisprudência em uma direção muito similar. Quando revisando a constitucionalidade do Tratado que estabeleceu a Comunidade do Carvão e do Aço, o *Conseil* não só afirmou que Luxemburgo não apenas podia, como devia renunciar a certos poderes soberanos se o bem-público assim o exigisse. Veja o Relatório acerca do julgamento do *Conseil* de 1952 e, também, Fossum/Menéndez, 2011.
- ¹³ *Ibid.*, 2011.
- ¹⁴ Acerca da dupla legitimação da UE pela comunidade dos povos dos Estados membros e pelo povo da União europeia, ver Habermas, 2011. Para uma impressionante comparação com o desenvolvimento dos Estados Unidos fundado em uma tal “dupla soberania” (o qual a propósito ainda é o termo técnico do direito constitucional norte-americano), ver Schönberger, 2005 e Forsythe, 1981. Augustine Menendez fez uma importante contribuição a essa tese, comparando em um estudo de caso a implementação de tributos federais nos EUA e na UE, demonstrando paralelos impressionantes: Menéndez, 2004.
- ¹⁵ Para um estudo de caso esclarecedor: Madsen, 2012:43–60. Acerca da necessidade geral de um mindset kantiano de integração social normativa para a própria estabilização da integração sistêmica e gerencial, ver: Habermas, 1981:228; ver: Nassehi, 2006:126–127.
- ¹⁶ Uma boa explicação do *mindset democratic* e até mesmo cosmopolita kantiano no que diz respeito ao Tratado de Lisboa: Von Bogdandy, 2012: 315–334; veja (com respeito ao Tratado de Maastricht-Amsterdã e em particular ao Tratado Constitucional que falhou em 2005, mas que era em larga medida idêntico ao Tratado de Lisboa): Callies, 2005:339–421.
- ¹⁷ O que os juristas alemães observam como a emergência de uma doutrina jurídica autônoma é refletivo por um observador escocês como a emergência de um *common law* europeu que transcende a cláusula *pacta sunt servanda* de validade do direito internacional. “Instituições e órgãos” europeus, argumenta Neil MacCormick, “tiveram uma existência contínua por décadas, sobrevivendo a diversas mudanças de pessoal. Eles se transformaram em fatos institucionais no pensamento dos europeus. Cidadãos e funcionários em toda a Europa interpretaram

as normas dos e sob os tratados como tendo efeito direto sobre as pessoas privadas e empresas, assim como sobre os Estados. Por mais de quatro décadas, isso aconteceu com continuidade impressionante.” (MacCormick, 1999:139).

¹⁸ Cf. Ley, 2010:170.

¹⁹ Möllers, 2005: 351-389; Möllers, 2003. Para a acumulação de poder informal em centros amplamente distribuídos e flexíveis, ver também: Hardt/Negri, 2002; Prien, 2010; Fischer-Lescano/Teubner, 2006; para networks ‘brancos, cinzas e pretos’ ver: Matiaske, 2012.

²⁰ See Zürn, 2004.

²¹ See Grant/Keohane, 2005:29-43.

²² Para uma crítica aguda dessas tendências, ver: Rieckmann, 2010:120-139.

²³ Acerca dos estágios, ver: Tuori, 2010:3-30.

²⁴ Eu tentei explicar esse ponto em: Brunkhorst, 2013 (no prelo). Sobre “conceito existente”, ver: Hegel, 1969:481. Para uma crítica (muito parcial) do conceito de dever vazio, ou como Hegel dizia “abstrato”, ver: Hegel, 1971: 369-372. Kant não é tão afastado do pensamento evolucionário e histórico moderno como seus críticos, desde Hegel, querem fazer crer. Ver, por exemplo: Vorländer, 1921: 100. Tal conceito pode funcionar em ambas as direções dialeticamente: como um mecanismo de estabilização da assim chamada *Sittlichkeit* (Eticidade) dos sistemas sociais da sociedade burguesa capitalista ou de dominação burocrática de classes e de formas autoritárias de governo econômico, e ele pode – como uma retaliação dialética – “bater de volta” (Müller, 1997:56). Ele pode “bater de volta” porque o direito, e em particular o direito constitucional pode ser usado pelos despossuídos, pelos Estados periféricos e pelas classes mais baixas como um princípio jurídico, uma demanda judicial, ou mesmo como um remédio processual para contraditar interpretações e implementações que estejam a serviço das respectivas classes dominantes.

²⁵ Grande parte da Escola era de conservadores opositores do nacional-socialismo. Böhm era um anti-nazista declarado, especialmente um defensor dos judeus, desde o princípio, e um membro da resistência com estreitas relações com Bonhoefer e Gerdeler. Eucken era um conservador anti-nazista que se opôs fortemente a Heidegger como o primeiro reitor nazista da Universidade de Freiburg (cuja entrada principal até 2011 ainda deixava visível a dedicatória de 1936). Ele era mais ou menos associado com a resistência conservadora. Rüstow era um membro do gabinete das sombras de extrema direita liderado pelo general Kurt von Schleicher e se engajou em uma tentativa de golpe frustrada contra Hitler, tendo sido obrigado a emigrar em 1933. Röpke estava ligado à “revolução” conservadora (*Tat-Kreis*) desde o começo dos anos 1920. Entretanto, ele se opunha fortemente ao fascismo alemão desde o começo, tendo que emigrar, assim como Eucken, para a Turquia, em 1933. Alfred Müller-Armack foi um nazista de primeira hora. Hayek recebeu uma cátedra na *London School of Economics* (LSE) e deixou o continente em 1931. Ele foi o oponente liberal mais radical a Keynes, o qual nesse tempo já era professor na LSE. Apesar disso, a melhor crítica a Hayek vem de Kelsen, 1954:170-210. Como teórico do direito, Hayek era muito próximo a Carl Schmitt. Esse ponto é muito bem colocado por Scheuerman, 2004:172-188; ver também: Vatter, 2010:199-216.

²⁶ Cf. Neumann, 1978:70-74, 79-99.

²⁷ Ver: Tuori, 1933:16. O “sequestro” (*hi-jacking*) foi organizado por: Böhm, 1933.

²⁸ Para uma breve e poderosa crítica das tendências imperiais do ordoliberalismo, ver: Teubner, 2012:30-34.

²⁹ Cf. Müller –Armack, 1960:11-12, 15.

³⁰ Cf. Wegmann, 2010: 91-107, na 93.

³¹ Cf. Tuori/Sankari, 2010: 15.

³² *Ibidem*, 2010, pp. 91-107, na 93.

- ³³ “Essa assimetria está contida já nos tratados de fundação, o que pode ser mostrado por meio do fato de que, ao contrário da maioria das ordens jurídicas dos Estados membros, a política de concorrência da União é garantida constitucionalmente, enquanto o enfrentamento das suas consequências sociais é deixada aos Estados. Dessa forma afastam-se ‘desregulação’ e regulação. Do ponto de vista legitimatório é difícil de se justificar tal arranjo. A divisão entre uma legitimação meramente formal dos mercados e uma legitimação material, por parte dos Estados, de qualquer correção dos efeitos do mercado não faz qualquer sentido diante da crescente interdependência econômica. Se o objetivo é expandir as liberdades para além das fronteiras, é preciso garantir competências que envolvam mecanismos de redistribuição efetivos e politicamente suficientes no nível da União”, Franzius/Preuß, 2011:70 (tradução livre).
- ³⁴ Acerca do currículo secreto (“*hidden curriculum*”), ver: Offe, 2003:437-469, at 463. Para a distinção entre duas ordens constitucionais, ver: Fraenkel, 1999:33-266; Joerges, 2012:357-386, nas 360-361, 366-367, 377-381.
- ³⁵ Wegmann, 2010:94. Art. 2 TCCEE: “Deve ser o objetivo da comunidade, ao estabelecer o Mercado comum e aproximar progressivamente as políticas econômicas dos Estados membros, a promoção, em toda a comunidade, do desenvolvimento harmonioso de atividades econômicas, uma expansão contínua e balanceada, um incremento da estabilidade, um aumento acelerado do padrão de vida e o estabelecimento de relações próximas entre os Estados membros”. Hoje, este artigo foi substituído pelo art. 2 do Tratado de Lisboa “A comunidade deve ter como tarefa, ao estabelecer um mercado comum e uma união econômica e monetária e ao implementar políticas comuns ou as atividades referidas nos artigos 3 e 4, promover em toda a comunidade um desenvolvimento das atividades econômicas de modo harmonioso, equilibrado e sustentável, um alto nível de emprego e proteção social, igualdade entre homens e mulheres, crescimento sustentado e não inflacionário, um alto grau de competitividade e convergência da performance econômica, um alto nível de proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente, a melhoria do padrão e da qualidade de vida, a solidariedade e a coesão econômicas e sociais entre os Estados membros.” Acerca do termo “constituição invisível”, em um sentido ligeiramente distinto, ver: Antje, 2008.
- ³⁶ Ver: Sonja, 2012:20.
- ³⁷ Ver: Weidmann, 2012b:33; Weidmann, 2012a:28 (já citando o artigo de Di Fabio); Di Fabio, 2012:9.
- ³⁸ Ver: Marx, 650-657.
- ³⁹ Ver: Friedman, 1982:15-26, principalmente 20-21.
- ⁴⁰ Ver: Kelsen, 1967:170-210; Tugendhat, 1992:352-370; Streeck, 2012a.
- ⁴¹ Ver: Crouch, 2011.
- ⁴² Mestmäcker, 2012: 5-14, em 9; O mesmo argumento parece ser adequado para a presente crise., ver: Mestmäcker, 2012:12. No mesmo sentido, Milton Friedman e a Escola de Chicago argumentam que a maior ameaça à liberdade política e à liberdade econômica “emerge da política democrática” e necessita ser “impedida por meio de ação política” (Amond, 1991:467-474, em 231).
- ⁴³ Para a tese de que o direito transnacional já realizou uma mutação para um tipo de direito que não pode mais ser relacionado ao poder legislativo, ver: Amstutz/Karavas, 2006: 14-30, sobretudo em 20; cético a esse respeito: Ladeur, 2012:220-254; Albert/ Stichweh, 2007.
- ⁴⁴ Stone-Sweet, 2000:193.
- ⁴⁵ Ver: See Voßkuhle, 2010:175-198.
- ⁴⁶ Ver: Enderlein, 2011.
- ⁴⁷ Cf. Streeck, 2012a:8.

- ⁴⁸ Streeck, 2012a:6. Acerca da unidade entre ordo- e neoliberalismo, ver também: Scharpf, 2011.
- ⁴⁹ *Ibidem*, 2012, p.8.
- ⁵⁰ Ver: Rödl, 2012: 5-8; Joerges, 2012; Böckenförde, 2011: 299-303; Grözinger, 2012. Grözinger chama os mercados financeiros de modo sagaz “uma segunda ordem constitucional”.
- ⁵¹ Paul Krugman afirma acertadamente: “Quinze anos atrás a Grécia não era nenhum paraíso, mas tampouco estava em crise. O desemprego era alto, mas não catastrófico, e a nação podia mais ou menos encontrar seu lugar no mercado mundial, faturando o suficiente de exportações, turismo, transporte naval e outras fontes, para pagar por suas importações” (Krugman, 2012).
- ⁵² Cf. Streeck, 2005.
- ⁵³ Acerca da ideia de “conceito existente”, ver: Nota 26 acima.
- ⁵⁴ Ver: Chalmers/Damian/Hadjjemmanuil/Christos/Monti/Giorgio/Tomkins, 2006; Craig/De Búrca, 2007.
- ⁵⁵ Cf. Tuori; Sankari, 2010:17.
- ⁵⁶ Ver: Alter, 1996:458-487; Alter, 1998:121-147; Hitzel-Cassagnes, 2012.
- ⁵⁷ *Ibidem*, 2010.
- ⁵⁸ Acerca da ambivalência do diagnóstico sobre a fragmentação (o que também é verdade para grandes Estados nacionais), ver: Möllers, 2010: 150-170.
- ⁵⁹ ECJ Nov. 6, 2012, EU-Commission vs. Hungria. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db11f305cc49ce45dbbagd83a1834337eb.e34KaxiLc3qMb4oRchoSaxuKbNbo?text=&docid=129324&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&cc=first&part=1&cid=9743> (7. 11. 2012).
- ⁶⁰ Cf. Teubner, 2003:1-28.
- ⁶¹ Em casos como *Walrave, Bosman, Viking e Laval*, a corte europeia afirmou que liberdades básicas prevalecem sobre direitos básicos. De forma um tanto antidemocrática, direitos básicos são constrangidos por quatro liberdades fundamentais, e particularmente pelas liberdades do grande capital, e não o contrário – como deveria ser em uma ordem democrática igualitária. Ver: Buckel and Oberndorfer, 2009:277-296, na 285.
- ⁶² Weiler escreve: “É possível criar direitos e prover remédios judiciais para escravos. A habilidade para ir a uma corte garantida pela liberalidade dos outros, porém, não é capaz de garantir emancipação, não faz do indivíduo um cidadão. Muito antes de mulheres e judeus terem se tornado cidadãos eles já tinham direitos”(Weiler, 1997:495-519).
- ⁶³ Cf. Fraenkel, 1974.
- ⁶⁴ Cf. Buckel/Oberndorfer, 2009:285.
- ⁶⁵ Cf. Madsen, 2012:55.
- ⁶⁶ Ver: Maus, 1992; para a presente discussão jusfilosófica, ver: Besson, 2011:103-122, em 73-77.
- ⁶⁷ Com referência ao conceito histórico de emancipação, ver: Somek, 2013:8.
- ⁶⁸ Ver: Dann, 2002; Fossum/Menéndez, 2011: 123.
- ⁶⁹ Cf. Bast, 2010:173-180.
- ⁷⁰ Ver: “An ever-deeper democratic deficit”, in: *The Economist* <http://www.economist.com/node/21555927> (18.11.2012).
- ⁷¹ Sobre o curioso e resiliente triunfo da economia ordo- e neoliberal na mídia global, ver: Streeck, 2012b; Schulmeister, 2012:1, 12-13, em 12.
- ⁷² Cf. Brunkhorst, 2007:1-6.
- ⁷³ Crouch, 2004; ver também os argumentos centrais dos últimos livros dos economistas Paul Krugman e Joseph Stiglitz: Hacker/ Pierson, 2012: 55-58; com estatísticas e observações instrutivas: Judt, 2010. Sobre uma forte igualdade entre stakeholders: Christiano, 2010:119-137, at

130-132; sobre “forte igualdade” como condição necessária para a democracia de massas moderna, ver: Crouch, 2004, Capítulo 1.

⁷⁴ Cf. Streeck, 2010:159-173; Cf. Streeck, 2011.

⁷⁵ Nota do tradutor: originalmente, “the stick of the law, or the carrot of money”. A expressão ilustra situações em que um mecanismo combinado de punição e recompensa é utilizado para influenciar um determinado comportamento. Deriva da armadilha da cenoura presa na ponta de um pedaço de madeira utilizada para incentivar um animal, como um cavalo ou uma mula, a andar sem que nunca se alcance a cenoura. Ver: Mayntz, 2010:175-187.

⁷⁶ Sobre os Estados como atores econômicos globais, ver: Brink, 2008.

⁷⁷ Offe, 2012:3; Streeck, 2012a.

⁷⁸ Offe, 2012:6. Sobre a genealogia, ver: Streeck, 2011. O que é crucial para o triunfo neoliberal e que foi perspicazmente reconhecido por Reagan e Thatcher, assim como por seus conselheiros econômicos: que os sindicatos primeiro estão perdendo a forte influência política que detinham, e depois seu poder de organização, seja por opressão direta como no Reino Unido, nos EUA e em democracias de baixa intensidade do assim chamado terceiro mundo, ou por meio de reformas internas que fazem deles às vezes participantes poderosos quase-democráticos em empresas industriais transnacionais, como a Volkswagen, mas sob o preço do interesse geral da classe trabalhadora. Acerca do caso Volkswagen, ver o estudo de caso: Herrigel, 2008:111-133.

⁷⁹ Ver: Mayntz, 2010; Streeck, 2010; veja também o estudo de caso: Streeck/Mertens, 2012.

⁸⁰ See Beckert/Wolfgang 2012:7-17.

⁸¹ Offe, 2012:3. Ver: Scharpf, 2012.

⁸² Ver: Somek, 2013. Ver: Brunkhorst, 1999: 28; Brunkhorst, 1999:54; Brunkhorst, 2007:22-25.

⁸³ Citado de Bogdandy, 2012.

⁸⁴ Ver: Albert/Stichweh, 2007.

⁸⁵ Ver: Offe, 2003:457; sobre o conceito de solidariedade como o interesse geral ou universal de todos nós: Brunkhorst, 2005; sobre constrangimentos normativos: Brunkhorst, 2013; acerca da distinção entre integração negativa e integração positiva, ver: Scharpf, 1999.

⁸⁶ Streeck, 2011. Como uma consequência, a soberania popular foi fragmentada e marginalizada, dentro e fora do Estado Nacional. Ver Prien, 2010.

⁸⁷ Isso retoma uma sugestão de Claus Offe, depois de uma palestra extremamente pessimista de Wolfgang Streeck promovida pela *New School for Social Research* e pela *Deutsche Forschungsgemeinschaft* cujo título era: “Social Research in a Transforming World: Transatlantic Conversations”, em 28 de Fevereiro de 2013.

⁸⁸ Offe conclui: “Os países ricos da Europa ditando aos pobres a cura por meio da austeridade, para que eles mesmos possam readquirir a confiança do setor financeiro. Eles fazem isso apesar de toda evidência de que austeridade é um medicamento extremamente venenoso, cuja overdose pode matar o paciente em lugar de estimular o crescimento e expandir a base tributária. Assim os membros mais fracos da zona do Euro (e eventualmente todos os membros) se tornam ainda mais dependentes de credores e permitem a eles cobrar juros ainda mais altos e potencialmente insustentáveis. Torna-se assim muito difícil de visualizar uma forma pela qual as elites políticas podem escapar desse ciclo vicioso”. (Offe, 2013:13-15).

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Albert, Matthias/Stichweh, Rudolf (2007).** *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*. Wiesbaden: VS.
- Alter, Karen J. (1996).** "The European Court's Political Power". *West European Politics* 19, n. 3, 458-487.
- Amond, Gabriel A. (1991).** "Capitalism and Democracy". *Political Science and Politics* 24, n. 3, 467-474.
- Amstutz, Marc/Karavas, Vaios (2006).** "Rechtsmutationen". *Rechtsgeschichte* 8, 14-30.
- Bast, Jürgen (2010).** "Europäische Gesetzgebung – Fünf Stationen in der Verfassungsentwicklung der EU". In: Claudio Franzius, Franz C. Mayer, Jürgen Neyer (orgs.). *Strukturfragen der Europäischen Union*. Berlin: Nomos, 173-180.
- Beckert, Jens/Streck, Wolfgang (2011).** "Die Fiskalkrise und die Einheit Europas". *Aus Politik und Zeitgeschichte* 4, 7-17.
- Besson, Samantha (2011).** "Das Menschenrecht auf Demokratie – Eine moralische Verteidigung mit einer rechtlichen Nuance". In: Gret Haller, Klaus Günthger, Ulfried Neumann (orgs.). *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa – Gerichte als Vormund der Demokratie?* Frankfurt: Campus, 103-122.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2011).** *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel (suhrkamp taschenbuch wissenschaft). Frankfurt: Suhrkamp.
- Böhm, Franz (2010).** *Wettbewerb und Monopolkampf: eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*. Baden-Baden: Nomos.
- Bogdandy, Armin von (2012, no prelo).** "Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen". *Handbuch des Staatsrechts XI: Internationale Bezüge* (e-manuscript).
- (2012).** "The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations". *The European Journal of International Law*, 23, n. 2, 315-334.
- Brink, Tobias ten (2008).** *Geopolitik: Geschichte und Gegenwart kapitalistischer Staatenkonkurrenz*. Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Brunkhorst, Hauke. (2013, no prelo).** *Critical Theory of Legal Revolutions – Evolutionary Perspective*. London/New York: Continuum.
- (2012).** *Legitimationskrisen – Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- (2007).** "Bürgerlichkeit als Philosophie der Postdemokratie. Ein Beitrag zur Debatte um Jens Hackes Philosophie der Bürgerlichkeit". *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 5, 22-25.
- (2006).** "Bologna oder der sanfte Bonapartismus der transnational vereinigten Exekutivgewalten". *Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaft* 1, 1-6.
- (2005).** *Solidarity: From Civic Friendship To A Global Legal Community*. London/Cambridge: MIT Press.
- (1999).** "Schluss mit der Kritik! Die Generation Berlin und der Affekt gegen den Egalitarismus". *Die Zeite* 45, 4, 11-54.
- (1999).** "Raus aus der Neuen Mitte! Umriss einer künftigen Linken". *Die Zeit* 13, 25-28.

- Buckel, Sonja (2012).** *Welcome to Europe – Juridische Auseinandersetzungen um das Staatsprojekt Europa* (Unpublished Post-Doctoral Thesis). Frankfurt: Goethe-Universität.
- Buckel, Sonja/Oberdonfer, Lukas (2009).** "Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie". In: Andreas Fischer-Lescano, Florian Rödl, Christoph Schmid (orgs.). *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa. Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik*. Baden-Baden: Band 57, 277-296.
- Callies, Christian (2005).** "Das Demokratieprinzip im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund". In: Jürgen Bröhmer, Roland Bieber, Callies, Christine Langenfeld, Stefan Weber, Joachim Wolf (orgs.). *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*. Köln: Heymanns, 399-421.
- Chalmers, Damian/Hadjjemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam (2006).** *European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Christiano, Thomas (2010).** "Democratic Legitimacy and International Institutions". In: Samantha Besson, John Tasioulas, John (orgs.). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 119-137.
- Craig, Paul/De Búrca, Cráinne (2007).** *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- (2004).** *Post-Democracy*. Cambridge: Polity.
- Crouch, Colin (2011).** *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Oxford: Polity.
- Dann, Philipp (2002).** "Looking through the federal lens: the Semi-parliamentary Democracy of the EU". *Jean-Monnet working paper 5/02*. New York: NYU School of Law.
- Dietrich, Jesch (1961).** *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*. Tübingen: Mohr.
- Di Fabio, Udo (2012).** "Das europäische Schuldendilemma als Mentalitätskrise". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 143, 22 Juni, S.9.
- (1998).** *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*. Tübingen: Mohr.
- Dobner, Petra/Loughlin, Martin (2010).** *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Enderlein, Henrik (2011).** "Grenzen der europäischen Integration? Herausforderungen an Recht und Politik". *DFG-Rundgespräch in Zusammenarbeit mit der Friedrich-Ebert-Stiftung*. Berlin.
- Fischer Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2006).** *Regime-Kollisionen Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Forsythe, Murray (1981).** *Unions of States. The Theory and Practice of Confederations*. New York: Holmes.
- Fossum, John Erik/Menéndez, Agustín José (2011).** *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield.
- Fraenkel, Ernst (2001).** *Der Doppelstaat*. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt.
- Franzius, Claudio/ Preub, Ulrich K. (2012).** *Die Zukunft der europäischen Demokratie*. Baden-Baden: Nomos.
- Friedman, Milton (1962).** *Capitalism and Freedom*. Chicago: Chicago University Press.
- Grözinger, Gerd (2012).** "Alternative Solutions to the Euro-Crisis. Some conceptual considerations". *Europe at Crossroads: From Currency Union to Political and Economic Governance*. Workshop at University of Flensburg.

- Grant, Ruth W/Keohane, Robert O. (2005).** "Accountability and Abuses of Power in World Politics". *American Political Science Review*, 99, 1, 29-43.
- Habermas, Jürgen**
(2011). *Die Krise der Europäische Union im Licht einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts*. Manuscript of a lecture given at the Humboldt University in Berlin. 16th June.
(1992). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
(1981). *Theorie des kommunikativen Handelns II*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Hacker, Jacob S./Pierson, Paul (2012).** "What Krugman & Stiglitz Can Tell Us". *New York Review of Books*. V. LIX, 55-58.
- Hardt, Michael/ Negri, Antonio (2002).** *Empire. Die neue Weltordnung*. Frankfurt: Campus.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich**
(1971). *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III*. Frankfurt: Suhrkamp.
(1969). *Wissenschaft der Logik II*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Herrigel, Gary (2008).** "Roles and Rules: Ambiguity, Experimentation and New Forms of Stakeholderism in Germany". *Industrielle Beziehungen*, 15. Jg., Heft 2, 111-133.
- Hitzel-Cassagnes, Tanja (2012).** *Entgrenzung des Verfassungsbegriffs. Eine institutionentheoretische Rekonstruktion*. Baden-Baden: Nomos.
- Hobsbawm, Eric (1994).** *Das Zeitalter der Extreme: Weltgeschichte des 20. Jahrhunderts*. München: Hanser.
- Jesch, Dietrich (1961).** *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*. Tübingen: Mohr.
- Judt, Tony (2010).** *Il Fares the Land*. New York: Penguin.
- Kelsen, Hans**
(1954). "Demokratie und Sozialismus". In: Norbert Leser (org.). *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung.
(1945). "The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin". *American Journal of International Law*. V. 39, 518-526.
- Koskeniemi, Martti (2006).** "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization". *Theoretical Inquiries in Law* 8:9, 9-36.
- Krugman, Paul (2012).** "Greece as Victim". *New York Times*, June 17. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/06/18/opinion/krugman-greece-as-victim.html>. Acesso: 3.11.2012.
- Ladeur, Karl-Heinz (2012).** "Die Evolution des Rechts und die Möglichkeit eines 'globalen Rechts' jenseits des Staates – zugleich eine Kritik der 'Selbstkonstitutionalisierungsthese'". *Ancilla Juris*, 220-254.
- Lübbe, Hermann (1983).** *Aufdringlichkeit der Geschichte. Herausforderungen der Moderne vom Historismus bis zum Nationalsozialismus*. Köln: Verln. Styria
- Ley, Isabelle (2010).** "Brünn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts. Anmerkungen zum zweiten Urteil des tschechischen Verfassungsgerichtshofs zum Vertrag von Lissabon vom". *Juristen-Zeitung* 65 (4), 165-173.
- Maccormick, Neil (1999).** *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Common Wealth*. Oxford: Oxford University Press.
- Madsen, Mikael R. (2011).** "The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist jurisprudence". In: Jonas Christoffersen, Mikael Rask Madsen (orgs.). *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 43-60.

Marx, Karl

(2012). *Das Kapital I*. Berlin: Dietz.

(1972). Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Kritik des Hegelschen Staatsrechts. Berlin: Dietz.

(1852). *Der 18 Brumaire des Louis Bonaparte*. Versão em inglês disponível em: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1852/18th-brumaire/cho2.htm>. Acesso em: 19.03.2012.

Maus, Ingeborg (1992). *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.

Mayntz, Renate (2010). "Die Handlungsfähigkeit des Nationalstaats in der Regulierung der Finanzmärkte". *Leviathan* 38, 175-187.

Menéndez, Agustín José (2004). "Taxing Europe – Two cases for a European power to tax". *Columbia Journal of European Law*, v.10, n.2, 298-338.

Mestmäcker, Ernst-Joachim (2012). "Ordnungspolitische Grundlagen einer politischen Union", *FAZ* 262.

Möllers, Christoph

(2010). "Fragmentierung als Demokratieproblem". In: Franzius, Franz C. Meyer, Jürgen Neyer (orgs.). *Strukturfragen der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, 150-170.

(2005). "Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung". *ZaöRV* 65, 351-389.

(2003). *Gewaltengliederung*. Habilitationsschrift: Heidelberg.

Müller, Friedrich (1997). *Wer ist das Volk? Eine Grundfrage der Demokratie, Elemente einer Verfassungstheorie VI*. Berlin: Duncker & Humblot.

Müller-Armack, Alfred (1960). *Studien zur Sozialen Marktwirtschaft*. Köln: Universität Köln Institut für Wirtschaftspolitik.

Nassehi, Armin (2006). *Der soziologische Diskurs der Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp.

Neumann, Franz (1978). *Wirtschaft, Staat und Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp.

Offe, Claus

(2013). *Interview with a Polish Journal*. (manuscrito online).

(2012). *Interview with a Polish newspaper on the current state of Europe*. (manuscrito online)

(2003). "The European Model of 'Social' Capitalism: Can it Survive European Integration?" *The Journal of Political Philosophy*. V. 11, 4, 437-469.

Osterhammel, Jürgen/Niels P. Petersson (2007). *Geschichte der Globalisierung*. München: Beck.

Prien, Thore (2010). *Fragmentierte Volkssouveränität*. Baden-Baden: Nomos.

Rainer, Wahl (2003). *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*. Frankfurt: Suhrkamp.

Rieckmann, Sonja Puntischer (2010). "Constitutionalism and Representation: European Parliamentarism in the Treaty of Lisbon". In: Petra Dobner, Martin Loughlin (orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 120-139.

Rödl, Florian (2012). "EU im Notstandsmodus". *Blätter für deutsche und internationale Politik* 5, 5-8.

Ruth, W./Robert, O. Keohane (2005). "Accountability and Abuses of Power in World Politics". *American Political Science Review*, 99, 29-43.

Scharpf, Fritz

(2012). "Rettet Europa vor dem Euro!". *Berliner Republik*. Disponível em: <http://www.b-republik.de/aktuelle-ausgabe/rettet-europa-vor-dem-euro>. Acesso: 8. 5. 2012.

(2011). "Integration versus Legitimation: Der Euro. Thesen". Manuscrito apresentado na mesa de discussões da DFG "Grenzen der europäischen Integration?". Berlin.

(1999). *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?* Frankfurt: Campus.

- Scheuerman, William E. (2004).** “The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek”. *Constellations* 4, 172-188.
- Schönberger, Christoph (2005).** *Föderale Angehörigkeit*. Habilitationsschrift: Freiburg.
- Schulmeister, Stephan (2012).** “Statt Sparen – New Deal für Europa”. *Le Monde diplomatique*, Nov., 12-13.
- Somek, Alexander (2013).** “Europe: From emancipation to empowerment”. *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 13-16* (manuscrito online).
- Stone-Sweet, Alec (2000).** *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Streek, Wolfgang**
- (2013). Manuscrito de uma Conferência realizada na New School for Social Research and the Deutsche Forschungsgemeinschaft sobre Social Research in a Transforming World: Transatlantic Conversations.
- (2012a). *Von sozialer Gerechtigkeit und Marktgerechtigkeit* (Manuscrito não publicado de uma Conferência em Verona, Setembro).
- (2012b). “Public Sociology as a Return to Political Economy”. *Transformations of the Public Sphere (SSRC)*. Available at: <http://publicsphere.ssrc.org/streek-public-sociology-as-a-return-to-political-economy/>
- (2011). “The Crisis of Democratic Capitalism”. *New left Review*, 71, 5-29.
- (2010). “Noch so ein Sieg, und wir sind verloren. Der Nationalstaat nach der Finanzkrise”. *Leviathan*, 38, Issue 2, 159-173.
- (2005). *Sectoral Specialization: Politics and the Nation State in a Global Economy*. Artigo apresentado no 37 Congresso Mundial do International Institute of Sociology. (Estocolmo).
- Streeck, Wolfgang/Mertens, Daniel (2012).** “Fiscal Austerity and Public Investment. Is the Possible the Enemy of the Necessary?”. *MPIFG Discussion Paper 11/12*. Disponível em: http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp11-12.pdf. Access: 19.11.2012
- Teubner, Günther**
- (2012). *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalisation and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- (2003). “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zu Staatszentrierten Verfassungstheorie.” *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht*. Bd. 63, n.1, 1-28.
- Tugendhat, Ernst (1992).** *Philosophische Aufsätze*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Tuori, Kaarlo/ Sankari, Suvi (2010).** *The Many Constitutions of Europe*. Edinburgh: Glasgow Law and Society Series.
- Vatter, Miguel (2010).** “Foucault y la ley: la juridificación de la política en el neoliberalismo”. In: Vanessa Lemm (org.). *Michel Foucault: biopolítica y neoliberalismo*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 199-216.
- Vorländer, Karl (1921).** *Kants Leben*. Leipzig: Meiner.
- Vofßkuhle, Andreas (2010).** “Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund”. *European Constitutional Law Review* 6, 175-198.
- Wegmann, Milène (2010).** “European competition law: catalyst of integration and Convergence”. In: Kaarlo Tuori, Suvi Sankari. *The Many Constitutions of Europe*. Edinburgh: Glasgow Law and Society Series, 91–107.
- Weidmann, Jens**
- (2012a). “Der Euro verlangt eine Stabilitätsunion”. SZ 146.
- (2012b). “Die Stabilitätsunion sichern”. *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* 27.

- Weiler, Joseph H. H. (1997).** “To be a European citizen – Eros and Civilization”. *Journal of European Public Policy* 4, 495-519.
- Wenzel, Matiaske (2012).** Gullivers Fesseln: Corporate Social Responsibility als Normbildung? Lecture at Flensburg University.
- Wiener, Antje (2008).** *The Invisible Constitution of Politics*. Cambridge UK: Univ. Press.
- Zürn, Michael (2004).** *Regieren jenseits des Nationalstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

AS FRONTEIRAS RACIAIS DO GENOCÍDIO
// THE RACIAL BOUNDARIES OF GENOCIDE

Ana Luiza Pinheiro Flauzina

>> RESUMO // ABSTRACT

Este artigo discute as características eurocêntricas da justiça penal internacional na caracterização do genocídio e na conseqüente negação da vitimização genocida das comunidades negras na Diáspora. Esta dinâmica é amplamente sustentada pela sobreposição simbólica entre o genocídio como uma categoria geral e o Holocausto, sinalizando padrões históricos que situam a violação de corpos europeus como uma expressão única de terror e desconsideram as expressões do sofrimento negro nos preceitos da justiça internacional. // This article discusses the Eurocentric features of international criminal justice in the characterization of genocide and consequent denial of the genocidal victimization of black communities in the Diaspora. This dynamic is largely sustained by the symbolic overlap of genocide as a general category and more specifically as it was exacted the Holocaust, which positions the violation of European bodies as a unique expression of terror and dismiss the expressions of black suffering from the protections of international justice.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Genocídio; racismo; Diáspora negra; justiça penal internacional; Holocausto. // Genocide; Racism; Black Diaspora; International Criminal Justice; Holocaust.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Doutora em Direito pela American University Washington College of Law. // Doctor of Juridical Science (SJD), American University Washington College of Law.

1. INTRODUÇÃO

Como uma resposta direta às políticas nazistas responsáveis pelo extermínio de mais de seis milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas adotaram a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, em 9 de dezembro de 1948¹. A definição do genocídio é expressa no artigo II da Convenção:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio quaisquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- (a) assassinato de membros do grupo;*
- (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;*
- (c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;*
- (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;*
- (e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.*²

A formulação de um instrumento internacional visando impedir e punir a prática do que Winston Churchill chamou de “um crime sem nome” foi guiada pela necessidade de afirmar o direito de um grupo humano a existir, confrontando-se, dessa maneira, a destruição social e física do Holocausto. Essa perspectiva foi oficialmente declarada na Resolução 96 (I) da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada em 11 de dezembro de 1946, que afirma:

O genocídio é a negação do direito de existência de grupos humanos, como o homicídio é a negação do direito de viver dos seres humanos; tal negação do direito de existência choca a consciência da humanidade, resulta em grandes perdas para a humanidade na forma de contribuições culturais e outros representados por esses grupos humanos, e é contrária à lei moral, ao espírito e aos objetivos das Nações Unidas. Muitos casos de crimes de genocídio ocorreram quando grupos raciais, religiosos, políticos e outros grupos foram destruídos, totalmente ou em parte. A punição do crime de genocídio é uma questão de interesse internacional.

*A Assembleia Geral, por isso, afirma que o genocídio é um crime sob a lei internacional que o mundo civilizado condena, e que os autores, principais ou partícipes – quer particulares, funcionários públicos ou estadistas, e se o crime é cometido por motivos religiosos, raciais, políticos ou de qualquer outra base – são puníveis.*³

A criminalização do genocídio foi, portanto, inspirada pela noção primordial de que os grupos humanos devem ser física e culturalmente preservados.

Apesar de sua vocação humanitária, a Convenção foi concebida como resultado de uma série de debates que expressaram os interesses políticos estratégicos das nações envolvidas⁴. Após a sua aprovação, a importância do instrumento jurídico para o campo internacional de direitos humanos não foi suficiente para absolvê-lo de críticas, particularmente no que diz respeito à sua capacidade objetiva de prevenir e punir o delito.

Depois de mais de 60 anos sob o escrutínio no plano social mais amplo e da esfera jurídica internacional, a definição de genocídio continua a ser a mesma que foi concebida na Convenção de 1948, tendo sido incorporada integralmente nos estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional (TPI).

As discussões atuais sobre os limites da Convenção estão ligadas a uma história de controvérsias sobre o significado do genocídio que existe desde a sua concepção. O diálogo implícito que acompanhou os debates mais abertos, tais como a caracterização do *mens rea*, os grupos a serem protegidos, as dúvidas sobre o genocídio cultural, e o dilema da aplicação da pena referem-se aos grupos sociais e políticos que poderiam ser potencialmente afetados pelas disposições do instrumento legal. Em suma, a questão sobre a definição do genocídio foi, e ainda está, conectada com a preocupação de que indivíduos – como uma representação simbólica de suas nações e grupos sociais – podem ser responsabilizados pelo crime.

A fim de explorar adequadamente esta questão, é preciso reconhecer que o genocídio é uma categoria que não pertence exclusivamente aos restritos circuitos do Direito. Na verdade, o aparente sólido terreno estabelecido pela Convenção de 1948 consiste em um espaço de intensas disputas políticas, no qual a própria noção de genocídio e as questões correlatas levantadas pela criminalização da prática estão em jogo. Essa história de controvérsias pode ser rastreada no próprio processo de conceituação do genocídio e na posterior elaboração da Convenção.

2. CONCEITUANDO GENOCÍDIO: ENTRE VONTADES POLÍTICAS E LIMITAÇÕES LEGAIS

Raphael Lemkin, um advogado de origem judaica nascido na Rússia Imperial (agora conhecida como Belarus), foi quem desenvolveu pela primeira vez o conceito de genocídio. Em sua famosa publicação de 1944, *Axis Rule in Occupied Europe*⁵, Lemkin analisou o sistema legal da ocupação nazista na Europa e cunhou o termo genocídio para representar aquele cenário de violência.

Do ponto de vista intelectual, Lemkin está conectado à longa tradição filosófica que se debruçou sobre a questão da moralidade da colonização europeia como uma preocupação central, desde a invasão e dominação das Américas no século XV⁶. Desenvolvendo sua pesquisa dentro dessa perspectiva, Lemkin criou um conceito de genocídio que estava intrinsecamente associado ao colonialismo.⁷ Como ele afirma em *Axis Rule in Occupied Europe*:

*O Genocídio tem duas fases: uma de destruição do padrão nacional do grupo oprimido; outra, da imposição do padrão nacional do opressor. Esta imposição, por sua vez, pode ser feita sobre a população oprimida que é autorizada a permanecer, ou somente sobre o território, após a remoção da população e a colonização da área por nacionais do opressor.*⁸

Seguindo esta linha de raciocínio, a noção de genocídio de Lemkin é o resultado de uma reflexão sobre os impulsos colonialistas e imperialistas alemães que foram historicamente experimentados em vários contextos diferentes. Como Andrew Fitzmaurice explica, Lemkin “estava tentando ler o passado colonial a partir da perspectiva do presente europeu”⁹. Para este último, o método aplicado pelos conquistadores para subjugar a população local e as populações transplantadas durante o processo de colonização nas Américas foi orientado pelos mesmos princípios que guiaram a execução das modernas formas de genocídio, como o Holocausto¹⁰.

No centro das preocupações de Lemkin, sobre as ações violentas que descreveu como genocidas, estava a “ameaça à existência de uma coletividade e, portanto, ‘à ordem social em si’”¹¹. A ideia original de genocídio, então, foi associada à percepção de uma destruição social ampla, que tinha como importantes elementos homicídios, agressões culturais e assaltos políticos e econômicos sobre os grupos-alvo¹². Nas palavras de Lemkin¹³:

De um modo geral, o genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando materializado por assassinatos em massa de todos os membros de uma nação. Significa a configuração de um plano coordenado de diferentes ações que visam à destruição dos fundamentos essenciais da vida de grupos nacionais, com o objetivo de aniquilar os grupos. Os objetivos de tal plano seriam a desintegração das instituições políticas e sociais, da cultura, da língua, dos sentimentos nacionais, da religião e da existência econômica de grupos nacionais, e a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde, dignidade, e até mesmo da vida dos indivíduos pertencentes a esses grupos. O genocídio é dirigido contra o grupo nacional como uma entidade, e as ações envolvidas são dirigidas contra indivíduos, não em sua capacidade individual, mas como membros do grupo nacional.

Considerando as múltiplas dimensões dos assaltos que configuram o genocídio na formulação original de Lemkin, fica claro que essa engloba uma essência que não é plenamente captada pelas análises tradicionais da Convenção da ONU¹⁴. Para o teórico, a destruição social, econômica, cultural e política da coletividade era o conteúdo a ser protegido pelo novo instrumento jurídico internacional¹⁵.

A ideia geral de genocídio desenvolvida por Lemkin teve de ser ajustada para penetrar no domínio jurídico. O primeiro esboço da Convenção, inicialmente assinada por ele, foi rejeitado pela Assembleia Geral em 1947¹⁶. A linguagem do projeto expressava a ideia do genocídio conectada à morte direta e ao ataque sistemático sobre as estruturas gerais da vida social do grupo-alvo¹⁷. A qualificação do genocídio nos termos propostos por Lemkin foi considerada como muito ampla e uma potencial fonte de ameaça à soberania¹⁸.

No ano seguinte, a Assembleia designou uma comissão *ad hoc* para elaborar um novo projeto da Convenção¹⁹. Os delegados esforçaram-se por

desenvolver um documento que pudesse incorporar os princípios fundamentais do alegado “direito de um grupo humano existir como um grupo”, considerando a tensão política entre os países. Naquele contexto histórico, os Estados Unidos e a União Soviética estavam especialmente diligentes em garantir que suas práticas não seriam identificadas como genocídio²⁰.

Dentre as questões mais importantes debatidas, estavam a de inclusão de grupos políticos na lista de grupos protegidos pela Convenção, bem como a de genocídio cultural²¹. Em relação àquela, a chamada Sexta Comissão decidiu que os grupos políticos e sociais não deveriam ser incluídos como uma categoria protegida pela Convenção, sob o argumento de que seria uma questão da escolha individual pertencer a um grupo dessa natureza, em oposição a raça, religião, etnia ou nacionalidade²².

Nos debates contemporâneos, enquanto alguns autores consideram desnecessária a inclusão formal desses grupos na Convenção, por serem eles protegidos por legislação de direitos humanos e direito humanitário específicas, muitos consideram que “a incapacidade de proteger grupos políticos e sociais constitui o ‘ponto cego da Convenção’”²³.

Quanto à questão do genocídio cultural, o entendimento inicial da Sexta Comissão era de que a Convenção deveria abarcá-lo, bem como quanto ao genocídio “físico”, tendo em vista o fato de ambos representarem uma ameaça à existência de um grupo²⁴.

No entanto, alguns países, como os Estados Unidos, estavam visivelmente desconfortáveis com a linguagem proposta sobre o genocídio cultural²⁵. Lemkin esteve presente nos debates e insistiu sobre a necessidade de se incluir essa importante característica do crime no instrumento²⁶. Depois de defender a ideia em dois projetos, Lemkin finalmente desistiu da inserção explícita do genocídio cultural na Convenção devido à falta de apoio²⁷.

Na versão final, prevaleceu a posição de que o genocídio cultural deveria ser abordado em uma convenção suplementar, sob o argumento de que a Convenção de 1948 dirigia-se apenas às mais “sérias” formas de genocídio²⁸.

Para alguns, a exclusão de genocídio cultural da definição jurídica comprometeu seriamente a compreensão do que seja o genocídio e permitiu a imposição de práticas genocidas não censuradas²⁹.

Analisando o papel específico dos Estados Unidos nesse processo, Ward Churchill considera que:

Para começar, a iniciativa americana em excluir por inteiro os critérios do genocídio cultural da definição legal de 1948, confundiu de tal forma a questão, que ambos os entendimentos acadêmicos e populares sobre o crime – nunca especialmente desenvolvidos, ou bem substanciados – degeneraram-se ao ponto de tornarem-se sinônimo de extermínio em massa. Isto facilitou a continuação – na verdade, intensificação – de políticas discriminatórias contra as “minorias nacionais” americanas nos anos 70 e 80, e avançando na década de 90. Isso também mascarou o fato de que muito do que os Estados Unidos têm implementado como “política de desenvolvimento” no Terceiro Mundo, implicando no subdesenvolvimento deliberado de toda a região e emulsificação

de seus “setores sociais atrasados”, é não só neocolonial em seus efeitos, mas claramente genocida (no sentido no termo desenvolvido por Raphael Lemkin)³⁰.

Na realidade, a decisão de excluir estes importantes aspectos do genocídio no documento final foi baseada principalmente em preocupações políticas dos Estados sobre a possibilidade de que a Convenção poderia atingir suas ações³¹.

No caso da União Soviética, a questão dos grupos políticos, assim como a exploração socioeconômica, foram considerados assuntos sensíveis³². Nos Estados Unidos, o tema do genocídio cultural, diretamente associado com os contínuos assaltos às populações indígenas e outros grupos, foi visto com grande desconfiança³³.

Considerando todas essas polêmicas, fica claro que os delegados estavam restringindo o alcance do genocídio com o objetivo de limitar os fundamentos originais da proteção estrutural da vida dos grupos-alvo conforme propostos por Lemkin³⁴. Houve, portanto, um esforço visível para restringir a definição de genocídio ao elemento mais explícito do crime: a confirmação do assassinato em massa com intenção expressa³⁵. Se a retórica para justificar a restrição da caracterização do crime foi elaborada com alegações de apropriação jurídica, fica evidente que o estreitamento do conceito de genocídio na Convenção esteve ligado a preocupações múltiplas quanto à extensão da aplicabilidade do instrumento.

Apesar de não ser codificado em seus termos originais, o documento final aprovado pela Assembléia Geral em 1948 manteve o significado essencial da proteção do direito de um grupo a existir, como proposto por Lemkin³⁶. Entretanto, apesar de limitar os parâmetros para o reconhecimento do genocídio e supostamente reformular, de modo mais preciso, uma definição considerada ampla, a Convenção é muitas vezes caracterizada como um instrumento com “disposições ambíguas e frequentemente mal entendidas”³⁷, recebendo uma quantidade considerável de críticas no domínio jurídico.

Além disso, os desafios da prevenção e da punição concreta ao genocídio, nos termos estabelecidos pela Convenção, também têm sido uma fonte recorrente de debates.

Mesmo após o estabelecimento de importantes tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que são geralmente considerados como relevantes avanços no enfrentamento a esse tipo de criminalidade, críticas ainda são sistematicamente dirigidas à Convenção e à resposta global ao genocídio.

Considerando esse panorama, é evidente que a falta de consenso legal sobre a amplitude do genocídio e as situações que devem ser avaliadas sob seu âmbito, juntamente com a falta de vontade política dos Estados em cumprir suas obrigações para prevenir e punir o crime, tornaram-se questões centrais.

Este equilíbrio delicado entre rigorosas exigências legais e preocupações políticas estabeleceu o tom das discussões sobre as características do

crime: das amplas abordagens intelectuais no campo de pesquisa sobre genocídio às “decisões técnicas” proferidas pelos tribunais internacionais. Se as controvérsias sobre o texto da lei recebem uma quantidade considerável de análise intelectual e jurídica, comprovando a complexidade do tema, as reivindicações de grupos sociais em todo o mundo, pleiteando acesso à Convenção como um instrumento jurídico eficaz para resolver suas demandas específicas, acrescentam mais uma peça a esse complexo quebra-cabeça.

3. AS DISPUTAS SOBRE O GENOCÍDIO

As delicadas equações do direito penal internacional ganham complexidade no fenômeno mundial do uso de genocídio como um slogan para denunciar a violência. Alguns argumentam que as reivindicações de ativistas, que consideram questões como a distribuição de medicamentos, a fabricação de armas nucleares, o controle de natalidade e as políticas de aborto como formas de genocídio, são muitas vezes mais debatidas do que as “verdadeiras” atrocidades genocidas³⁸. Helen Fein chama a atenção para o fato de que nas décadas de 1960 e 1970, diversos casos de genocídio não tiveram impacto sobre a comunidade internacional:

Entre 1960 e 1979 havia provavelmente pelo menos uma dúzia de genocídios e massacres genocidas – casos incluem os curdos no Iraque, sulistas no Sudão, tutsis em Ruanda, hutus no Burundi, chineses e “comunistas” (...) na Indonésia, hindus e outros bengalis no Paquistão Oriental, os Aché no Paraguai, muitas pessoas em Uganda, o povo de Timor Leste após a invasão indonésia, em 1975, muitos povos em Kampuchea. Em alguns casos, esses eventos agitaram a opinião pública e levaram a grandes campanhas no Ocidente (como no caso das acusações de genocídio durante a guerra civil nigeriana), mas, na maioria dos casos, esses atos passaram praticamente despercebidos na imprensa ocidental e não impactaram os grandes fóruns do mundo.³⁹

Algumas questões devem ser ponderadas para se compreender esse cenário, no mínimo, contraditório. Primeiro: por que a ênfase no genocídio? Por que esse crime específico é utilizado por ativistas em todo o mundo para descrever contextos e práticas sociais violentas? Segundo: se são levados em consideração os episódios seriamente considerados como genocidas por especialistas, por que são tão poucos os aceitos como tal, do ponto de vista jurídico? E terceiro: em que base o direito penal internacional se assenta para o reconhecimento do genocídio?

3.1. REIVINDICAÇÕES DE GENOCÍDIO E O PADRÃO DO HOLOCAUSTO

O fato de ativistas sociais e estudiosos usarem o genocídio para qualificar práticas violentas e discriminatórias da esterilização à prisão e tortura, da falta de assistência humanitária à saúde, é, muitas vezes, alvo de críticas que consideram este um mau uso político do termo⁴⁰.

Essas alegações tendem a ser interpretadas como tentativas apaixonadas e irracionais de chamar atenção da comunidade internacional para violações de direitos humanos relevantes, mas que não podem ser qualificadas como genocídio. Em vez de ressaltar o uso vulgar do genocídio como um termo político na denúncia de violações sociais como um processo negativo, parece ser mais importante perceber esse fenômeno como informativo. O que isso diz sobre o genocídio? O que essas alegações estão nos dizendo sobre este crime, tanto material quanto simbolicamente? O que ativistas e intelectuais objetivam ao estabelecerem a comparação de um contexto social de violência com esse tipo penal?

Para responder a essas perguntas, é preciso entender o que o reconhecimento do genocídio conferiu aos grupos sociais que tiveram suas tragédias categorizadas como tal.

Considerando as disparidades políticas no contexto internacional quanto ao grau de censura conferido aos diferentes cenários de genocídio, o Holocausto continua a ser o caso paradigmático a ser analisado. Na verdade, o Holocausto tornou-se o padrão, sendo o exemplo mais divulgado e politicamente reconhecido de genocídio, aquele em relação ao qual outros episódios são comparados para se discernir os requisitos políticos mínimos para uma reivindicação envolvendo o crime. No entanto, contraditoriamente, é o episódio com o qual nenhuma outra tragédia humana pode se comparar dado o seu alegado estatuto singular.

O uso do genocídio como termo geral empregado para descrever violações dos direitos humanos, está, em grande medida, ligado à resposta política dada ao Holocausto, de punição e reparação. O que os intelectuais e ativistas pretendem alcançar com a caracterização de certas formas de violência social e institucional como sendo genocidas é o grau de censura moral e legal concedido ao Holocausto.

Aqui, é importante considerar que, em termos das consequências mais imediatas, o reconhecimento jurídico do Holocausto foi capaz de auxiliar na suspensão de violações contra as vítimas e na punição dos autores do crime, ainda que, certamente, de forma distorcida e simbólica. Num sentido mais amplo, o reconhecimento internacional das práticas de extermínio nazistas garantiu a implementação de políticas de reparação, tais como a preservação da memória da tragédia e a restituição pecuniária para as vítimas.

A partir desta perspectiva, o genocídio como categoria política é contestado como um instrumento simbólico capaz de produzir respostas materiais em uma ordem mundial em que a indiferença às tragédias humanas é o grande obstáculo a ser superado.

Mesmo que a Carta de Nuremberg não tenha tido a Convenção do Genocídio da ONU como um recurso formal para processar os indivíduos responsáveis pelas políticas do extermínio judeu, foi na acusação de 8 de outubro de 1945, contra proeminentes lideranças nazistas, que o termo genocídio estreou em um documento internacional⁴¹. Se a aprovação de uma convenção paradigmática foi a primeira de várias respostas políticas internacionais ao Holocausto, não se pode negar a ironia de que as acusações de genocídio não são legalmente atreladas às práticas do extermínio nazista.

No entanto, embora outros casos de genocídio tenham sido reconhecidos, o Holocausto continua a ser o paradigma universal, das ostensivas produções midiáticas sobre o tema aos debates atuais sobre dolo nos tribunais *ad hoc* e no Tribunal Penal Internacional.

O fato de que o genocídio e o Holocausto não têm conexões legais, em termos de aplicação formal de sanções, não interfere no capital simbólico responsável por uma resposta política eficaz para o crime, criando espaço para políticas de reparação que vão muito além da limitada esfera do direito penal internacional. Afinal, o Holocausto é o evento que viabilizou politicamente a Convenção das Nações Unidas e, desde então, tornou-se o evento que extraiu consequências práticas do instrumento jurídico de maneira mais efetiva.

A punição dos autores do Holocausto e as políticas de reparação subsequentes são consideradas conquistas notáveis em relação à consciência moral e jurídica de direitos humanos assumida após a Segunda Guerra Mundial. Dentre as políticas reparatórias mais conhecidas está a restituição econômica conferida às vítimas derivadas de ações coletivas nos Estados Unidos.

Em meados dos anos 1990, várias ações judiciais civis foram ajuizadas nos tribunais dos Estados Unidos em nome das vítimas do nazismo contra as empresas e os governos suíço, alemão, francês e austriaco⁴².

Até o momento, os processos resultam em mais de 8 bilhões de dólares a serem partilhados pelas vítimas do Holocausto. O caso envolvendo os bancos suíços, em 1998, foi resolvido por 1,25 bilhão de dólares⁴³. Os procedimentos para o julgamento e o pagamento efetivo das vítimas foram indiscutivelmente um desafio, resultando em um importante *corpus* de jurisprudência que Morris Ratner e Caryn Becker descrevem com precisão:

O caso do banco suíço é o único grande caso do Holocausto que foi totalmente resolvido através de uma ação de classe privada e não através de um acordo internacional. O juiz presidente Edward Korman R., do Distrito Leste de Nova York, juiz federal que presidiu o caso, ampliou a jurisdição do tribunal norte-americano sobre uma classe mundial de vítimas e alvos da perseguição nazista com o objetivo de resolver todas as queixas contra os bancos suíços e outras entidades suíças em um processo. O juiz Korman supervisionou uma plataforma de chamada incrivelmente detalhada e extensa em todo o mundo (incluindo um programa de publicação de vários milhões de dólares de mala direta para listas de sobreviventes e grupos de apoio e de bases comunitárias) e nomeou uma referência especial para desenvolver um plano de atribuição dos fundos de liquidação entre os muitos tipos diferentes de membros de classe. Após a realização de audiências em Nova York e Israel, ele emitiu uma ordem de aprovação, em primeiro lugar, para a liquidação e, depois, mais tarde, para o Plano de Atribuição. O Segundo Circuito manteve ambas as ordens. A lição destes casos nos tribunais dos Estados Unidos pode efetivamente fornecer um fórum para resolver esses tipos de erros históricos extraordinários⁴⁴.

Para alcançar esse resultado, a articulação política de organizações sociais e de forças institucionais foi crucial. Os meios de comunicação, os poderes executivo e legislativo e diversas organizações de base, desenharam o ambiente indispensável, sustentado pelo legado moral do Holocausto para pressionar os bancos suíços a negociarem depois de uma grande dose de resistência⁴⁵.

Um bom exemplo dessa dinâmica consiste nas chamadas “sanções acumulativas”, especificamente concebidas para pressionar os bancos suíços a concordarem com os termos propostos pelos advogados das vítimas do Holocausto. As sanções declararam que:

(1) se um acordo não fosse alcançado até setembro de 1998, o Estado de Nova York e os gerenciadores da cidade iriam parar o depósito dos seus investimentos de curto prazo nos bancos suíços e impediriam os bancos suíços e empresas de investimento de venderem a dívida do Estado e da cidade;

(2) se um acordo ainda não fosse alcançado até novembro de 1998, gestores de investimentos privados investindo para o estado e a cidade seriam instruídos a cessar as suas atividades através de empresas suíças, e

(3) finalmente, outras sanções não especificadas seguiriam se o assunto ainda estivesse pendente⁴⁶.

Em agosto de 1998, um mês após a divulgação das sanções, os bancos suíços capitularam⁴⁷. Em 2001, vários casos contra empresas alemãs, companhias de seguros e bancos foram arquivados como resultado do estabelecimento da fundação alemã “Memória, Responsabilidade e Futuro”, que detém 5 bilhões de dólares para a indenização das vítimas do Holocausto⁴⁸. Também em 2001, foi criada uma fundação austríaca de 1 bilhão de dólares responsável pelo fornecimento de restituição às vítimas do Holocausto em resposta à pressão gerada pelo litígio nos Estados Unidos contra bancos austríacos, resultando em um acordo de 40 milhões de dólares em 1999⁴⁹.

Todos esses casos demonstram o incrível poder de mobilização do Holocausto como um genocídio que conta com grande reconhecimento internacional. O estatuto das vítimas do Holocausto permitiu um sucesso sem precedentes no litígio visando à restituição dos lucros dos bancos, empresas e companhias de seguros que foram gerados pela escravidão e pelo trabalho forçado, entre outras práticas, tais como a retenção do dinheiro das vítimas pelos bancos após o fim da guerra.

Além da condenação das práticas exterminatórias executadas pelos nazistas na esfera criminal, há também a percepção de que a exploração de seres humanos como escravos é imoral, ilegal e deve ser compensada. Trata-se de impressionante exceção no curso da história moderna que tem, de outra maneira, usado o extermínio e a exploração do trabalho como ferramentas essenciais para enriquecer e empobrecer países e populações, sem quaisquer censuras nos planos moral ou jurídico⁵⁰.

É importante notar também que, na interface de aspectos simbólicos e materiais, a criminalização da negação do Holocausto em alguns países

é uma característica importante da resposta a essa tragédia. Nos anos seguintes ao fim da Segunda Guerra Mundial um processo de desqualificação do Holocausto foi promovido por importantes figuras públicas⁵¹. O assalto à memória do Holocausto começaria em solo europeu com publicações como *Le Passage de la Ligne*, de Paul Rassinier, e *Nuremberg ou la terre promise*, de Maurice Bardeche, em 1948, e seriam rapidamente replicados por proeminentes intelectuais antissemitistas, especialmente nos Estados Unidos⁵².

A partir da década de 1950, estudiosos como Austin J. App, Leslie, David Hoggan, Butz Arthur, Richard Verrall, David Irving e muitos outros, disseminaram trabalhos que questionavam a existência das políticas nazistas e, mais importante, o extermínio em massa de judeus durante a Segunda Guerra Mundial⁵³.

Entre as tentativas mais agressivas de desqualificação do Holocausto está *Did Six Million Really Die?*, escrito por Richard Verrall. No livro, Verrall afirma que as narrativas predominantes do Holocausto são “propaganda de atrocidade”⁵⁴ que se somam a “uma crescente mitologia dos campos de concentração e, sobretudo, à história de que nada menos do que seis milhões de judeus foram neles exterminados”⁵⁵.

Além disso, Verrall argumenta que a representação exagerada das tragédias do Holocausto serve como chantagem em favor da comunidade judaica, que “surtiu a partir da Segunda Guerra Mundial como nada menos que uma minoria triunfante”⁵⁶.

Essa perspectiva, divulgada por indivíduos antissemitas e organizações de direita, principalmente na década de 1970, se tornaria a base teórica para a criação de uma das mais importantes organizações voltadas para a negação do Holocausto nos Estados Unidos, o *Institute for Historical Review* (IHR), fundada por Willis Carto e McCalden William em 1978⁵⁷. O IHR tornou-se uma referência internacional para os negadores do Holocausto e criou uma plataforma através do *Journal of Historical Review*, que teve como objetivo conferir credibilidade acadêmica para a literatura negacionista⁵⁸. Além disso, patrocinou conferências internacionais e usou a mídia para fomentar percepções distorcidas do Holocausto.

Naturalmente, o descrédito sistemático e o assalto à memória do Holocausto causaram indignação na comunidade judaica e no público em geral. Do ponto de vista intelectual, vários autores, incluindo Deborah Lipstadt, Seidel Gill e Kenneth Sterns, são reconhecidos no campo de estudos do genocídio por suas contribuições inovadoras que desafiam esse quadro⁵⁹. Do ponto de vista legal, a negação do Holocausto também promoveu respostas diretas vis-à-vis ao reconhecimento do sofrimento das vítimas e da violação da memória da tragédia.

As décadas de 1970, 1980 e 1990 foram marcadas por julgamentos em diversos países, incluindo o Canadá, os Estados Unidos, a Alemanha e a França contra indivíduos considerados negadores do Holocausto. Em seu livro *Holocaust Denial and the Law*⁶⁰, Robert Kahn explora os aspectos jurídicos e políticos dos processos, considerando as diferenças entre as jurisdições.

Independentemente das diferenças dos sistemas jurídicos, o que é importante reter do debate sobre a criminalização da negação do Holocausto é o grau de proteção que esse evento histórico alcançou. Negar ou banalizar o Holocausto não é apenas uma prática imoral, é uma prática ilegal em muitos países. A lei existe para apoiar versões históricas do passado e garantir que a memória coletiva de um grupo social não seja violada⁶¹. É o reconhecimento final de que o direito de um grupo existir é composto pelo direito de um grupo a ter um passado, uma narrativa histórica que sustenta a identidade coletiva baseada em padrões culturais, episódios épicos, mitos e também pelas tragédias partilhadas pelos membros de uma comunidade.

O grau de censura associado à negação do Holocausto indica um entendimento de que se a resposta ao genocídio, no curto prazo, está ligada à criminalização dos responsáveis e às reparações mais imediatas às vítimas, a disputa de longo prazo é pela integridade do episódio, pela necessidade de se lembrar as vidas que foram perdidas e pela responsabilidade que deve surgir a partir das práticas de extermínio. A história, portanto, é a grande peça em disputa e o Holocausto foi o episódio moderno capaz de definir o tom das narrativas autorizadas a circular na esfera pública.

Considerando as dimensões simbólicas inscritas na criminalização da negação do Holocausto, pode-se compreender algumas das raízes elementares da disputa sobre o genocídio como uma categoria reivindicada por ativistas e acadêmicos em todo o mundo. Num contexto global em que episódios violentos inspirados pelo racismo constantemente ocorrem, o grande desafio é tornar o sofrimento local relevante. Isso é exatamente o que foi alcançado com o reconhecimento político do Holocausto. Fundamentalmente, o Holocausto não é apenas um problema judaico contextualizado nos limites de um conflito europeu. Ao contrário, é percebido como uma tragédia humana. É um episódio que se baseia na noção de que as violações de grupos sociais não podem ser subsumidas nas justificativas de contextos históricos, devendo ser reconhecidas como danos aos seres humanos em geral.

Em um período definido pelo extermínio de tantos povos e gentes, o extermínio dos judeus é uma tragédia partilhada por todos. Este é o significado essencial e mais importante que o Holocausto emprestou ao genocídio, confirmando seu poder no imaginário social.

O fato desse episódio histórico ter sido capaz de gerar tantas respostas políticas é tema de diversas análises conduzidas por estudiosos do genocídio. No centro da questão está o debate sobre a singularidade do Holocausto.

3.2. O DEBATE DA SINGULARIDADE EM PERSPECTIVA

A controvérsia sobre a singularidade do Holocausto começou simultaneamente com o crescente campo de estudos da sociologia e antropologia sobre o genocídio. As investigações sobre essa categoria, que ainda são em grande parte produzidas por estudiosos com formação acadêmica nos Estados Unidos, Canadá e Israel, começaram em 1970 e cresceram

consideravelmente nos anos 1980, momento em que perguntas sobre a singularidade do Holocausto se tornaram mais vívidas⁶². Desde então, tal debate tornou-se um tema central na agenda acadêmica do campo de estudos sobre o genocídio.

Em variados campos das ciências sociais – teologia, filosofia, sociologia, antropologia, dentre outros – autores⁶³ que defendem a perspectiva da singularidade sustentam o argumento geral de que o Holocausto tem uma natureza singular que o distingue de outros casos de genocídio⁶⁴. Alguns argumentos comuns apresentam o número de vítimas, os métodos e eficiência da execução, e a questão do dolo do Holocausto como prova de seu status único no violento contexto da modernidade⁶⁵.

Gavriel Rosenfeld, um defensor desta perspectiva, explica que este paradigma começou a ser desenvolvido como uma tendência intelectual durante as décadas de 1970 e 1980 para enfrentar uma inclinação acadêmica de se historicizar e politizar o Holocausto. Para ele, essa foi uma “resposta defensiva às tentativas de se banalizar o evento para fins apolo-géticos ou revisionistas”⁶⁶.

Entre os argumentos mais populares defendendo a ideia da singularidade estão os formulados por Yehuda Bauer e Steven Katz, em 1980 e 1990, respectivamente. Para Bauer, o Holocausto foi um evento que merece uma designação separada do genocídio dada a sua natureza extrema e é, portanto, “qualitativamente diferente de outros casos de genocídio”⁶⁷.

A abordagem desenvolvida por Katz sobre o argumento da singularidade, que seria mais tarde duramente criticada, considera o Holocausto como o único caso verdadeiro de genocídio. Em sua extensa obra, *The Holocaust in Historical Context*, publicado pela primeira vez em 1994, o autor pretende demonstrar a forma como o “holocausto é fenomenologicamente único”⁶⁸. Para comprovar a singularidade do Holocausto, Katz restringe o conceito de genocídio:

Por mim, vou usar a seguinte definição rigorosa: o conceito de genocídio se aplica apenas quando há uma intenção atualizada, porém realizada com sucesso, para destruir fisicamente todo um grupo (como um grupo é definido por autores do crime). (...) A intenção de eliminar fisicamente apenas uma parte de um grupo – em contraste com a Convenção da ONU e definições mais alternativas propostas por outros, não vou chamar de genocídio. (...) Qualquer forma de assassinato em massa que não está de acordo com a definição dada aqui, embora não necessariamente menos imoral, não será identificada aqui como uma ocasião de genocídio”⁶⁹.

Embora ambos os autores tenham esclarecido as suas posições ao longo dos anos, reconhecendo explicitamente o sofrimento de outros grupos humanos e até mesmo aplicando categorias diferentes para definir o Holocausto, como o uso de Bauer de “sem precedentes” em vez de “único”, fica claro que a compreensão do Holocausto como uma tragédia singular ainda permanece no centro de suas análises⁷⁰.

A tentativa de perpetuar a memória do Holocausto como excepcional não se restringe ao circuito acadêmico. Sua natureza idiossincrática é

veementemente defendida por nomes de destaque na comunidade judaica, especialmente nos Estados Unidos. Para eles, o extermínio praticado pelos nazistas contra judeus é não só considerado único, como os esforços intelectuais em comparar o Holocausto com outras tragédias humanas são lidas como expressão de antissemitismo.

Segundo o rabino Irving Greenberg, fundador do Centro de Recursos do Holocausto e primeiro diretor da Comissão do Memorial do Holocausto nos Estados Unidos, comparar outros genocídios ao Holocausto é uma “blasfêmia”⁷¹. Elie Wiesel, sobrevivente do Holocausto e premiado com o Nobel da Paz em 1986, também considerou esse tipo de comparação como uma “total traição da história judaica”⁷². Em *Denying the Holocaust*, Debra Lipstadt, professora de estudos judaicos modernos e Holocausto da Universidade de Emory, chamou o processo de se comparar o Holocausto com outros eventos históricos como “equivalências imorais”⁷³.

Essa representação irreconciliável do Holocausto como uma tragédia distinta tem sido amplamente criticada⁷⁴. Um contra-argumento geral sustenta que não há razões históricas para sustentar esta afirmação⁷⁵. Particularmente, estudiosos indígenas norte-americanos desenvolveram um consistente corpus teórico para abordar esta questão.

O historiador David E. Stannard foi um dos primeiros intelectuais a desafiar o conceito da singularidade, levando em consideração o genocídio de populações indígenas durante o processo de colonização. A publicação de seu livro *American Holocaust* em 1992, no qual ele descreve esta realidade de extermínio, começou a popularizar a expressão e, naturalmente, provocou muitos debates⁷⁶.

Em outro importante artigo, Stannard⁷⁷ considera os principais argumentos desenvolvidos por aqueles que defendem a singularidade do Holocausto e os desafia com base em argumentação histórica e política. Entre outras questões, o autor analisa as inconsistências no argumento da singularidade levando em consideração questões como a porcentagem da população afetada pelo processo de extermínio⁷⁸, a forma como se deu a campanha de genocídio⁷⁹, os meios de destruição usado pelos autores do delito⁸⁰ e a questão do dolo.

Outras abordagens que criticam a perspectiva da singularidade destacam o uso da retórica da singularidade como uma ferramenta política que serve como uma justificativa moral para se descartar reivindicações de genocídio.

Desse ponto de vista, o paradigma da singularidade coloca obstáculos ao reconhecimento e enfrentamento de outros genocídios. Mais explicitamente, ajuda a silenciar os extermínios passados responsáveis pela fundação dos Estados Modernos. De uma forma discreta e mais eficaz, serve como escudo simbólico e político de modo que as atuais práticas genocidas possam ser minimizadas ou negligenciadas. Como Lilian Friedberg aponta:

Não é uma questão de contabilidade ou de vencedores e vencidos na batalha da minoria mais martirizada. Não é uma questão de vitimologia comparativa, mas de sobrevivência coletiva. A insistência na incomparabilidade e na “singularidade” do Holocausto nazista é

*precisamente o que proíbe a compreensão coletiva de genocídio como um fenômeno de “civilização” ocidental, não como uma série de eventos históricos reiterativos, cada um em seu próprio caminho “único”. É o que inibe a nossa capacidade de nomear causas, antecipar os resultados e, acima de tudo, envolver-se em ação política e intelectual de enfrentamento diante de experiências contemporâneas.*⁸¹

Nesta constelação de nuances políticas, a insistência no paradigma da singularidade tem consequências especiais no reforço das características eurocêntricas de direito penal internacional e na sobreposição simbólica do genocídio ao Holocausto.

4. NEGLIGENCIANDO O SOFRIMENTO NEGRO: O IMPACTO SIMBÓLICO DA CRIMINALIZAÇÃO

Para capturar os limites impostos ao reconhecimento do genocídio, dadas as restrições legislativas e o entendimento jurisprudencial hegemônico, deve-se considerar a dimensão simbólica atrelada à persecução do crime. As ambiguidades intrínsecas do direito penal internacional, ainda considerado um “ramo muito rudimentar de direito”⁸², com relação à falta geral de esclarecimento em relação aos delitos, às limitações relativas à determinação de uma escala de sanções e às inconsistências sobre questões processuais têm conduzido a questionamentos sistemáticos de sua legitimidade⁸³.

Se a discussão sobre a prevenção e punição ainda se configura como um tópico complexo, se o sacrifício de normas do direito penal afeta a legitimidade da disciplina, então o valor simbólico do direito penal internacional parece ser a principal base para justificar o sistema. Isto é especialmente verdadeiro quando se observam os padrões conservadores de acusação e as determinações judiciais no âmbito do genocídio, que pretendem representar uma declaração incontestável da repulsa da “comunidade internacional” ao que é considerado o crime mais hediondo na escala das atrocidades em massa.

Nessa dinâmica, a relação íntima entre racismo e genocídio tornou a discussão sobre a reprodução simbólica do primeiro no reconhecimento judicial do crime um desafio. Na verdade, a ausência de uma análise mais profunda do impacto do racismo nas decisões judiciais não é exclusiva da discussão sobre o genocídio, configurando um padrão mais amplo de silenciamento nos domínios da teoria jurídica internacional⁸⁴. Como Ruth Gordon aponta, “o discurso de direito internacional tradicional está estruturado em termos de igualdade formal e raça parece ser um fator quase inexistente. A teoria jurídica internacional raramente menciona a questão racial e muito menos a emprega como base de análise”⁸⁵.

A ausência de um arcabouço teórico mais articulado na abordagem dessa questão promove um silêncio que, como Edson Cardoso aponta, é “cheio de significados”⁸⁶. No centro dessa encruzilhada está a própria negação do “poder institucionalizado da supremacia branca”⁸⁷, como

uma das forças mais proeminentes a orientar tanto a perpetração de atrocidades em massa quanto a aquiescência das instituições internacionais com os cenários de violência⁸⁸.

Esse horizonte jurídico internacional que formalmente proscreveu a manifestação do racismo, enquanto é ainda complementarmente influenciado pelas normas degradantes da supremacia branca, é responsável por uma administração distorcida do genocídio⁹⁰.

Visivelmente, tanto a perpetração do crime quanto a passividade do sistema de justiça penal internacional em resposta aos horrores do genocídio têm um impacto especial sobre as comunidades negras, à luz das representações históricas peculiares que enxergam este grupo social como o antônimo de humanidade⁹¹.

Nesse processo, o alto grau de vulnerabilidade em torno da vida negra é cultivado por atos de incontestável terror patrocinados e sancionados pelo Estado que visam a controlar o que são categorizados como “corpos indomesticáveis”.

Aqui, deve-se perceber que o exercício de formas extremas de assalto à vida negra em um contexto internacional que abraça a retórica do igualitarismo e do multiculturalismo não poderia ser alcançado senão através do investimento na desumanização simbólica de pessoas negras⁹². Considerando esta afirmação, o que se argumenta é que, além desse processo mais evidente de construções em torno da “desumanidade negra”, este investimento também é feito de forma indireta pela recuperação da noção de “humanidade branca” e sua justaposição com a noção de humanidade em si⁹³.

Na verdade, o equacionamento da noção de humanidade com a “humanidade branca” não traz qualquer tipo de novidade por si só na forma como a supremacia branca se estrutura. Essa operação pode ser atribuída aos primeiros impulsos da colonização europeia no século XV e, mais explicitamente, na expansão do império colonial europeu nos séculos XVIII e XIX, tendo a noção do “fardo do homem branco” como sua imagem mais bem acabada.

A superioridade da branquitude, forjada nas formulações do Iluminismo e nas subsequentes teorias abertamente racistas do século XIX, investiu sobre as características superiores em termos “intelectuais, estéticos e físicos”⁹⁴ de pessoas brancas, cuidadosamente observando as prescrições do patriarcado⁹⁵. A ênfase era dada sobre os aspectos positivos da branquitude que trariam o “desenvolvimento” e o “progresso” da “civilização” para o resto do mundo, justificando os perversos impulsos colonialistas e imperialistas europeus⁹⁶.

A construção da supremacia patriarcal branca de um senso de humanidade ligado aos aspectos positivos da branquitude seria ferida pelos trágicos acontecimentos da II Guerra Mundial. O terror materializado em câmaras de gás e campos de concentração, o extermínio gratuito e a imposição do sofrimento dentro do perímetro europeu acrescentaram outras dimensões para o significado da humanidade. Compreender as dimensões do Holocausto e seu “horror sem palavras”⁹⁷ exigiu uma racionalização por meio da qual a humanidade também seria definida por sua vulnerabilidade.

Portanto, embora o potencial da racionalidade ainda constitua uma moldura para a superioridade branca, a vitimização, melhor simbolizada pela violação sistemática do “ser humano por excelência”, ou seja, o homem branco heterossexual, também foi incorporada como uma marca distintiva fundamental da humanidade.

Se a humanidade, dados seus superiores atributos físicos e intelectuais, era caracterizada principalmente pela capacidade de governar e explorar antes da II Guerra Mundial, após esse episódio a possibilidade de ser vítima também constituiria um aspecto importante da condição humana.

Foi na busca fundamental pela defesa contra danos causados a seres humanos, agora também identificados como os que são submetidos às relações de terror, que uma série de legislações internacionais foram adotadas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁸ e a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio⁹⁹.

A incorporação de corpos brancos nas categorias da vitimização teve um impacto definitivo sobre a estrutura da justiça penal internacional e, particularmente, sobre a administração judicial de genocídio. Focando exclusivamente nas dimensões simbólicas da criminalização conectadas à representação da negritude, observa-se um claro padrão decorrente tanto do reconhecimento judicial quanto da negação da ocorrência do crime. Aqui, há uma visível tensão em torno das possíveis combinações raciais do *status* de vítimas *versus* réus. Claramente o genocídio é empregado no reforço dos estereótipos habituais, em especial entre aqueles racializados sob a mesma categoria.

Neste cenário simbólico peculiar, o reconhecimento de uma “tragédia branca”¹⁰⁰, como o Holocausto, é feito com ênfase no papel da vítima. As narrativas de condenação são, em grande medida, ligadas à demonização individual dos autores mais proeminentes ou servem para enfatizar as práticas genocidas como uma expressão única e inapreensível do mal¹⁰¹.

Mesmo que o papel de espectadores na perpetração do crime também seja acentuado na literatura do Holocausto¹⁰² e as várias restituições concedidas às vítimas deste evento histórico, como resultado de litígios civis¹⁰³ indiquem a assunção de uma concepção mais ampla de autoria e responsabilidade, o fato é que a censura ainda está intrinsecamente ligada às práticas de extermínio.

De fato, a decisão que sustentou a preferência de processos judiciais contra as lideranças nazistas ao invés de execuções sumárias dos autores mais proeminentes, sustentadas pela Grã-Bretanha e a União Soviética, baseou-se, em grande medida, na necessidade de preservar a população alemã de uma representação coletiva depreciativa¹⁰⁴. Como Michael Scharf ressalta:

*(...) processos judiciais individualizariam a culpa pela identificação de autores específicos em vez de deixar a Alemanha com um sentimento de culpa coletiva. Finalmente, tal julgamento permitiria às potências aliadas, e ao mundo, identificar uma penalidade exata para a liderança nazista, e não para a população civil da Alemanha.*¹⁰⁵

Seguindo este *animus* original, a condenação das práticas de genocídio durante o Holocausto não se confundiu com uma demonização simbólica dos grupos sociais brancos na Alemanha e em outros lugares.

Com os sinais invertidos, é também possível reconhecer as tragédias entre africanos, tal como em Ruanda. Nesse caso, a retórica é conectada à imagem do primitivismo e da selvageria¹⁰⁶. Aqui, as narrativas retratam vítimas e autores como uma espécie de “massa perdida de seres humanos” lutando guerras irracionais¹⁰⁷.

Como Bhakti Shringarpure assinala

*“as especificidades dessas guerras são minimizadas e são frequentemente representadas como uma ‘competição entre os brutos’ ou uma explosão de antigas rivalidades’ tribais ‘sem quaisquer ligações com a experiência e a história do colonialismo europeu e seus retumbantes e duradouros efeitos’.*¹⁰⁸

Deste ponto de vista, o genocídio torna-se uma criação intrínseca do “mundo incivilizado”, da qual autores e vítimas são responsáveis dada sua natureza inerentemente violenta.

Os casos menos reconhecidos de genocídio nas esferas política e jurídica são aqueles em que o crime é cometido por setores brancos e as vítimas são não-brancas.

Desde a adoção da Convenção sobre Genocídio há uma visível tendência de se bloquear o acesso às consequências materiais e simbólicas do reconhecimento do genocídio, quando o crime é cometido como resultado das demandas da supremacia branca para a vitimização de populações negras. Nesses casos, as históricas denúncias das vítimas, sublinhando a existência de arranjos genocidas promovidos por Estados predominantemente controlados por elites brancas e “práticas genocidas socialmente sancionadas”¹⁰⁹ têm sido sistematicamente rejeitadas. Nessa dinâmica, a rotulagem de genocídio para caracterizar vários cenários de violência tornou-se uma heresia retórica e jurídica.

Esta obstrução à caracterização do genocídio tem impactado particularmente o reconhecimento do crime assaltando comunidades negras na Diáspora. De fato, o arcabouço teórico sobre o genocídio contra os negros na Diáspora é, como João Vargas aponta, “decepcionante”¹¹⁰. Tanto no campo de estudos do genocídio como na esfera jurídica, as denúncias de genocídio que contam com o menor grau de visibilidade são aquelas ligadas a este grupo social. Em suma, a celeuma se desfaz quando o genocídio é associado à experiência histórica e atual dos negros, especialmente nas Américas.

Aqui se pode visualizar as restrições existentes da estrutura jurídica internacional no reconhecimento do “sofrimento negro”. Esse padrão é reproduzido tanto na total exclusão de negros do conjunto eficaz de proteções e garantias promovido pelo paradigma dos direitos humanos quanto na recusa da justiça penal internacional em reconhecer como genocídio os ataques sistemáticos sobre às comunidades negras.

Este processo de negação tem sido sustentado essencialmente pela imposição de uma armadura jurídica em torno do termo que indica a

impossibilidade de reconhecer o crime. Há uma administração específica do delito que visa difundir a resistência política a reconhecê-lo como uma limitação do tecnicismo jurídico. Nessa dinâmica, prevalece uma recusa a se reconhecer a indiferença histórica do sistema legal ao sofrimento negro e à consolidação dos mandamentos da supremacia branca como bases fundamentais para a exclusão do genocídio como uma categoria viável na Diáspora.

Desta feita, se as barreiras aparentes para o reconhecimento de genocídio estão ligadas a questões normativas no nível da retórica, tendo como exemplo mais ilustrativo a questão do dolo, na prática, elas se encontram no fato de que as condenações individuais indiscutivelmente representaram uma condenação simbólica dos sistemas de extermínio.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se concluir que os representantes das elites brancas na diáspora não se encaixam nos padrões de réus na destruição de comunidades negras, porque os sistemas de supremacia branca não devem ser desafiados.

Em última análise, o que se observa é a separação total de disposições legais internacionais do sofrimento negro. Há uma evidente naturalização do terror de Estado visando corpos negros, apesar da celebração do valor imperativo do direito internacional de direitos humanos, que tem a proscrição de genocídio como um dos seus mais célebres bastiões.

>> NOTAS

- ¹ United Nations (UN), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277.
- ² G.A. Res. 96 (I), U.N. Doc. A/RES/96(I) (Dec. 11, 1946).
- ³ Id.
- ⁴ Churchill, 2001.
- ⁵ Lemkin, 2005
- ⁶ Fitzmaurice, 2008, p.55-6.
- ⁷ Um dos estudos mais completos desenvolvidos por Lemkin em relação à aplicação da noção de genocídio no mundo colonial foi uma análise do que ele descreveu como “genocídio colonial espanhol”. Suas descrições de genocídio na esfera colonial foram profundamente influenciadas por Bartolomé de Las Casas, que interpretava a existência de direitos de populações indígenas com base nos princípios da lei natural. Alguns pontos de análise de Lemkin no contexto colonial espanhol são dignos de nota. Considerando o aspecto físico de genocídio, Lemkin se refere a três tipos: massacres para conquistar o território, massacres para acabar com as rebeliões e exposições gratuitas de violência. Uma observação importante é que Lemkin considerava a escravidão como parte do elemento físico do genocídio. Ele entendia a “privação de meios de subsistência”, como “escravidão genocida”. Com relação à atribuição de responsabilidade pelo crime, Lemkin acentuou o papel dos colonizadores no processo. Ele considerou os oficiais militares como “aplicadores da lei do genocídio” e também responsabilizava os colaboradores indígenas espanhóis pelo extermínio. Para ele, a corte em Madri também deveria assumir uma responsabilidade compartilhada, tendo em vista que “eles tinham o poder e o dever de interferir com base em ordens reais”. Lemkin também considerava essencialmente genocida a agressão cultural sobre as populações indígenas. Seus escritos destacavam o fato de que os conquistadores desenvolveram estratégias para destruir a cultura indígena e substituí-la pela sua. Esse é o mesmo argumento que ele usou para justificar a existência do genocídio na Europa, com a ocupação alemã. Esse quadro permitiu a Lemkin teorizar sobre o Holocausto e a experiência colonial espanhola usando o genocídio como uma categoria principal, confirmando que a sua formulação foi desenvolvida para qualificar uma vasta gama de episódios históricos marcados pela destruição social generalizada.
- ⁸ Lemkin, cf. nota 5, p.79.
- ⁹ Fitzmaurice, cf. nota 6, p.75
- ¹⁰ Moses, cf. nota 7, p.13,37.
- ¹¹ Shaw, 2007,p.18.
- ¹² Id., p.19.
- ¹³ Lemkin, cf. nota 5, p.79.
- ¹⁴ Moses, cf. nota 7, p.13-37.
- ¹⁵ Lemkin, cf. nota 5, p.79.
- ¹⁶ Churchill, cf. nota 4, p.363-64.
- ¹⁷ Id., p.365.
- ¹⁸ Id.
- ¹⁹ Id., p.364.
- ²⁰ Id., p.365.
- ²¹ Id.
- ²² Lippman,1994.
- ²³ Verdirame 2000:578-581.

- ²⁴ Churchill, cf. nota 4, p.367.
- ²⁵ Id.
- ²⁶ Docker., 2008:81-2.
- ²⁷ Id.
- ²⁸ Lippman, cf. nota 22, p.477-8.
- ²⁹ Churchill, cf. nota 4, p.388.
- ³⁰ Id.
- ³¹ Id., p.365.
- ³² Id.
- ³³ Id.
- ³⁴ Id., p.368.
- ³⁵ Id.
- ³⁶ Costa Vargas, 2008.
- ³⁷ Lippman, cf. nota 22.
- ³⁸ Fein, 2006:74.
- ³⁹ Id., p.75.
- ⁴⁰ Vargas, cf. nota 36:6.
- ⁴¹ Van Schaack, 2007:224.
- ⁴² Ratner/Becker in Bazylar2006.
- ⁴³ Bazylar., 2003:23.
- ⁴⁴ Ratner; Becker, cf. nota 42, p.346-47.
- ⁴⁵ Id., p.348.
- ⁴⁶ Bazylar, cf. nota 43, p.23.
- ⁴⁷ Id.
- ⁴⁸ Newborn,2003:615-6.
- ⁴⁹ Id.:617.
- ⁵⁰ O caráter excepcional dos processos judiciais de reparação das vítimas do Holocausto nos Estados Unidos ganha especial relevância quando se considera o fracasso do litígio reparatório para escravidão. Os parâmetros legais que descartam as reivindicações reparadoras para a escravização de africanos e seus descendentes baseiam-se em dois pilares fundamentais. O primeiro refere-se aos limites temporais impostos ao reconhecimento dos direitos. Neste caso, o argumento oficial inverte o raciocínio de responsabilidade e afirma que a compensação não pode ser concedida porque houve atraso ou negligência por parte dos afro-americanos ao enfrentar a questão (Best/Hartman, 2005). Essa posição ignora os esforços históricos de afro-americanos para fazer o Estado responsável pelas brutalidades e a exploração do trabalho ilegal, que ocorreram durante o período da escravidão. Na verdade, o litígio buscando compensação monetária para o enriquecimento injustificado do Estado americano pela exploração de trabalho escravo no país data de 1800. Esse entendimento estreito também contradiz o raciocínio dos autores que vêem a passagem do tempo e a falta de qualquer reconhecimento ou reparações como uma intensificação da violação original e não como a evasão do direito de processar o Estado. Deve-se também levar em consideração perspectivas conflitantes sobre o “tempo da escravidão”. Aqui, os parâmetros legais rígidos são desafiados por uma noção que defende a escravidão como uma violação contínua, uma “sentença de morte reestabelecida e transmitida através das gerações” (Churchill, 2001). Nesse contexto, o direito de buscar reparação não pode ser descartado, porque o tempo da escravidão é ainda presente com as vívidas expressões de terror que são reproduzidas pela omissão institucional para confrontar o passado e o engajamento em novas formas de violência visando este grupo social.

O segundo argumento legal refere-se aos modelos judiciais de reparação que correspondem aos direitos individuais. Esse entendimento determina que as alegações de violação devem ser capazes de identificar as “vítimas e perpetradores, a motivação inequívoca, dano limitado e certo, e a aceitação de que a remuneração acordada será definitiva” (Lemkin, 2005). Do ponto de vista jurídico, esta abordagem liberal individualista é considerada o principal obstáculo para a concessão efetiva da reparação aos afro-americanos. Como Best e Hartman explicam: “Primeiro, este paradigma de prestação de contas torna nulo todos os pedidos de reparações negras, já que as vítimas e perpetradores da escravidão estão mortos há muito tempo. Segundo, o foco no indivíduo nas fórmulas legais liberais no processo de remediação faz uma conta difícil da opressão do grupo e das desigualdades estruturais. Finalmente, o foco sobre as vítimas e os agressores identificáveis coloca em primeiro plano a indiferença da lei para entrelaçadas e complexas teias de causalidade” (2005, p.8).

Portanto, a própria estrutura da ação judicial é baseada em padrões discriminatórios que dificultam os afro-americanos de postularem suas reivindicações reparatórias. Aqui, pode-se observar o apagamento das vozes das vítimas coletivas e a negação do envolvimento de múltiplos atores, incluindo o Estado, nas brutalidades da empresa da escravidão. No final, este acordo serve como uma confirmação de que os processos de sofrimento desencadeados pela escravidão negra são sacrificados nas concepções limitadas da lei e da propriedade e não penetram no domínio jurídico (Fitzmaurice, 2008).

⁵¹ Churchill, cf. nota 4, p.19-20.

⁵² Id., p.20.

⁵³ Id., p.19-21.

⁵⁴ Richard, 1974. (Deixar esta informação apenas na bibliografia final)

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Churchill, cf. nota 4, p.21.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ É importante destacar que, embora as obras desses intelectuais constituam uma importante resposta às reivindicações de negação do Holocausto, eles também se envolvem com uma perspectiva que celebra a singularidade do evento. Nesta linha de raciocínio, a censura não é dirigida apenas para os argumentos que tentam desacreditar o Holocausto, mas a qualquer perspectiva comparativa que se estabeleça entre este e outros casos de genocídio.

⁶⁰ Kahn 2004.

⁶¹ Douglas/Lies, 1995:367-73.

⁶² Fein, cf. nota 38, p.75.

⁶³ Alguns importantes autores que subscrevem a singularidade do Holocausto são: Steven Katz, Yehuda Bauer, Lucy Dawidowicz, Leni Yahil, Michael Marrus, Deborah Lipstadt, and Martin Gilbert.

⁶⁴ Katz, 1992.

⁶⁵ Katz, cf. nota 64, p.162-92.

⁶⁶ Id., p.30.

⁶⁷ Id., p.35.

⁶⁸ Katz, 1994:27.

⁶⁹ Id., p.128-33.

⁷⁰ Moses, 1999:7-15.

⁷¹ Friedberg, 2000:353-4.

⁷² Finkelstein, 2000:45.

⁷³ Lipstadt, cf. nota 59, p.212.

⁷⁴ Entre os autores que desafiaram o conceito da singularidade do Holocausto estão: Hannah Arendt, Irving Louis Horowitz, Israel Charny, Helen Fein, Simon Wiesenthal, Peter Novik, Ward Churchill, David E. Stannard, Lilian Friedberg, Boas Evron, Arnold Jacob Wolf, Jacob Neusner, João Vargas, Joy James, entre outros. Ver Friedberg, cf. nota 71: 357.

⁷⁵ Dan Stone argumenta que a hipótese da singularidade baseia-se em políticas de identidade judaica e não em evidências históricas, porque o argumento tende a mudar em resposta a cada desafio. Em suas palavras: “O fato de que a hipótese de unicidade tem menos a ver com a explicação histórica do que com a política de identidade fica claro quando se traçam os critérios de mudança que têm sido oferecidas em sua defesa. Toda vez que a hipótese é contestada, os critérios são alterados. Quer se trate de números, do papel da tecnologia, do papel do Estado, ou da intenção dos autores, tudo pode ser e tem sido questionado por comparações válidas” (2004:127).

⁷⁶ Stannard, 1993.

⁷⁷ Stannard, 2001.

⁷⁸ Stannard aponta que o argumento usual que considera o Holocausto como um evento único a partir de uma perspectiva quantitativa – isto é, o processo sem precedentes de extermínio de seres humanos – não pode resistir a uma análise histórica consistente. As taxas de mortalidade dos ciganos durante o Holocausto e da população armênia na campanha turca de 1915 a 1917, por exemplo, têm números semelhantes em relação à perda humana. Em termos gerais, Stannard observa que o genocídio dos povos indígenas no século XX foi claramente mais agressivo em termos de perdas proporcionais e do número bruto de pessoas exterminadas do que o genocídio dos judeus durante o Holocausto. De acordo com Stannard, apenas nas Américas, um total de 50 a 100 milhões de pessoas morreram, como resultado da colonização europeia, resultando na aniquilação de 90-95% da população indígena do hemisfério.

⁷⁹ Stannard pontua que em outras campanhas genocidas, como no Camboja e em Ruanda, a destruição de vidas humanas foi feita por vias mais aceleradas do que durante o Holocausto. Para o autor, a questão principal é saber se a duração das práticas genocidas e a eficácia das práticas exterminadoras correlatas deveriam ser consideradas como critérios relevantes quando comparados os casos diferentes em termos de gravidade. Afinal, seja processo de curto ou longo prazo, os resultados são os mesmos: a destruição final da vida humana. Segundo ele, isso não deixa outra justificativa além dos efeitos da hierarquização eurocêntrica para este tipo de distinção ser feita (Stannard, 2001:254).

⁸⁰ Stannard também argumenta contra a diferenciação do Holocausto de outras tragédias, especialmente o genocídio dos povos indígenas nas Américas, utilizando os meios de destruição como critério. De acordo com o citado autor, a alegação comum de que as sociedades indígenas foram em grande parte dizimadas pela introdução de doenças no processo de colonização, o que é percebido por alguns como uma “tragédia não intencional,” não reflete a realidade. O extermínio dos povos indígenas nas Américas seguiu um padrão que combina uma série de agentes letais que incluíram morte direta, a doença, a fome, a exposição e a exaustão, dentre outros fatores. Além disso, se algumas investigações históricas indicam que “as mortes por doenças podem exceder as decorrentes de qualquer outra causa” (Stannard, 2001:255), no caso do genocídio dos indígenas americanos, também assim devem ser consideradas as mortes de judeus no Holocausto. Aqui vale lembrar, que a maior causa de morte durante o Holocausto também pode ser “atribuída aos mesmos chamados fenômenos naturais”.

⁸¹ Friedberg, cf. nota 71, p.368-69.

⁸² Cassese, 2008.

⁸³ Id.

⁸⁴ Gordon, 2000:827-30.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Cardoso, 2010

⁸⁷ James, 1996:45.

⁸⁸ Id., p.45-6.

⁸⁹ Rodriguez, 2011: 47-51.

⁹⁰ Id., p.49.

⁹¹ Woods, 2009:31, 35-363.

⁹² Carneiro, 2005.

⁹³ Id., p.125-36.

⁹⁴ Carrington, 2010:67.

⁹⁵ Id., p.67-8.

⁹⁶ Id., p.70.

⁹⁷ Arendt, 2003:23.

⁹⁸ Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948).

⁹⁹ Genocide Convention, cf. nota 1.

¹⁰⁰ A representação do Holocausto como uma “tragédia branca” visa acentuar a violação de corpos europeus no contexto da Segunda Guerra Mundial. No entanto, essa apreciação não endossa a criticada representação da comunidade judaica como monolítica. Na verdade, o foco esmagador sobre o Holocausto e o antissemitismo europeu na afirmação da identidade judaica contemporânea é visto, por muitos, como um poderoso instrumento ideológico que silencia as experiências não europeias e de judeus não brancos. Este padrão reforça o alto grau de racismo vivenciado por judeus não brancos dentro e fora da comunidade judaica em todo mundo.

Também é importante ressaltar que, do ponto de vista da política de identidade, o Holocausto é considerado um evento histórico decisivo no processo que resultou no branqueamento de judeus europeus e eurodescendentes. A assimilação de judeus na categoria de brancos tem como consequência final a assunção dos privilégios da branquitude e o uso concomitante da vitimização passada imposta a uma ancestralidade não branca. Esta dualidade poderosa ajuda a explicar a solidificação de representações do Holocausto como um acontecimento único e as impressionantes políticas de reparação concedidas à comunidade judaica. Para uma discussão mais detalhada sobre o assunto ver Peto, 2010.

¹⁰¹ Para uma análise que enfoca a natureza idiossincrática do Holocausto como uma expressão singular do mal, ver Katz, cf. nota 68; Lipstadt, cf. nota 59.

¹⁰² Para uma análise do papel dos espectadores (bystanders) no Holocausto, ver Hilberg, , 1992.

¹⁰³ Ver Ratner; Becker, cf. nota 42, p.345.

¹⁰⁴ Scharf, 2010:439-53.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ Shringarpure, 2009:3.

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ Vargas, cf. nota 36, p.xxvi

¹¹⁰ Id., p.5.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Arendt, Hannah (2003). *Responsibility and Judgment*. New York: Jerome Kohn ed.
- Bauer, Yehuda (2002). *Rethinking the Holocaust*. New Haven: Yale University Press.
- Bazyler, Michael J. (2003). *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts*. New York: New York University Press.
- Best, Stephen/Hartman, Saidiya (2005). "Fugitive Justice". In: *Representations*, vol.92, n.1, Fall, 1-15.
- Brodkin, Karen (1998). *How Jews Became White Folks: And what that Says about Race in America*. New Jersey: Rutgers University Press.
- Cardoso, Edson Lopes (2010). *A indesejável das pesquisas*. Irohin Online (on file with author).
- Carneiro, Sueli (2005). *A Construção do Outro como Não-Ser como Fundamento do Ser*. Unpublished Ph.D. dissertation, Universidade de São Paulo, disponibilizado pelo autor.
- Carrington, Ben (2010). *Race, Sports and Politics. The Sporting Black Diaspora*. London: SAGE Publications Ltd.
- Cassese, Antonio (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Churchill, Ward (2001). *A Little Matter of Genocide: Holocaust and the Denial in the Americas 1492 to the Present*. San Francisco: City Lights Books.
- Dawidowicz, Lucy (1997). *The Holocaust and the Historians*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Docker, John (2008). "Are Settler-Colonies Inherently Genocidal?". In: A. Dirk Moses, *Empire, Colony, Genocide, Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in the World History* Oxford: Berghahn Books, 81-101.
- Douglas, Lawrence (1995). "Wartime Lies: Securing the Holocaust". In: *Law and Literature*, 7 Yale J.L. & Human. 367-396.
- Fein, Helen (2006). "Genocide: A Sociological Perspective". In: Alexander Laban Hinton. *Genocide – an Anthropological Reader*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 74-90.
- Finkelstein, Norman G. (2000). *The Holocaust Industry: Reflections on the Exploitation of Jewish Suffering*. London: Verso.
- Fitzmaurice, Andrew (2008). "Anticolonialism in Western Political Thought". In: A. Dirk Moses, *Empire, Colony, Genocide, Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in the World History*. Oxford: Berghahn Books, p.55-80.
- Friedberg, Lilian (2000). "Dare to Compare: Americanizing the Holocaust". In: *Am. Indian Q.*, Vol. 24, no. 3, Summer, p. 353-380.
- G.A. Res. 96 (I), U.N. Doc. A/RES/96(I) (Dec. 11, 1946).
- Goldstein, Eric L. (2006). *The Price of Whiteness: Jews, Race, and American Identity*. New Jersey: Princeton University Press.
- Gordon, Ruth, (2000). "Critical Race Theory and International Law: Convergence and Divergence". In: *Vill. L. rev.*, vol.45, p. 827-840.
- Harwood, Richard E., *Did Six Million Really Die?* (2005). Truth at Last – Exposed 3 (2d ed. 1974), disponível em: AARGH Editions on the Internet, <http://www.vho.org/aaargh/fran/livres5/harwoodeng.pdf>.
- Hilberg, Raul (1992). *Perpetrators Victims Bystanders: Jewish Catastrophe 1933-1945*. New York: HarperCollins.

Katz, Steven

(1992). *Historicism, The Holocaust and Zionism: Critical Studies in Modern Jewish Thought and History*. New York: New York University Press.

(1994). *The Holocaust in Historical Context: Volume I: The Holocaust and Mass Death before the Modern Age*. Oxford: Oxford University Press.

Lemkin, Raphael (2005). *Axis Rule in Occupied Europe*. New Jersey: The Law Book Exchange Ltd.

Lippman, Matthew

(1994). "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty Years Later". In: *Temp. Int'l & Comp. LJ*, vol.8. p.1-84.

(2001). "Genocide: The Crime of the Century. The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium". In: *Hous. J. Int'l L*, vol.23. p. 467-536.

Lipstadt, Deborah E. (1993). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. New York: Penguin Group.

McDonnell, Michael/Moses, A. Dirk (2005). "Raphael Lemkin as Historian of Genocide in the Americas". In: *7 Journal of Genocide Research*. Vol.7, p.501-529.

Moses, A. Dirk A

(2008). Empire, Colony, Genocide: Keywords in the Philosophy of History, In: A. Dirk Moses. *Empire, Colony, Genocide, Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in the World History*. Oxford: Berghahn Books, p.3-54.

(1999). "Conceptual Blockages and Definitional Dilemmas in the Racial Century: Genocides of Indigenous Peoples and the Holocaust". In: *Patterns of Prejudice*, n. 4, p.1-36.

Newborne, Burt (2003). "Holocaust Reparations Litigation: Lessons for the Slavery Reparations Movement". In: *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.*, vol.58, p.615-622.

Peto, Jennifer (2010). *The Victimhood of the Powerful: White Jews, Zionism and the Racism of Hegemonic Holocaust Education*. Unpublished M.A. thesis, University of Toronto, disponível em: https://tspace.libraryutoronto.ca/bitstream/1807/24619/1/Peto_Jennifer_201006_MA_thesis.pdf.

Ratner, Morris/Becker, Caryn (2006). "The Legacy of Holocaust Class Action Suits: Have They Broken Ground for Other Cases of Historical Wrongs?". In: Michael J. Bazylar, Roger P. Alford. *Holocaust Restitution: Perspectives on the Litigation and Its Legacy*. New York: New York University Press, p.345-356.

Rodriguez, Dylan (2011). "White Supremacy as Substructure: Toward a Genealogy of a Racial Animus, from "Reconstruction" to "Pacification". In: Moon-Kie Jung et al. orgs. *State of White Supremacy: Racism, Governance, and the United States*. Stanford: Stanford University Class, p.47-76.

Scharf, Michael (2010). "Seizing the 'Grotian Moment': Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change". In: *Corn. Int'l LJ*, vol.43, p.439-469.

Seidel, Gill (1986). *The Holocaust Denial: Antisemitism, Racism & the New Right*. Oxford: Beyond the Pale Collective

Shaw, Martin (2007). *What is Genocide*. Cambridge: Polite Press.

Shringarpure, Bhakti (2009). *Warscapes: Perspectives on a Literature of Postcolonial Violence*. Unpublished Ph.D. dissertation, CUNY, on file with author.

Stannard, David E.

(2001). "Uniqueness as Denial: The Politics of Genocide Scholarship". In: Alan S. Rosenbaum ed., 2d ed. *Is the Holocaust Unique? Perspectives on Comparative Genocide*. Colorado: Westview Press.

(1993). *American Holocaust: The Conquest of the New World*. Oxford: Oxford University Press.

Stern, Kenneth Saul (1993). *Holocaust Denial*. New York: American Jewish Committee.

Stone, Dan (2004). “The Historiography of Genocide: Beyond Uniqueness and Ethnic Competition”. In: *Rethinking History*, Vol.8, no. 1, p.127-142.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948).

United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277.

Van Schaack, Beth/ Slye, Ronald (2007). *International Criminal Law and Its Enforcement: Cases and Material*. New York: Foundation Press.

Vargas, João H. Costa (2010). *Never Meant to Survive: Genocide and Utopias in Black Diaspora Communities*. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishing Group.

Verdirame, Guglielmo (2000). “The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunal”. In: *Int’l & Comp. L.Q.*, Volume 49, n.3, p.578-598.

Woods, Tryon (2009). *The Plantation Society, circa 2008: Discussing Immigration through the Lens of Criminology*, *Radical Teacher*, no. 84, p. 31-41.

**CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROLE E LÓGICA
ATUARIAL: A RELATIVIZAÇÃO DO NEMO
TENETUR SE DETEGERE**
*// CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROL AND
ACTUARIAL LOGIC: THE RELATIVIZATION OF THE
NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Ricardo Jacobsen Gloeckner e David Leal da Silva

>> **RESUMO // ABSTRACT**

O presente artigo procurará investigar o fenômeno atualmente conhecido como *criminal compliance*, que especialmente com a Lei 9.613/1998, trouxe para o cenário do direito penal brasileiro importantes e profundas alterações. Acredita-se que a implementação dos denominados deveres de *compliance* seja responsável, especialmente com o advento da nova lei de lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), pelo enfraquecimento do princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, caracterizado pela limitação do Estado na obtenção de provas contra a vontade do suspeito ou acusado. Essa nova faceta da intervenção penal, que mitiga e enfraquece direitos constitucionais dos jurisdicionados, integra um contexto mais amplo, e que há bom tempo David Garland denominava como cultura do controle. As modificações institucionais trazidas pela nova lei, dentro dessa visão criminológica, podem ser mais bem compreendidas através da demonstração de que o Estado brasileiro, na esteira do que ocorreu nos Estados Unidos e em alguns países europeus, passa a adotar uma política criminal atuarial, responsável, sobretudo, pela gestão de riscos e pela disseminação de dispositivos de governamentalidade, que segundo Foucault, ensejarão uma atuação voltada para a prevenção, justamente com o fito de se obter segurança. // The present article will seek to investigate the phenomena actually known as criminal compliance that, especially with the Law 9.613/1998, brings to the Brazilian criminal law scenario deeply and important modifications. We believe that the implementation of the so called compliance duties, especially with the advent of the new anti-money laundering law (Statute 12.683/2012), is responsible for the deterioration of the fundamental principle of *nemo tenetur se detegere*, characterized by the statal limitation in achieving evidences against the will of the suspect or the indicted. This new facet of penal intervention that mitigates and weakens constitutional rights of the jurisdictionalized integrates a larger context, that a long a time ago David Garland called as culture of control. The institutional modifications brought by the new law, inside this criminological vision may be better understood through the demonstration that the Brazilian State, as it happens in United States and some European countries, adopt an actuarial criminal politics, responsible, mostly, by the risk management and by the apparatus of governmentality dissemination, what, according to Foucault, will give rise to an actuation focused on prevention, precisely with the aim to gain security.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Criminal Compliance; nemo tenetur se detegere; cultura do controle; lógica atuarial; razão econômica. // *Criminal Compliance; nemo tenetur se detegere; culture of control; actuarial logic; economic reason.*

>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS

Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Mestrando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, respectivamente. // Associate Professor at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul and a PhD in Law from the Federal University of Paraná and Graduate student of the Criminal Sciences Graduate Program at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, respectively.

1. O QUE É CRIMINAL COMPLIANCE? BREVE EXCURSO CONCEITUAL

Compliance tem origem no verbo *to comply*, que pode ser apresentado como “agir de acordo com uma regra, uma instrução ou a pedido de alguém”. Naturalmente a função de *compliance* assume uma posição estratégica no neoliberalismo, pois está intrinsecamente ligada à boa prática negocial, isto é, integra o que se pode denominar de ética comercial¹.

A *compliance* está também associada àquilo que se pode denominar de *corporate governance*, que pode ser compreendida como um sistema de direção e organização empresarial². A governança corporativa envolve mecanismos regulatórios de mercado bem como as relações existentes entre a direção da empresa, os *stakeholders*³ e acionistas no que concerne à atividade-fim para a qual foi criada a empresa. A *compliance*, assim, é elemento essencial das práticas negociais, como uma espécie de mandamento ético, passando a ser tema regulado pelo direito econômico.

Pode-se afirmar, juntamente com Silverman, que o contexto no qual a *compliance* está inserida é relativamente novo. A evolução da *compliance* legal e regulatória como uma força crescente na vida organizacional resulta de um aglomerado de diversas esferas: jurídica, legislativa, econômica, social e tecnológica⁴.

A *compliance* não deve ser confundida com a implementação e a eficiência. Ao contrário desses dois elementos, a *compliance* não cuida de diretivas regulatórias autoritárias acerca de diretivas políticas públicas e de mudanças proporcionadas durante certo período de gestão (implementação), tampouco consiste na eficácia de certa regulação para a resolução de um problema político para o qual foi instituída⁵. A pesquisa de *compliance* está primeiramente preocupada com o grau de adesão dos destinatários da norma nos processos de atuação e na análise de obediência dos parâmetros legais por ela instituídos⁶. A *compliance* com elevado grau de compromisso é uma condição necessária para uma governança efetiva⁷.

O oposto da *compliance* vem a ser a *non-compliance*, que poderá resultar da contrafaticidade⁸ do comando legal, bem como a *non-compliance* poderá ser efetivamente um próprio processo⁹.

No primeiro caso, será possível se verificar a *non-compliance* mediante a constatação de que os destinatários das normas não agem de acordo com os mandamentos normativos, isto é, as normas regulatórias do comportamento dos agentes não são pautadas pelos comandos legais. Há, evidentemente, uma grande dificuldade para a sociologia do direito em avaliar a diferença entre os comportamentos adotados pelas partes como condutas diversas das prescrições normativas. Questões como o descumprimento dos deveres de conduta e a sua extensão (violação leve, média ou grave), e a própria terminologia empregada pelas normativas (a interpretação como condição de surgimento da própria norma – diferença entre texto e norma – como sugere a hermenêutica) são alguns exemplos que atestam a complexidade desta tarefa de mesura entre os comportamentos pautados normativamente e aqueles empiricamente verificados.

A segunda forma de *non-compliance* pode resultar como uma espécie de procedimento. A fim de se avaliar a *non-compliance* como procedimento,

deve-se registrar duas situações. Tem-se uma *non-compliance* inicial quando a conduta praticada, que se encontra fora do âmbito de regulação, é identificada imediatamente. Desta forma, esta identificação permite o controle da agência fiscalizadora (*compliance officer*), da autoridade judiciária ou investigadora (polícia judiciária ou Ministério Público). A segunda forma seria uma “crise no procedimento de *compliance*”, bem mais séria do que a primeira¹⁰. A crise no procedimento de *compliance* resultará de uma inobservância sistemática dos comandos normativos que pautam aquela ação, mesmo após a manifestação de um agente controlador¹¹.

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias, como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.

Pode-se falar, portanto, em *criminal compliance* quando se estiver diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de certo agente. Assim é que a persecução penal de instituições econômicas e de empresários está imediatamente ligada com a *criminal compliance*¹². Pode-se estimar que a *criminal compliance* tenha por pretensão a garantia de que as atividades ilícitas a que visa combater serão erradicadas inclusive antes de sua prática¹³. Em outras palavras, a *criminal compliance* lida com a questão da prevenção do delito, numa perspectiva *ex ante*¹⁴.

Basicamente, a *criminal compliance* procura evitar a responsabilização de agentes ou da empresa que opere com o mercado financeiro, determinando procedimentos para que, com o seu cumprimento, seja evitada uma prática delitiva. O que se promove com esta estratégia de governança corporativa é a gestão de riscos de persecução penal através de procedimentos padronizados e que, portanto, possam ser controlados por uma agência fiscalizatória (*compliance officer*), que deve ser obrigatoriamente criada pelas instituições econômicas e financeiras de capital aberto (é o caso da Resolução 2.554/1998 do Conselho Monetário Nacional). A sua importância está diretamente ligada à utilização, por vezes legal, por vezes ilegal, de atividades e serviços postos à disposição da sociedade para a realização de transações econômicas, sendo que, em boa parte delas, a não regulamentação das atividades de investimento, de compra e venda, e de deslocamento de ativos poderá se confundir com práticas ilícitas.

Dentro de uma perspectiva criminológica, já não se pode por muitas vezes distinguir as práticas lícitas daquelas ilícitas¹⁵, constituindo-se a empresa num centro de *management* dos riscos *compliance*. Em suma, o estabelecimento de atividades padronizadas e setorializadas permite o controle, dentro da empresa, das práticas em conformidade com o manual de procedimentos¹⁶, que permite, por seu turno, a verificação de uma prática protocolar ou de outra que foge à regra, monitorando-se aquela

prática e, em tese, autorizando uma análise da *non-compliance* inicial e se tentando evitar torná-la endêmica ou crítica.

Como observa o *Advisory Group on the Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, “organizations must periodically prioritize their compliance and ethics resources to target those potential criminal activities that pose the greatest threat in light of the risks identified”¹⁷. Estas atividades de priorização são: a) distinguir riscos maiores e menores; b) avaliar cada risco e sua importância para os objetivos e finalidades da instituição; c) avaliar o nível dos controles internos e testar sua frequência; d) determinar os recursos requeridos para gerir o risco¹⁸.

O risco *compliance* nada mais é do que a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas ou regulatórias, de perdas financeiras ou da credibilidade da agência financeira no mercado, decorrentes do descumprimento de leis, regulamentos, códigos de conduta ou de boas práticas em determinado setor¹⁹. Certamente, também, uma das funções *compliance* é a identificação e prevenção das condutas de lavagem de dinheiro, que está na origem dos regramentos da *criminal compliance* no Brasil.

No Brasil, a *criminal compliance* surge apenas com o advento da Lei 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro –, hoje alterada, e com a Resolução 2.554/1998, do Conselho Monetário Nacional. Em ambos os diplomas normativos estabelece-se uma política de controle de riscos derivadas das atividades financeiras e econômicas, inclusive com a criação das responsabilidades da diretoria de tais instituições. Nos Estados Unidos, por exemplo, a criação dos deveres *compliance* tem como sistemática a tentativa de evitação do processamento²⁰ pela *wilful blindness doctrine* (teoria da cegueira deliberada²¹).

A seguir serão analisadas as modificações introduzidas no cenário da lavagem de dinheiro com o advento da Lei 12.683/2012.

2. A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A CRIMINAL COMPLIANCE: O ALCANCE DA LEI 12.683/2012

Como anteriormente referido, a *criminal compliance* tem por objetivo a prevenção de delitos econômicos e financeiros em um estágio inicial à persecução penal. Para além, o fundamento da *criminal compliance* reside em evitar quaisquer medidas judiciais, de caráter penal, de caráter investigatório ou mesmo de natureza judicial. Os primeiros documentos jurídicos que cuidam dessa questão se encontram depositados na Resolução 2.554, de 1998, do Conselho Monetário Nacional, e na Lei de Lavagem de Dinheiro, (Lei 9.613/1998), atualmente modificada pela Lei 12.683/2012. Deve-se salientar que em primeiro de setembro de 2012 entrou em vigor a Resolução 20 do Coaf (Conselho de Atividades Financeiras), órgão criado para o combate ao delito de lavagem de dinheiro e para a recuperação de ativos.

De toda forma, será necessário, em primeiro lugar, comentar brevemente o que se entende por lavagem de dinheiro para, já num segundo momento, determinar que inovações advieram com a Lei 12.683/2012,

especialmente naquilo que guarda respeito aos denominados deveres *compliance*. Finalmente, neste mesmo tópico, examinar-se-á a ampliação dos aludidos deveres, para, mais adiante, se analisar tais modificações à luz do processo penal e de algumas digressões criminológicas necessárias para bem poder se descortinar o horizonte político criminal brasileiro.

Primeiramente, cumpre destacar que os deveres *compliance* surgem em conjunto com a Lei de Lavagem de Capitais. E essa não é uma relação episódica ou acidental. Por se tratar o crime de lavagem de dinheiro de um delito que se insere numa prática de favorecimento de outros tantos crimes, isto é, a lavagem corresponde à prática de transformação da origem ilegal de determinados bens ou valores em outros aparentemente lícitos, a tentativa de prevenção dessa modalidade delitiva exigiria uma atuação do Estado que permitisse a detecção da sua prática em um momento antecedente ao mascaramento da origem ilícita daqueles bens ou valores.

A dificuldade de se provar²² o crime de lavagem de dinheiro e recuperar, portanto, os ativos, é de enorme magnitude²³. Muitos problemas poderiam ser alavancados aqui. Citam-se apenas alguns no escopo de contextualização da temática: a) via de regra, tratam-se de delitos que acobertam outras práticas delitivas; a fragmentação da prova é praticamente um dado corriqueiro nos crimes de lavagem de capitais, tornando difícil a montagem do “quebra-cabeça” pelas autoridades; b) o delito de lavagem de dinheiro também ocorre com a utilização do mercado financeiro, através de operações “em cascata”, isto é, mediante uma cadeia de transações aparentemente legais que muitas vezes se desdobra por vários países (estratificação – *layering*); assim, a cooperação jurídica internacional acaba sendo necessária, com toda a sorte de empecilhos à celeridade bem como à eficácia da própria prova encontrada; c) não raramente a lavagem de dinheiro é praticada com o auxílio de empresas que exercem atividades lícitas e também com a comição de valores também de natureza lícita, dificultando a demonstração da introdução dos valores oriundos de prática criminosa no seio destas cadeias de operações financeiras; há, naturalmente, dificuldades quanto à separação dos montantes originários de operações ilegais daqueles que possuem uma sede lícita; d) por se tratar de um delito que admite apenas a figura dolosa, a prova do elemento subjetivo do tipo, por não admitir qualquer interpretação que mitigue o princípio da legalidade (presunções, inversões de carga probatória, admissão de figuras similares ao dolo eventual como a *recklessness*²⁴ dos Estados Unidos) também torna tormentosa a demonstração cabal do delito; e) a utilização de empresas *off-shore* para a prática dos ilícitos e a inadequação dos meios colocados a serviço do direito internacional para a adoção de políticas de facilitação do acesso a registros bancários e transações comerciais em alguns países também devem ser arroladas como fatores que tornam difícil a persecução penal desse delito²⁵.

Como se pode perceber, a admissão de determinados deveres a serem suportados pelos agentes e empresas atuantes no mercado financeiro e econômico está intimamente ligada aos esforços envidados para se

prevenir o delito de lavagem de capitais. A adoção dos deveres *compliance* pela própria Lei de Lavagem de Dinheiro especifica essa ideia, passando o Estado a atuar diretamente sobre transações suspeitas ou mesmo sobre aquela categoria de transações que comumente servem para a prática desse delito. Em outras palavras, o Estado, para evitar a prática do delito em questão, acaba por determinar que certas pessoas ou empresas assumam determinados ônus da prática de suas atividades (suportar o risco de cumprimento dos deveres estabelecidos pelas boas práticas negociais) e também, permitir, com a prevenção *ex ante* do delito de lavagem de capitais, que os bens ou valores decorrentes de uma prática delitativa anterior sejam mais facilmente recuperados e a prova do delito seja mais fácil, uma vez que não conta com o processo de camuflagem introduzido pelo branqueamento de capitais. Em suma, parece facilmente constatável a estreita relação entre os esforços estatais e internacionais em prol do combate ao delito de lavagem de dinheiro e o estabelecimento da *criminal compliance*. Atualmente, os deveres *compliance* se baseiam em *standards* ocupacionais elaborados por órgãos como o *U.K. Financial Services Skills Council* (FSSC),²⁶ em associação com a *International Compliance Association* (ICA), e são utilizados para garantir o bom funcionamento do mercado financeiro e para evitar a utilização desse mercado para a prática das atividades de lavagem de dinheiro²⁷.

O Brasil, com o advento da Lei 9.613/1998 regulamentou, pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal, o delito de lavagem de dinheiro. Trata-se, como aponta parcela da doutrina, de uma lei chamada de segunda geração. Isto pelo fato de que o crime de lavagem de capitais necessita da prática de um delito anterior, previamente arrolado em uma série de delitos primários. Assim, se as primeiras legislações de combate à lavagem de dinheiro mantinham o crime antecedente atrelado ao tráfico de substância entorpecente, e as leis de terceira geração dispensavam o rol fechado, permitindo-se que a lavagem recaísse sobre qualquer conduta punível (leis de terceira geração), a Lei 9.613/1998 permitiu que determinada categoria de delitos autorizasse a prática da lavagem. Portanto, constitui uma lei de segunda geração.

Na redação original da Lei 9.613/1998, para haver o delito de lavagem de capitais era preciso que o crime antecedente, cujo produto se desejaria ocultar ou mesmo transformar a natureza, fosse procedente da prática: a) do tráfico ilícito de substância entorpecente ou drogas afins; b) de terrorismo; c) do financiamento ao terrorismo; c) do contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) da extorsão mediante sequestro; e) de crimes contra a administração pública; f) de crimes contra o sistema financeiro nacional. Esses eram os crimes antecedentes sujeitos a levar à prática do delito de lavagem de dinheiro. Com o advento da Lei 12.683/2012, houve a supressão do rol de crimes antecedentes na legislação (lei de terceira geração), admitindo, a teor do art. 1º da referida normativa, que o delito de lavagem de dinheiro seja proveniente de bens, direitos ou valores oriundos da prática de qualquer infração penal. Dessa forma, inclusive a prática de uma contravenção penal se torna suscetível de amparar a prática da lavagem.

Em segundo lugar, no que diz respeito aos deveres de *compliance* instituídos mediante a Lei 9.613/1998, cumpre salientar que o referido dispositivo legal contemplava como sujeitos ao controle de atividades (que, cumulativamente, possuíam o dever de notificar às autoridades a prática de alguma atividade financeira suspeita) aquelas pessoas jurídicas que desenvolvessem determinadas atividades consignadas legalmente.

A Lei 12.683/2012 ampliou e modificou as pessoas portadoras dos deveres *compliance*. Nesse sentido, em primeiro lugar, a maior modificação introduzida pela novel legislação diz respeito à extensão dos abrangidos, não mais jungidos à regra de que apenas as pessoas jurídicas estavam inseridas nesse contexto, com apenas algumas exceções que admitiam as pessoas físicas como destinatárias dos mencionados deveres. Como regra geral, o art. 9º da Lei 9.613/1998, com as alterações trazidas pela Lei 12.683/1998, define que os deveres *compliance* se estenderão, indistintamente, às pessoas físicas, além das jurídicas. Quais são os deveres *compliance* a que devem se subordinar os referidos destinatários? O art. 10 da Lei 9.613/1998, com a redação da Lei 12.683/2012, afirma que as pessoas físicas e jurídicas objeto do art. 9º deverão: a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; b) manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, nos termos de instruções por esta expedidas; c) dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto nesse artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; d) dever de se cadastrar e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; e) dever de atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

Ainda de acordo com o art. 11 da Lei 9.613/1998, já com as alterações trazidas pela Lei 12.683/2012, as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no art. 9º: a) dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nessa Lei, ou com eles relacionar-se; b) deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 horas, a proposta ou realização: 1) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; 2) das operações referidas no inciso I; c) deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II; d) as autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de

operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista; e) as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista nesse artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. Todos esses deveres *compliance* são ainda regulados pela Resolução nº 20 do Coaf, que passou a ter vigência a partir de setembro de 2012 e que ampliou ainda mais o leque de obrigações a que as pessoas físicas e jurídicas descritas no art. 9º da Lei 9613/1998 estão sujeitas.

Finalmente, resta a análise das consequências jurídicas da inobservância dos denominados deveres *compliance*. Segundo o art. 12 da Lei 9.613/1998, com as modificações trazidas pela Lei 12.683/2012, às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I – advertência; multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; III – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Conforme o § 1º do art. 12, a pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. Em seguida, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo que a multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III – deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV – descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

Apresentada a configuração dos deveres *compliance* e as instituições sujeitas ao controle mediante o Coaf, resta, portanto, a análise crítica de tais institutos, o que será realizado no próximo tópico.

3. O PROCESSO DE DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: A UTILIZAÇÃO DE UM DIREITO PENAL SANCIONADOR COMO FORMA DE VULNERAÇÃO AO DIREITO AO SILÊNCIO

Como vislumbrado, um extenso rol de pessoas físicas e jurídicas resta abrangido pela Lei 9.613/1998, devendo realizar uma série de deveres *compliance*. Todavia, essa série de deveres – especialmente aqueles referentes à prestação de informações – deve ser ventilado sob a égide dos princípios referentes ao processo penal e sua instrumentalidade constitucional.

Não é difícil se pensar em uma hipótese na qual, por exemplo, uma instituição financeira submetida ao regime do art. 9º da Lei 9.613/1998, possa estar envolvida em um crime de lavagem de capitais. Partindo-se desse pressuposto, portanto, como seria possível conciliar os deveres *compliance*, suas sanções administrativas, bem como o direito de não fazer prova contra si mesmo? Em outras palavras, as possíveis consequências advindas da violação dos deveres *compliance* possuem exigibilidade jurídica quando a própria instituição seja suspeita da prática de uma das modalidades de lavagem de capital arroladas no art 1º da Lei 9.613/1998?

Antes mesmo de prosseguir com a análise acerca da hipotética resposta ao caso, tem-se como dever tecer breves comentários a respeito do denominado “direito a não produzir provas contra si mesmo”, que resulta de uma concepção contemporânea do brocardo *nemo tenetur se detegere*. Preliminarmente, parte-se aqui de que a Constituição da República, com a ruptura paradigmática ao modelo totalitário, insculpido no Código de Processo Penal de 1941, enseja uma necessária filtragem constitucional de alguns dispositivos. Por sistema acusatório, se defende, aqui, o sistema que centraliza a produção e iniciativa probatória nas mãos das partes (princípio dispositivo), não se verificando qualquer espécie de poder instrutório *ex officio* nas mãos da autoridade judiciária.

Como corolário de um sistema acusatório, como regra geral, o princípio dispositivo que determina o regime de provas vem associado a outras tantas garantias processuais de ranking constitucional. Como exemplo claro cita-se o direito de não produzir prova contra si mesmo. Trata-se de um princípio constitutivo do processo penal contemporâneo, que se erige em uma barreira contra métodos coercitivos para se obrigar o acusado a cooperar com a acusação. Nas palavras de Bacigalupo, “el Estado es garante de que el sospechoso no se inculpe contra su voluntad, pues el Derecho vigente impone a las autoridades de persecución del delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada”²⁸.

O direito à não-autoincriminação é correlato ao direito à ampla defesa, que se pode desdobrar em autodefesa e defesa técnica²⁹. A autodefesa diz respeito à possibilidade de ser informado da acusação que pesa contra si, bem como de optar por refutá-la pessoalmente ou mesmo se negar a prestar qualquer espécie de informação. Neste último sentido é que se poderá afirmar a existência de uma autodefesa pessoal negativa. Na mesma direção, é possível se colacionar as palavras de Pisapia, para quem há uma necessária imbricação entre o direito de defesa e o ato do interrogatório do acusado ou do indiciado³⁰.

No sistema inquisitório, no qual o acusado é mero objeto de investigação, há uma verdadeira exploração do réu por sondas psíquicas, sendo encontrado e ajustado o axioma *reus tenebatur se detegere*³¹, não se admitindo o uso do silêncio. A fim de romper com o silêncio do acusado, o emprego da tortura foi uma estratégia utilizada pelo regime inquisitorial de provas. O princípio *nemo tenetur*, portanto, aparece vinculado a uma matriz que parte da renegação ao dogma da verdade real como finalidade do processo penal. Aliás, como assevera Schmidt, a limitação

aos meios para se acessar a verdade constitui importante ferramenta de controle da legalidade dos atos praticados por seus agentes, consistindo em inegável conquista do Estado Democrático de Direito³².

Todavia, uma exploração mais profunda no universo deste princípio remete necessariamente ao tratamento concedido a esta garantia pelo denominado sistema adversarial³³, que possui uma intensa ligação com o conceito de sistema acusatório aqui defendido³⁴. Várias conclusões podem ser apontadas sobre a aplicabilidade deste princípio no regime da *common law*: a) o princípio da proibição da autoincriminação não conhece existência na Inglaterra durante o nascimento da modernidade; b) a sua funcionalidade está adstrita à reconfiguração processual implementada pelo surgimento do sistema adversarial e da participação do advogado de defesa; c) há uma mudança significativa com o passar do tempo no que diz respeito à garantia da proibição de autoincriminação, que passa do direito de não proferir uma acusação contra si mesmo ao direito de não testemunhar, incluindo neste cerne o direito a não ser objeto de intervenções corporais destinadas a extrair provas do corpo do acusado; d) não há sentido algum em se recortar profundamente o direito à não autoincriminação do direito de defesa técnica, uma vez que aquele só possui sentido quando se admitir que alguém possa em nome do acusado falar³⁵. No sistema norte-americano este direito fundamental ganha força a partir do caso *Miranda v. Arizona*, derivando daí os denominados *miranda warnings*, isto é, a necessária advertência de que o acusado ou suspeito não está obrigado a cooperar com o Estado na investigação.

Como referido alhures, há uma gradativa transformação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que ao início englobava apenas o direito de nada responder e que passa, posteriormente, a abranger outras formas probatórias como a própria intervenção corporal e o direito de não servir como testemunha quando tal posição puder de alguma maneira comprometer o exercício do direito ao silêncio. Entretanto, esta mesma modificação orgânica do princípio tem levado algumas situações a serem deixadas fora da margem de proteção da garantia. Nos Estados Unidos, o caso paradigmático é *Schmerber v. California*, no qual fora colhido, sem a concordância do acusado, sangue de suas veias, enquanto se encontrava em estado de inconsciência. A despeito de restar encoberta pela Quinta Emenda da Constituição norte-americana, a Suprema Corte negou qualquer espécie de violação ao princípio do direito à não-autoincriminação.

Esta tendência pode ser encontrada recentemente no Brasil, quando o advento da Lei 12.654/2012 introduziu o que se pode denominar de “investigação genética”, alterando-se substancialmente a Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal. Mediante autorização judicial, mesmo sem a concordância do suspeito, a polícia poderá colher, por método indolor, quando essencial às investigações policiais, DNA do suspeito a fim de confrontar com o material genético encontrado no lugar do crime. O grande problema trazido por este normativo – a par de sua inarredável inconstitucionalidade – é o possível efeito cascata que poderá recair sobre outras espécies de provas, especialmente aquelas em que o corpo do investigado ou acusado possa estabelecer nexo de causalidade

probatório entre a ação e o resultado. Certamente o redimensionamento da cláusula de garantia contra a autoincriminação poderá levar adiante interpretações que concluam pela obrigatoriedade de submissão ao teste do bafômetro, dentre outras tantas inadequações que poderão ser construídas a partir do precedente normativo.

Uma vez ultrapassado o ponto de análise teórico do princípio do *nemo tenetur se detegere*, cumpre retornar ao ponto originário do tópico. As determinações das sanções previstas no art. 12 da Lei 9.613/1998 poderão ser aplicadas sobre o suspeito da prática de alguma modalidade de lavagem de dinheiro? Preliminarmente, deve-se salientar que o próprio Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a existência de um dever de garante do funcionário do *compliance officer* (órgão encarregado de fiscalização sobre as atividades financeiras da instituição) sob o fundamento de prevenção de delitos, tendo assumido a responsabilidade pela evitação do resultado, possuindo os deveres de cuidado, vigilância e proteção³⁶.

Como acentuam Badaró e Bottini³⁷, há uma, cada vez maior, tendência à utilização do recurso aos crimes omissivos impróprios, como forma de se criminalizar determinada conduta amparada na lei de lavagem de capitais. Naturalmente, as pessoas físicas e jurídicas descritas no art. 9º da Lei 9.613/1998 poderiam colaborar, dolosamente, para a prática do delito, segundo os defensores da tese da aplicabilidade da omissão imprópria ao delito em questão. O ponto nevrálgico da questão reside na circunstância de que os deveres *compliance* seriam verdadeiras normas de evitação de resultado, não existindo tão somente como regras “programáticas” para que a gestão e controle das atividades financeiras da instituição ou da pessoa física sejam executáveis. Pelo contrário, a criação de procedimentos e a observância das regras administrativas localizadas na Lei 9.613/1998 e especialmente na Resolução nº 20 do Coaf seriam indicadores de que se está a falar em um verdadeiro dever de evitação do resultado atribuído a tais pessoas (jurídicas e físicas). Portanto, deste ponto de vista, a punibilidade pela omissão imprópria seria adequada a tais situações, podendo, portanto, surgir conflituosamente com a incidência dos deveres *compliance*.

Admitindo-se a hipótese de que as pessoas destinatárias dos deveres *compliance* possam sofrer as sanções administrativas pelo descumprimento das diretrizes normativas quando suspeitas ou acusadas de prática do delito de lavagem de dinheiro, haveria inevitavelmente uma grave violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Explica-se.

As multas introduzidas pela Lei 12.683/2012 na Lei 9.613/1998 são de tamanha vultuosidade que se torna possível a afirmação de que constituem uma verdadeira sanção de natureza administrativa. Apesar de não anunciadas como tal, a natureza eminentemente expropriatória que os valores alcançam (até R\$ 20.000.000,00) não permite outra conclusão. Se efetivamente se trata de penas administrativas que tentam coagir ou forçar os destinatários dos deveres *compliance* a cumprir o papel de agentes fiscalizadores, o que se está fazendo é uma coação indireta para que tais deveres sejam cumpridos, recorrendo-se a uma espécie de sanção administrativa de caráter tão severo que seria, aliás, incompatível com

a própria natureza administrativa que se lhe queira atribuir. Para além, defende-se aqui que tais sanções pecuniárias e de cessação de atividades, por exemplo, não diferem em nada daquelas penais provenientes de uma sentença condenatória, como a pena de multa e a proibição das atividades (veja-se que, nos crimes ambientais, inclusive no que se refere à condenação da pessoa jurídica, estas configurariam penas principais). Estas características de graves sanções, sem, contudo, recorrer à criminalização, são próprias do denominado direito administrativo sancionador. Em poucas palavras, a Lei 9.613/1998 estabelece um verdadeiro direito administrativo sancionador para favorecer o cumprimento dos deveres *compliance* estipulados nas normas brasileiras. Entretanto, nos inúmeros países europeus que adotam o direito administrativo sancionador, há a renúncia à utilização do direito penal. Ou se tutela determinada circunstância mediante o recurso ao direito administrativo sancionador ou mediante o direito penal. Tudo a depender da ofensividade da conduta.

A situação resta agravada quando se analisa que a aceitação da duplicidade de sanções penais e administrativas por um mesmo fato trará as seguintes consequências: a) a pesada multa administrativa que recai sobre o destinatário do dever *compliance* pode fazer com que as informações sejam prestadas, mesmo que isso implique uma “assunção de responsabilidade” perante a esfera criminal. Gize-se que a pena do crime de lavagem de capitais – que vai de 3 a 10 anos – poderia autorizar, ausentes causas de aumento e ausentes agravantes, a se estimar que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos de prisão, autorizando, com isso, a aplicação do art. 44 do Código Penal e a substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos; b) a não prestação das informações poderá, admitida a possibilidade de concurso de normas aos destinatários dos deveres *compliance*, gerar pesada multa, que inclusive poderá ser mais grave do que aquela de natureza penal; c) a prestação de informações que lograr êxito no apontamento de um delito de lavagem de dinheiro, com recuperação de parte considerável dos ativos poderia, inclusive dependendo de como se procede, fazer incidir a causa de diminuição da pena denominada delação premiada, a teor do § 5º do art. 1º da Lei 9.613/1998.

O que se pode vislumbrar, diante deste cenário, é a progressiva relativização do *nemo tenetur se detegere*, a partir do que se poderia denominar como justaposição de normas jurídicas incidentes sobre um mesmo destinatário, a partir dos diversos enfoques que cada ramo do direito é capaz de oferecer. Este fenômeno é responsável pelo aumento da incerteza na resposta estatal e, mais do que isso, aquele setor administrativo ameaça arrebanhar cada vez mais tarefas anteriormente vinculadas à estrita jurisdição. Isto é, há uma crescente administrativização do direito penal mediante o recurso “à formação de camadas jurídicas de normas”, incidindo cada uma segundo sua racionalidade. O ponto de bifurcação e (perversa) continência se dará quando tais normas autorizarem, necessariamente, a renúncia a direitos (neste caso, inclusive indisponíveis), em prol do livramento de uma

sanção que poderá, caso a caso, configurar sanção de igual intensidade, mascarada de “sanção administrativa”.

Há que se lembrar, aqui, que este procedimento não é novo no Brasil. De certa maneira, o princípio *nemo tenetur se detegere* já havia sido relativizado quando da edição da Lei 8.137/1990 e da redação do art. 1º deste diploma legal. A situação se torna mais agravada quando advém no ordenamento jurídico a Lei 12.654/2012, que regula a identificação genética. Portanto, o esculpido pela Lei 12.683/1998 foi tão somente alargar o âmbito dos deveres *compliance* e aumentar a dose de “incentivo” ao cumprimento dos referidos deveres. O resultado é um ordenamento jurídico-penal-administrativo elaborado em camadas normativas superpostas, de modo que uma mesma situação seja prevista sob a ótica de dois ramos distintos do ordenamento jurídico, incentivando, por assim dizer, a renúncia de direitos fundamentais com a ameaça de dispositivos de controle para-punitivos.

A determinação de inúmeras normas que atuam sobre um mesmo fato tem sentido diante de uma lógica perversa da eficiência e do primado do público sobre o privado. A simples análise da nova normativa em matéria de lavagem de dinheiro estabelece uma situação bastante preocupante: ou o destinatário do dever *compliance* se vale do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, podendo sofrer, com isso, uma sanção administrativa de grande magnitude, ou renuncia àquele direito e se isenta de sofrer a sanção administrativa, naturalmente assumindo aquela de natureza penal. Eis um bom exemplo de como a racionalidade instrumental econômica coloniza o direito (penal) e os direitos constitucionais passam por um estágio de excepcionalidade.

Parece que com este fenômeno de sobreposição de normas jurídicas que tutelam uma mesma circunstância fática já foi possível aclarar esta nova forma de controle sobre os direitos fundamentais. Em suma, pode-se falar que recairá um direito penal administrativo sancionador para aqueles que não renunciarem a seu direito constitucional de não fazer prova contra si mesmo. Penaliza-se, com isso, o exercício regular de um direito. Eis aí a ofensa ao Estado Democrático de Direito pelos mecanismos capilarizados dos dispositivos de segurança que alicerçam a governamentalidade contemporânea. Essa a tarefa final do ensaio.

4. A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL E A CULTURA DO CONTROLE NO BRASIL: DISPOSITIVOS DE GOVERNAMENTALIDADE, GESTÃO DE RISCOS E O POSTULADO DA SEGURANÇA

David Garland, em uma importante trilogia, que culmina no livro *The culture of control*, tratou de examinar uma mudança radical operada no sistema punitivo norte-americano, com o que se convencionou chamar de abandono do previdenciarismo penal³⁸. O aspecto central desta obra é destacar o surgimento de uma cultura do controle, capitaneada pela criminologia do Outro. Esta nova criminologia afasta-se da discussão própria dos anos 60 e 70 do século XX, voltada sobre o conceito de

responsabilidade. A modificação do eixo teórico desta nova criminologia repousa sobre aspectos de gestão do risco criminal, sobretudo com teorias “científicas” da causação e prevenção³⁹.

Há uma transformação na própria racionalidade criminológica, operando-se as discussões sobre um pensamento econômico aplicado. Nas palavras de Garland, há uma nova forma de atuação da justiça criminal: “os custos do crime agora são rotineiramente calculados, como também o são os custos da prevenção, do policiamento, da perseguição e da punição; os números produzidos ajudam a nortear as escolhas políticas e prioridades operacionais”⁴⁰.

Esta abordagem econômica, gerencial ou atuarial do crime apela diretamente à racionalidade econômica. A denominada análise econômica do delito – cujos desenvolvimentos se devem a Becker⁴¹ – permite a construção e a modelagem do sistema punitivo segundo a maximização da racionalidade instrumental. Quiçá o ponto máximo de estruturação da criminologia atuarial esteja debruçado sobre a utilização da estatística e do cálculo gerencial como elementos capazes de modificar a própria autodefinição do sistema punitivo. Há aqui, atualmente, na literatura criminológica britânica e americana, uma profusão de textos que vão de fórmulas explicativas da criminalidade à demonstração das margens hipotéticas de vitimização de determinada prática delitiva. E isso corresponderá, para Jock Young, a uma perda da “imaginação criminológica”⁴². Trata-se de uma nova espécie de positivismo criminológico que recorre à ortodoxia do economicismo. Há, inegavelmente, um fetiche pelos números concernentes à ilusão da precisão por eles carregada⁴³, pretensamente sob o pálio de erradicar a insegurança ontológica.

Não é à toa que em paralelo à administrativização do direito penal concorrerá uma administrativização da criminologia, algo que Zaffaroni batiza de criminologia do fim da história⁴⁴. Esta criminologia administrativizada corresponde, naquilo que lhe outorga uma relação um tanto que conturbada, ao aspecto governamental que acode ao nome de política criminal atuarial. Segue-se, aqui, a análise realizada por Maurício Dieter, em estudo pioneiro, profundo e acurado sobre o tema, quando examina a política criminal atuarial. A lógica atuarial “remete à adoção sistemática do *cálculo atuarial* como critério de *racionalidade* de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente inferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos”⁴⁵. Pode-se, via de consequência, definir a política criminal atuarial como a reprodução da racionalidade instrumental econômica com a utilização deste arsenal epistêmico junto aos procedimentos de criminalização secundária⁴⁶.

Não se pode deixar de observar que nos deparamos com verdadeiro saber de domínio instrumentalizado por interesses neoliberais e de mercado (*business principles*). Quanto a essa forma econômica de racionalidade, Garland já afirmara ser oriunda das práticas do setor privado⁴⁷. Essa abordagem, logicamente, alcançou rapidamente o campo criminal, conferindo-lhe uma disposição econômica radical⁴⁸. Tal forma de gerir interesses vai ao encontro da própria lógica de globalização

econômica, colonizando cada vez mais outros territórios⁴⁹. Na sociedade do controle, aliás, modelos de regulação desenvolvidos a partir da lógica organizacional da economia vão se tornar cada vez mais influentes⁵⁰. Esses mecanismos consagram-se como critérios mestres na articulação das estratégias de prevenção e do controle da criminalidade. Trata-se de uma racionalidade que não mais se ilude com a erradicação do crime, sabendo, contrariamente, existir certa regularidade cotidiana de transgressões penais⁵¹.

Em torno da lógica atuarial centraliza-se o conceito de *risco*, que anteriormente foi cooptado pelo próprio discurso do direito penal. Todavia, o gerencialismo e o fetiche causado pelo domínio dos números – algo sem dúvida apresentado pela lógica atuarial – demonstra à sociedade que há um imaginário coletivo que, a par do contexto contemporâneo de insegurança ontológica, como destaca Giddens⁵², haveria a possibilidade de se reencontrar a segurança. É como se a lógica atuarial representasse um (sujeito suposto) saber capaz de garantir que agora se está, de fato (!), diante da verdade, de modo a minimizar os riscos e incertezas da vida contemporânea e garantir o acerto de nossas decisões⁵³.

Esta política criminal atuarial pode ser mais bem compreendida diante de um exame que a relacione à *governamentalidade*⁵⁴. Os últimos seminários de Foucault no *Collège de France* se direcionaram no sentido de examinar as condições, as estruturas, os pequenos diagramas e associações do poder encabeçados pelos denominados dispositivos de governança. As estratégias da governança, especialmente pelos estudos que se debruçaram acerca da inexorável interligação entre criminalização e governamentalidade – como muito bem demonstrou Simon⁵⁵ – passam diretamente pela produção de dispositivos. Os dispositivos, de acordo com Agamben, são espécies de rede, permitindo a conectividade entre diversos elementos. Exercem, ainda, uma função estratégica no estudo da governamentalidade⁵⁶.

A tese de Foucault é a de que a sociedade disciplinar – especialmente aquela delineada em *Vigiar e Punir* – já não pode dar conta de todo o fenômeno da governamentalidade. Evidente que na sociedade pós-disciplinar, a disciplina não será simplesmente substituída por outro elemento. Haverá a justaposição de ambos, naturalmente. Ocorre que as lições malsucedidas da lógica disciplinar foram inegavelmente bem absorvidas sem que, no entanto, seus ideais manifestos – ao menos pelos bem intencionados – fossem consumados. Assim, dentro da genealogia da governamentalidade, pode-se afirmar que ela se desdobra pela forma da legalidade (que atua através de um código binário do permitido e proibido), da disciplina (referente aos mecanismos de vigilância e correção) e, finalmente, da segurança. No que diz respeito a esta nova tecnologia de poder, as reações frente à criminalidade, por exemplo, se darão através do cálculo de custos⁵⁷. O sistema de legalidade é aquele referente à Idade Média, o segundo, o sistema disciplinar, é o da modernidade, enquanto o terceiro – o de segurança – é o contemporâneo, que se organiza em torno do cálculo de custos e que corresponde às formas americanas e também europeias de tratamento da criminalidade.

Foucault estabelece diferenças essenciais entre a disciplina e os dispositivos de segurança. A disciplina é essencialmente centrípeta, através do isolamento de um espaço, e atua de maneira segmentária, isolando o fenômeno. Os mecanismos de segurança, pelo contrário, são tendentes à expansão, são centrífugos. Produzem, através das imbricações, sempre novos elementos. Foucault sustentará outras tantas diferenças que brotam entre o sistema disciplinar e os dispositivos de segurança. Todavia, para a tarefa deste ensaio, este desnivelamento entre o sistema disciplinar e o de segurança é vital para a compreensão das conclusões aqui levantadas⁵⁸.

Nesse rumo, desenvolve-se uma nova forma de gestão do crime a partir da estratégia de transferência de responsabilização⁵⁹, segundo a qual se delega a responsabilidade do controle a grupos e indivíduos, de modo que o Estado, em alguns setores, não mais atua diretamente contra o crime (com polícia, tribunais, prisões, etc.), senão de forma indireta, preventivamente, com apoio de organismos e organizações não estatais. Trata-se de uma nova ética ou de um mandamento ético⁶⁰ que se alastra segundo o regime de governança cujo interesse estratégico não é outro senão o de formar uma cultura *compliance* e, conseqüentemente, ampliar o controle econômico. É justamente disso que se trata, pois dirão alguns autores que “a cultura é o elemento mais eficaz de orientação e controle da conduta de indivíduos e de organizações.”⁶¹ Eis que, com isso, delinea-se uma tentativa forçada de se instaurar uma cultura delirante da administração da vida social em nosso contexto, tal como um significativo mestre⁶² que instaura uma nova ordem pela força e pela violência. E nada obstante, o próprio aparelho judiciário assume cada vez mais uma função reguladora, como já previra Foucault⁶³.

Com o alastramento do *gerencialismo*, possibilita-se, inclusive, a existência normal de uma duplicidade de códigos que permeia este campo a partir da imperatividade de tendências populistas e mandamentos internacionais de criminalização, apoiados em visões paranoicas de constantes ameaças. Acaba-se, com isso, funcionalizando o direito penal simbólico com a criminalização segundo interesses de mercado e hipertrofiando a suspeita insustentável de que todos são culpados (não se pode chegar a outra conclusão diante do prevencionismo exacerbado da nova Lei de Lavagem de Dinheiro).

O atuarialismo vem a ser, em nossa hipótese, a hipérbole de uma razão que fermenta cifras e ambiciona tudo assujeitar à visão numérica do mundo, o que corresponde a uma paranóia calculadora refinada, para empregarmos uma expressão de Sloterdijk⁶⁴. Em termos de estruturação subjetiva, trata-se de algo semelhante à metáfora do cristal de Freud em que, ao se quebrar, o cristal não se rompe ao acaso, senão somente ao longo das linhas de clivagem, cujos fragmentos são pré-determinados⁶⁵. Parece haver a mesma consequência experienciada na sociedade do controle: há uma forma de organizar a experiência dos indivíduos em que todo comportamento está previamente incluído nas análises de risco e controle de modo onipresente e aniquilador, tal como uma figura paterna absoluta que não se permite fracassar para deixar que o Eu se constitua.

A tese aqui defendida é a de que os denominados deveres *compliance* são nada mais do que estruturas capilarizadas de controle, debruçando-se na intersecção entre o administrativo e o jurídico. Através da atuação sobre a realidade, há uma espécie de ajustamento de suas funcionalidades e elementos. A própria função de prevenção comumente atribuída a estes deveres deixa bem claro se tratar de um regulador estratégico. Através destes dispositivos há um alargamento do controle estatal, em grande parte tendo como mesmo cerne o fetiche da categoria do risco. Tanto é assim que os deveres *compliance* se justificam mediante o recurso da diminuição do risco *compliance*. Entre *compliance*, riscos *compliance*, sanções administrativas e penais, existirá um fundo de realidade que pereniza e entroniza a relação entre estas categorias, permitindo a dispersão destes elementos por todas as áreas da socialidade. A análise levada adiante por Silva-Sánchez,⁶⁶ e que se tornou conhecida mundialmente, poderia ser explicada, com muito mais propriedade e profundidade, pelas lentes dos dispositivos de segurança, tendentes à expansão.

Por se tratarem de dispositivos, evidentemente exercerão funções latentes e não declaradas, inclusive não podendo ser resumidas em algumas finalidades previamente atribuíveis. Além da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, seria possível associar os denominados deveres *compliance* a uma tentativa forçosa de, com o recurso ao direito administrativo sancionador como uma maneira velada de se obter, no plano da investigação preliminar, uma *total enforcement*. O Brasil, fugindo do exemplo adotado por outros países⁶⁷, não torna obrigatória a notícia-crime, a fim de instauração da investigação preliminar. Salienta-se, aqui, a exceção trazida pela Lei 3.688/1941, em seu art. 66, I e II (omissão de comunicação de crime de ação penal pública incondicionada quando o funcionário público, em razão de suas funções, tomou conhecimento de sua prática; omissão de comunicação de crime; omissão de comunicação de crime de ação penal pública por profissional da área médica). Nos demais casos, a notícia crime é facultativa.

O não cumprimento dos deveres *compliance* estabelecidos nas regras, como já referido inúmeras vezes, sujeitará o agente omitente às sanções administrativas de alta magnitude. Como se pode perceber, por detrás das alterações normativas se esconde uma grande rede de elementos capazes de permitir a maximização da governamentalidade, isto é, a subordinação dos sujeitos ao controle meramente estatístico (lembrando que estatística não é outra coisa que um mecanismo da *razão de estado*). Percebe-se, uma vez mais, a acertada análise de Foucault acerca da tendência à expansão dos dispositivos de segurança. Uma análise como a aqui alinhavada permite diagnosticar, imediatamente, duas afetações diretas no sistema processual penal: junto à investigação preliminar e junto ao princípio da proibição da autoincriminação. Certamente uma análise mais profunda poderia levantar outras tantas séries de mutações no funcionamento da justiça criminal trazidas pelos deveres *compliance*.

Em ritmo de conclusão, parece facilmente compreensível a ampliação e o aprofundamento do controle punitivo e administrativo sobre determinadas práticas econômicas. Assim como também se verificam

inúmeros dispositivos que atuam em outras sedes. O funcionamento do sistema punitivo, mediante o recurso à justaposição de normas, estrategicamente dispostas de modo a relativizar a incidência das garantias constitucionais parece ser uma importante ferramenta da governamentalidade contemporânea. A inserção dos dispositivos de segurança revela uma tendência ao ofuscamento dos códigos de legalidade próprios da justiça criminal.

Verificou-se, mediante a análise do princípio fundamental da proibição de autoincriminação, que os deveres *compliance* se apresentam como dispositivos que subordinam a lógica jurídica a uma lógica atuarial. A ideia motriz de prevenção e de gestão de riscos, engravada no discurso da criminologia administrativa, é justamente o *leitmotiv* destes deveres *compliance*. A lógica de devassa às garantias constitucionais é fundamentada por institutos aparentemente neutros e sem a pretensão de maximização do controle estatal. Há que se ter o devido cuidado em se desconfiar desta ampliação de deveres e, inclusive, de abertura à racionalidade econômica e gerencial que ameaça governar o jurídico. Estas profundas alterações na funcionalidade do sistema punitivo começam a ser mais perceptíveis, pelo menos para certo setor da criminologia contemporânea.

A grande discussão a ser travada residirá na batalha contra a gradativa supressão destas garantias, alertando-se para o fato de que o sistema punitivo vem sendo paulatinamente colonizado pela racionalidade econômica. Os deveres *compliance* são apenas mais um dispositivo de segurança imerso na grande rede de governamentalidade na sociedade pós-disciplinar. Portanto, há que se investigar até que ponto são compatíveis com a Constituição da República e quais os limites a serem impostos.

>> NOTAS

- ¹ Cf Weber, 2001.
- ² Aglieta/Rebérioux, 2005.
- ³ Stakeholder foi um termo utilizado pela primeira vez por Robert Edward Freeman, para designar os participantes essenciais de um planejamento estratégico negocial.
- ⁴ Silverman, 2008: 05.
- ⁵ Neyer/Wolf, 2005: 41-42.
- ⁶ Neyer/Wolf, 2005: 42.
- ⁷ Cf Deacon, 2007.
- ⁸ Para Luhmann “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’ “. Luhmann, 1983: 57.
- ⁹ Neyer/Wolf, 2005: 42.
- ¹⁰ Neyer/Wolf, 2005: 46.
- ¹¹ Neyer/Wolf, 2005: 46.
- ¹² Saavedra, 2011: 11.
- ¹³ Blount, 2002.
- ¹⁴ Saavedra, 2011: 12.
- ¹⁵ Cf Ruggiero, 2008.
- ¹⁶ Eung, 2004.
- ¹⁷ As organizações deverão priorizar periodicamente seus recursos éticos e de *compliance* para atingir aquelas potenciais atividades criminosas que colocam a maior ameaça à luz dos riscos identificados. Tradução livre do autor.
- ¹⁸ Silverman, 2008: 231.
- ¹⁹ The Compliance Function in Banks. Bank for International Settlements. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs103.htm>>.
- ²⁰ Stessens, 2003: 178.
- ²¹ Nos Estados Unidos, a propósito do uso da Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro (*Money Laundering Control Act*, de 1986), as cortes têm, entretanto, flexibilizado o requisito comum da consciência necessária à prática ilícita a fim de exercer maior pressão sobre pessoas de negócio. Com isso, lançou-se mão de um instituto alternativo, o da “cegueira deliberada”. A teoria da cegueira deliberada, basicamente, incide sobre aquelas situações em que o agente buscou intencionalmente criar formas de impossibilitar a tomada de consciência sobre uma atividade ilícita específica ou sobre a existência de um fato particular. Seriam situações concretas com alto grau de probabilidade de resultarem em atividade criminosa que o réu preferiu ignorar, ou sabia ser existente. Nada mais se torna a cegueira deliberada, porquanto reconhecido instituto de fácil manejo hermenêutico em razão da sua indeterminação aplicativa (que, por consequência, confere um enorme poder às cortes), do que um substituto mental na persecução penal que satisfaz os critérios de consciência essenciais à configuração da prática criminosa. Um exemplo típico da cegueira deliberada seria o do viajante que aceita transportar um pacote para um estranho, que lhe pagaria algum valor para tanto. O viajante pode trazer uma suspeita razoável de se tratar de contrabando. Mas sem uma investigação, não seria possível apurar se o viajante sabia ou não do conteúdo ilícito do pacote. Contudo, a teoria da cegueira deliberada permite essa inferência. Se o viajante alegar desconhecimento, a teoria

abarca o requisito subjetivo de conhecimento real imputado. Logicamente, em termos de devido processo legal, isso pode trazer alguns problemas. Ao se adotar tal critério de intencionalidade, claramente expandido, acaba-se por fragilizar e reduzir o ônus da prova (*proof*) do órgão acusador, pois não havendo como criar prova direta, desloca-se a carga probatória para o réu, fortalecendo-se uma indesejável presunção – *juris tantum* – de culpa e do conhecimento imputado. Em suma, a teoria da cegueira deliberada vem justamente quebrar com o tradicional padrão de conhecimento, expandindo-o e equalizando a culpabilidade quer para o conhecimento quer para a deliberada ignorância. Cf, Kaenel, 1993: 1189-1216.

²² Cf Demetis, 2010.

²³ Pieth/Aiolfi, 2004.

²⁴ Trata-se de uma figura ligada ao “estado mental” (*state of mind*) do agente de uma conduta delituosa, constitutivo do *mens rea* (mente culpável). A figura da *recklessness* significa que ao agente não desejou o resultado mas, prevendo o resultado, agiu de tal maneira a expor alguém a risco. Trata-se de uma figura muito similar ao dolo eventual do direito brasileiro.

²⁵ Bernasconi, 2005: 247-256.

²⁶ Estes *standards* podem ser consultados em: <www.fssc.org.uk>.

²⁷ Howarth, 2007: 17-20.

²⁸ Bacigalupo, 2005: 69.

²⁹ Armenta Deu, 2004: 54.

³⁰ Pisapia, 1975: 31.

³¹ Cordero, 2000: 94.

³² Schmidt, 2006: 67.

³³ Langbein, 1997: 82.

³⁴ Por sistema adversarial destaca Damaska: “by adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive.” Damaska, 1997: 74.

³⁵ Langbein, 1997: 108.

³⁶ Saavedra, 2011: 12.

³⁷ Cf Badaró/Bottini, 2012.

³⁸ Garland, 2008: 50.

³⁹ Garland, 2008: 390.

⁴⁰ Garland, 2008: 396.

⁴¹ Becker, 1990: 39-85.

⁴² Young, 2011: viii.

⁴³ Young, 2011: 44.

⁴⁴ Zaffaroni, 2011: 305.

⁴⁵ Dieter, 2012: 05.

⁴⁶ Em sentido similar Cf Dieter, 2012: 06.

⁴⁷ Garland, 1999: 65.

⁴⁸ O'Malley, 2009: 12.

⁴⁹ O que não significa, frise-se, que o Estado se fragilize. Ferguson/Gupta, 2005: 123.

⁵⁰ Braithwaite, 2003: 10, 20-3.

⁵¹ Configura-se verdadeira transformação penalógica, sob três principais dimensões: (1) mudança discursiva com a implementação de uma nova linguagem numérica de probabilidades e de análise de risco; (2) imposição de novos objetivos orientados pelo primado da eficiência do controle, não se pretendendo mais eliminar o crime, senão geri-lo por meio de uma coordenação sistemática, num processo de gestão da criminalidade (uma razoável quantidade de crime aceitável em qualquer sociedade); e (3) emprego de novas técnicas de verificação

de perfis de risco com a finalidade de aumentar a prevenção de periculosidades, promovendo uma incapacitação seletiva dos infratores de alto risco, com a promessa de reduzir os efeitos do crime na sociedade. Feeley/Simon, 1992.

⁵² Cf Giddens, 2003.

⁵³ Zizek, 2008: 79.

⁵⁴ “Por esta palavra, ‘governamentalidade’, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança.” Foucault, 2008: 143.

⁵⁵ Cf Simon, 2007.

⁵⁶ Agamben, 2009.

⁵⁷ Foucault, 2006: 20-21.

⁵⁸ As outras distinções elaboradas por Foucault seriam as de que: a) enquanto o sistema disciplinar possui uma tendência a tudo regulamentar, os dispositivos de segurança atuam na permissividade, no “deixar fazer; b) a disciplina distribuiria as coisas segundo um código do permitido/proibido. Há uma tendência de codificação constante do permitido e do proibido pelo mecanismo disciplinar. O dispositivo de segurança não adota plenamente o ponto de vista do permitido nem aquele do proibido. O dispositivo de segurança atua diretamente sobre a realidade, anulando-a”. Foucault, 2006: 66-67.

⁵⁹ Garland, 1999: 67.

⁶⁰ Saavedra, 2011: 11-12.

⁶¹ Coimbra/Manzi, 2010: 87

⁶² Zizek, 2008: 57.

⁶³ Foucault, 1998: 157.

⁶⁴ Sloterdijk, 2012: 500.

⁶⁵ Safatle, 2011.

⁶⁶ Silva-Sánchez, 1999.

⁶⁷ Por exemplo, na Espanha, a notícia crime é obrigatória, podendo sujeitar o agente que se omite às penas do art. 450 da Ley Orgánica 10/1995.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Agamben, Giorgio (2009).** *O Que é o Contemporâneo e Outros Ensaio*s. Chapecó: Argos.
- Aglietta, Michel/Rebérioux, Antoine (2005).** *Corporate Governance Adrift: a critique of shareholder value*. Cheltenham: Northampton: Edward Elgar.
- Alexy, Robert (2001).** *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Armenta Deu, Teresa (2004).** *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, Enrique (2005).** *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Badaró, Gustavo/Bottini, Pierpaolo Cruz (2012).** *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Becker, Gary (1990).** *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Blomberg, Thomas G/Hay, Carter (2007).** "Visions of Social Control revisited". In: David Downes, Paul Rock, Christine Chinkin and Conor Gearty (orgs.). *Crime, Social Control and Human Rights: From moral panics to states of denial – Essays in honour of Stanley Cohen*. Canada: Willan Publishing, p. 174-194.
- Blount, Ernest C (2002).** *Occupational Crime: deterrence, investigation and reporting compliance with federal guidelines*. Boca Raton: CRC Press.
- Braithwaite, John (2003).** "What's Wrong with the sociology of punishment?". *Theoretical Criminology*, vol. 7(1), p. 5-28.
- Coimbra, Marcelo de Aguiar/Manzi, Vanessa Alessi (2010).** *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas.
- Costa, Rogério da (2003).** "A Sociedade de Controle". *São Paulo em Perspectiva*, v. 17, n.3, p.161-167.
- Cordero, Franco (2000).** *Procedimiento Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A, vol. 2.
- Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (2001).** "Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro". *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 26-51.
- Damaska, Mirjan (1997).** *Evidence Law Adrift*. London: New Haven: Yale University Press.
- Deacon, Bob (2007).** *Social Policy and Governance*. London: SAGE.
- Demetis, Dionysios (2010).** *Technology and Anti-Money Laundering: a systems theory and risk-based approach*. Cheltenham: Northampton: Edward Elgar.
- Dieter, Maurício Stegemann (2012).** *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese Apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR.
- Feeley, Malcolm M./Simon, Jonathan (1992).** "The New Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications". *Criminology*, 30(4), p. 449–474.
- Foucault, Michel**
(2008). *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
(2006). *Seguridad, Territorio, Población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
(1998). *A História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Rosa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal.

Garland, David

(2008). *A Cultura do Controle: crime e ordem na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan.

(1999). “As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o caso britânico”. *Revista de Sociologia e Política*, N. 13, Nov., 59-80.

Giddens, Anthony (2003). *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

Helmholz et all (1997). *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and development*. Chicago: London: University of Chicago Press.

Kaenel, Franz J. von (1993). “Wilful Blindness: a permissive substitute for actual knowledge under the Money laundering control act”. *Washington University Law Review*, v. 71. Washington, p. 1189-1216.

Langbein, John (1997). “The Privilege and the Common Law Criminal Procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries”. In: Helmholz et all. *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and development*. Chicago: London: University of Chicago Press, 82.

Lopes Júnior, Aury (2012). *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Luhmann, Niklas (1983). *Sociologia do Direito I*. Brasília: Tempo Brasileiro.

Muller, Wouter H/Kalin, Christian H/Goldsworth, John G. (2007). *Anti-Money Laundering: international law and practice*. San Francisco: John Wiley and Sons Ltd.

O’Malley, Pat (2009). *Governmental Criminology*. London: Sage, n. 09/84, Set.

Pieth, Mark/Aiolfi, Gemma (2004). *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering: a critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the U.K and the U.S.A*. Chetenham and Northampton: Edward Elgar.

Pisapia, Gian Domenico (1975). *Compendio di Procedura Penale*. Padova: CEDAM.

Ruggiero, Vincenzo (2008). *Crimes e Mercados: ensaios em anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Saavedra, Giovanni (2011). “Reflexões Iniciais Sobre Criminal Compliance”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 18. Jan.

Safatle, Vladimir (2011). *Paranóia como Catástrofe Social: sobre o problema da gênese de categorias clínicas*. São Paulo: Unesp.

Savona, Ernesto U (2005). *Responding to Money Laundering: international perspectives*. London: Taylor & Francis.

Schmidt, Eberhard (2006). *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Lerner.

Silverman, Michael G (2008). *Compliance Management for Public, Private and Non-Profit Organizations*. New York: McGraw Hill.

Silva-Sánchez, Jesús-Maria (1999). *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Simon, Jonathan (2007). *Governing Through Crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press.

Sloterdijk, Peter (2012). *Crítica da Razão Cínica*. Tradução de Marco Casanova, Paulo Soethe, Mauricio Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego e Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade.

Weber, Leonard J (2001). *Business Ethics in Healthcare: beyond compliance*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.

Yeung, Karen (2004). *Securing Compliance: a principled approach*. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Young, Jock (2011). *The Criminological Imagination*. London: Polity.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *Las Palabras de los Muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

Zizek, Slavoj

(2008a). *En Defensa de la Intolerancia*. Tradução de Javier Eraso Ceballos. Madri: Sequitur.

(2008b). *Visão em Parallaxe*. Tradução de Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo.

Zurn, Michael/Joerges, Christian (2005). *Law and Governance in Postnational Europe: compliance beyond the national state*. Cambridge: Cambridge University Press.

**DIGNIDADE HUMANA, ASSISTÊNCIA SOCIAL
E MÍNIMO EXISTENCIAL: A DECISÃO
DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT QUE
DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE
DO VALOR DO BENEFÍCIO PAGO AOS
ESTRANGEIROS ASPIRANTES A ASILO
// HUMAN DIGNITY, SOCIAL SECURITY
AND MINIMUM LIVING WAGE: THE DECISION
OF THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT THAT
DECLARED THE UNCONSTITUTIONALITY
OF THE BENEFIT AMOUNT PAID TO
ASYLUM SEEKERS**

João Costa Neto

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente texto analisa a recente decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos aspirantes a asilo (*Asylbewerber*). A decisão reafirmou e consolidou algumas das posições da Corte sobre o mínimo existencial ou mínimo de existência (*Existenzminimum*). Ademais, em vez de simplesmente declarar a nulidade da lei inconstitucional, a Corte estabeleceu um regramento de transição (*Übergangsregelung*), que envolveu conceder, simultaneamente, efeitos prospectivos e retroativos ao julgado. // This text analyses the recent decision of the Federal Constitutional Court of Germany that declared the unconstitutionality of the amount paid to asylum seekers (*Asylbewerber*). The decision reaffirmed and consolidated some views of the Court on the living wage (*Existenzminimum*). Furthermore, instead of simply declaring the unconstitutional act void, the Court established a transition rule (*Übergangsregelung*), which involved assigning prospective and retroactive effects to the ruling.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

dignidade humana (*menschenwürde*); seguridade social; mínimo existencial ou mínimo de existência (*existenzminimum*); tribunal constitucional federal alemão (*bundesverfassungsgericht*) // human dignity (*menschenwürde*); social security; living wage (*existenzminimum*); federal constitutional court of germany (*bundesverfassungsgericht*)

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Substituto de Direito Administrativo da Universidade de Brasília (UnB), pela qual é Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição. // Junior Lecturer and Ph.D. candidate in Constitutional Law at the University of Brasília (UnB).

>> AGRADECIMENTOS // ACKNOWLEDGMENTS

Eu gostaria de agradecer aos revisores anônimos da revista, pelas suas percucientes críticas. Sou também devedor de Carolina Barreto Lemos e de Carina Rodrigues de Araújo Calabria, pelo auxílio durante o processo de edição deste artigo. Por fim, registre-se minha gratidão ao Professor Marcelo Neves e ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por todo o inestimável apoio acadêmico. // I would like to thank the anonymous peer reviewers for their insightful comments and criticisms. I also thank Carolina Barreto Lemos and Carina Rodrigues de Araújo Calabria for their help during the editing process of this paper. Finally, I am profoundly indebted to Professor Marcelo Neves and Justice Gilmar Ferreira Mendes for their invaluable academic support.

1. INTRODUÇÃO

No dia 18 de julho de 2012, a 1ª Turma (*erster Senat*) do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) tornou pública uma das decisões mais relevantes do ano de 2012. A controvérsia foi submetida à Corte pelo Tribunal da Seguridade Social da Renânia do Norte-Vestfália (*Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen*)¹, em um procedimento concreto de controle de normas (*konkretes Normenkontrollverfahren*).²

A questão surgiu de duas demandas julgadas em conjunto: a primeira foi levada ao Judiciário por um cidadão iraquiano de etnia curda, nascido em 1977, que viajou à Alemanha em 2003, em busca de asilo político, o que lhe foi negado. Por motivos humanitários, sua estada naquele país vem sendo tolerada (*geduldet*) desde então³; a segunda, por uma criança, representada por sua mãe, que fugiu da Libéria para a Alemanha. Desde 2010, a criança, nascida em 2002, teve reconhecida a cidadania alemã. Antes disso, a mãe havia ingressado em juízo, a fim de questionar o valor do benefício que fora pago a elas durante alguns meses do ano de 2007.⁴

Em ambos os casos, os Tribunais de origem entenderam que as pretensões deduzidas deveriam ser rejeitadas, à luz do direito infraconstitucional. Do ponto de vista constitucional, coube ao *Bundesverfassungsgericht* proferir a palavra final.

A decisão mostra-se relevante sob, pelo menos, duas perspectivas. Por um lado, ela consolida e reitera alguns dos posicionamentos da Corte, no que tange à dignidade humana e ao mínimo existencial ou mínimo de existência (*Existenzminimum*); por outro, a técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade utilizada pelo Tribunal postergou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a conceder ao legislador prazo para adequar a legislação infraconstitucional à Lei Fundamental. Isso implicou, também, a atribuição de efeitos tanto prospectivos, como retroativos à decisão, por meio da criação de um regimento de transição (*Übergangsregelung*) com perfil de analogia. Buscou-se elucidar esse ponto na parte 6 (seis) deste texto.

O julgado foi objeto de ampla divulgação na imprensa; publicaram-se artigos a respeito em vários veículos de comunicação da Alemanha, inclusive nos sítios eletrônicos da revista *Stern*, do jornal *Süddeutsche Zeitung* e do jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

O objetivo deste artigo é explicar pontos relevantes da referida decisão e esclarecer algumas das teses jurídicas a ela subjacentes. O texto foi escrito para ser lido em sua inteireza. Todavia, caso o leitor queira tomar conhecimento apenas dos aspectos principais da recente decisão, sem se preocupar com as demais questões, ainda que relevantes para uma compreensão mais percuciente do tema, sugere-se ler apenas as partes 3 e 6 deste artigo.

2. BREVE HISTÓRICO

Antes da análise da decisão propriamente dita, é importante fazer uma pequena digressão, a fim de que alguns dos posicionamentos do Tribunal possam ser entendidos.

O Estado respeita a dignidade humana por meio de uma abstenção. Nessa dimensão, a dignidade impõe direitos de defesa (*Abwehrrechte*), isto é, o cidadão tem direito a não ser importunado por intervenções (*Eingriffe*) estatais.

Quando se tem uma Constituição que garante a dignidade humana, a regra, conquanto haja exceções, é a de que o sujeito possui o direito de autodeterminar-se e de desenvolver-se sem ingerências estatais.

De outro ponto de vista, a dignidade humana, quando tutelada faticamente, impõe ao Estado direitos de prestação (*Leistungsrechte*), como ocorre, por exemplo, na garantia do mínimo existencial (*Existenzminimum*), que serve para salvaguardar os pressupostos materiais mínimos da autonomia do sujeito.^{5 6} O paradigma capitalista de que todos são livres, de plano, ou seja, a despeito das circunstâncias empíricas – porque tal liberdade decorreria da racionalidade e da faculdade de escolha –, deixa de ponderar adequadamente situações fáticas que tolhem e maculam o consentimento.

Um sujeito desprovido de quaisquer meios materiais, alguém acometido de um estado grave de derrelição material e econômica, tem sua autonomia violada, uma vez que sua margem de ação (*Spielraum*) tende a zero. O Estado deve, por meio de ações, proteger os pressupostos fáticos da autonomia, sob pena de malferir a dignidade humana. Nesse diapasão, a seguridade social é um forte instrumento de efetivação da dimensão fática da dignidade humana.

A dignidade humana (*Menschenwürde*), para o *Bundesverfassungsgericht*, implica o direito do indivíduo de, “(...) em liberdade, determinar-se a si mesmo e desenvolver-se” (*in Freiheit, sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten*).⁷ O indivíduo deve ser compreendido como alguém que vive em sociedade e que encontra nela seus limites, porém tendo garantida sua independência (*doch muss die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben*). Ele deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais (*als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss*). Tornar o ser humano mero objeto do Estado contraria a dignidade humana (*Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen*).⁸

É de notar-se o seguinte: o indivíduo que não possui as condições materiais mínimas indispensáveis a uma vida digna não detém uma autonomia fática-efetiva. Ele carece de autonomia, porque tem sobre si, cotidianamente, a espada de Dâmocles⁹, à medida que luta para manter a própria sobrevivência. E nessa perspectiva, a margem de suas possibilidades de escolha reduz-se de maneira tal, que ele tem o exercício da autonomia restringido ou impossibilitado pelas circunstâncias. Com efeito, é de concluir-se que a restrição excessiva do exercício da autonomia ou sua impossibilidade viola a dignidade do indivíduo. A supressão ilegítima da

liberdade e o desrespeito à integridade física e moral tornam o cidadão inapto para autodeterminar-se.¹⁰

Não apenas na Alemanha, mas também em outros países, o conceito de dignidade humana encontra-se previsto constitucionalmente e está associado ao conceito de autonomia. Observa-se que ele é, hodiernamente, um dos conceitos mais difundidos em direito constitucional no mundo.

Além de encontrar-se inscrito sob a rubrica “dignidade”, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade humana encontra-se expressamente consignada em várias Constituições, como as: brasileira (art. 1º, III), alemã (art. 1º), portuguesa (art. 1º), irlandesa (preâmbulo), grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18) e outras. Ressalte-se, ainda, que a dignidade humana possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000 e torna-se legalmente vinculante na maior parte da União Europeia, em 2009, por meio do tratado de Lisboa.¹¹

A título de exemplo, vale mencionar que, na França, a dignidade da pessoa humana (*dignité de la personne humaine*) está intimamente ligada à ideia de não-degradação do ser humano e à vedação de práticas que, embora consentidas, sejam fruto de uma anuência maculada ou tolhida. A propósito, mencione-se que a dignidade da pessoa humana não se encontra explicitamente prevista na Constituição da 5ª República (*Cinquième République*) de 1958. Como se sabe, nesse país, os direitos do homem e as liberdades fundamentais (*Droits de l'homme et libertés fondamentales*) não estão no próprio texto constitucional, mas sim em outras partes do bloco de constitucionalidade francês (*bloc de constitutionnalité*).¹²

Em virtude de posicionamento do *Conseil constitutionnel*, adotado em 1971 (*Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971*), reconhece-se a natureza constitucional dos artigos da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) e do preâmbulo da antiga Constituição de 1946 – esse último muito importante no que toca aos direitos sociais –, por terem sido citados no preâmbulo da atual Constituição, datada de 1958. Assinale-se, ainda, que a recente introdução, com força de emenda constitucional, por obra do poder constituinte derivado ou constituído, da Carta sobre o Meio Ambiente de 2004 (*Charte de l'environnement*) também representa uma ampliação da quantidade de atos normativos com hierarquia constitucional na França.¹³

No que concerne à dignidade da pessoa humana, ela foi reconhecida, no ordenamento jurídico francês, como corolário implícito da declaração dos direitos do homem e do cidadão e do texto do preâmbulo da antiga Constituição de 1946¹⁴, os quais, como apontado, possuem *status* e hierarquia constitucional.

O reconhecimento pelo *Conseil constitutionnel* da envergadura constitucional da dignidade da pessoa humana deu-se na *Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994*, como assevera Dominique Rousseau.¹⁵

Nela, registrou-se que:

2. *Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que: "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés"; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle;*
3. *Considérant que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen; qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle;*
4. *Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" et qu'aux termes de son onzième alinéa: "Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère..., la protection de la santé"; (grifo meu)*

Delineado um breve panorama inicial, segue o estudo, propriamente dito, do caso em apreço. Entre as várias decisões que interpretam e aplicam ao caso concreto o conceito de dignidade humana, a recente decisão do *Bundesverfassungsgericht* é, sem dúvida, paradigmática.

3. A DECISÃO

Segundo a decisão em comento, o benefício pago aos *Asylbewerber* é incompatível com o *Grundgesetz*, a Lei Fundamental alemã. O termo *Asylbewerber* significa, literalmente, “aspirante a asilo” ou “requerente de asilo”. Pode-se usar, no nosso vernáculo, o termo “suplicante”. Essa palavra, embora pouco usada na língua contemporânea, denota exatamente a ideia do termo alemão. Daí chamar-se, não coincidentemente, a célebre peça do tragediógrafo grego Ésquilo de “As Suplicantes”, título que traduz a expressão *Hiketides*, em grego antigo.¹⁶ Suplicante, nessa acepção, é aquele que busca, que requer, que pede.

O conceito legal de “candidato ou requerente a asilo” está previsto no § 1, (1), 1 a 7, da Lei do benefício aos aspirantes a asilo (*Asylbewerberleistungsgesetz*). Em todas as 7 (sete) hipóteses previstas nessa lei, que conceituam o que seja legalmente *Asylbewerber*, trata-se de estrangeiros. Os dispositivos legais abarcam diversos estrangeiros, inclusive refugiados (*Flüchtlinge*) que conseguiram viajar para a Alemanha e que, por diversos motivos, não podem voltar ao país de origem, embora tampouco tenham tido autorização para ingresso definitivo em território alemão.

Como o *Bundesverfassungsgericht* assinalou em sua decisão, em 1993, quando foi promulgada a mencionada lei, o pagamento do benefício a estrangeiros era muito limitado. Pela regra antiga, ele só era devido àqueles estrangeiros que devessem permanecer não mais de seis meses na Alemanha. Em 26 de maio de 1997 e em 5 de agosto de 1997, a lei foi substancialmente alterada, tendo seu campo de incidência alargado de maneira ponderável, o que implicou o pagamento desse benefício a mais indivíduos.¹⁷ Nas palavras da Corte, a partir de então, o círculo de abrangência da lei estendeu-se, fundamentalmente, a todos os estrangeiros ou estrangeiras que permanecessem de maneira tipicamente temporária, sem *status* determinado e certo de estrangeiro (*grundsätzlich alle Ausländerinnen und Ausländer erfassen, die sich typischerweise vorübergehend, also ohne verfestigten ausländerrechtlichen Status, in Deutschland aufhalten*).¹⁸ Nesse segundo momento, não havia uma quantidade fixa de tempo, como anteriormente. A lei foi novamente alterada em, pelo menos, três outras oportunidades – 2004, 2007 e 2011 –, a fim de adequar-se aos padrões da União Europeia, aumentando ainda mais o número de estrangeiros por ela alcançado.

Com efeito, pelo regramento atual, estão precipuamente contemplados na lei estrangeiros que não possuem um direito certo e definitivo de residência ou permanência (*Aufenthaltsrecht*), embora também não possam ser deportados da Alemanha. Tal situação ocorre, amiúde, por questões de direito internacional, como a regra do *non-refoulement*.

Essa regra impede países de devolverem, por deportação, expulsão ou extradição, estrangeiros que, por meio desse ato, estejam seriamente sujeitos a torturas, risco de morte ou outras violações e ameaças dessa gravidade.¹⁹ Destaque-se que o *non-refoulement* é entendido como *ius cogens*, a saber, como norma de observância imperativa e peremptória do Direito Internacional Público, a qual, além de estar expressamente prevista no art. 6º da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, era, antes disso, um imemorial e vinculativo costume dos países civilizados. Isso faz com que essa regra consubstancie, assim, fonte primária do Direito Internacional Público.

A doutrina estrangeira aponta que, em muitos casos, a regra do *non-refoulement* cria um delicado problema, qual seja: estrangeiros que não podem ser mandados de volta ao país de origem, mas que tampouco podem ingressar em definitivo no território nacional do país onde se encontram.²⁰ A decisão do *Bundesverfassungsgericht* alcança, sobretudo, estrangeiros nessa situação. Segundo a Corte, dados do governo indicam que mais de 50.000 (cinquenta mil) dos *Asylbewerber* tenham fugido para a Alemanha em virtude de guerras ou conflitos dos seus países de origem.²¹

É o caso de Asghar Bazarganipour, iraniano que vive na Alemanha desde 1998 e que fugiu da perseguição política do Irã. Contudo, foi-lhe negado o direito de permanecer em território alemão, e, como não poderia ser mandado de volta, por estar sujeito a perseguições e por não ter autorização para ser enviado a nenhum outro país, ele permaneceu na Alemanha. Ele, como muitos outros, reside em um cubículo de doze

metros quadrados, localizado em um abrigo para estrangeiros e refugiados. É vedado ao Sr. Bazarganipour trabalhar ou sair das imediações do abrigo, devido à falta de permissão para permanecer na Alemanha em caráter definitivo ou quase-definitivo, o que implica ser proibido de trabalhar ou de ir e vir no território alemão.²²

São muitos os casos dos estrangeiros nessas condições, e o benefício em questão, objeto da decisão do *Bundesverfassungsgericht*, é pago principalmente a essas pessoas. Majoritariamente, trata-se de estrangeiros em situações precárias, que têm a esperança de poder viver e trabalhar na Alemanha. Estima-se que 130.000 (cento e trinta mil) indivíduos que vivem nesse país sejam afetados pela decisão do *Bundesverfassungsgericht*²³, embora dados do governo apontem que esse número pode ser maior do que 150.000 (cento e cinquenta mil).²⁴

Ghassan Kanoun, nacional da Síria, também se encontra na situação descrita. Ele fugiu há seis anos de seu país para a Alemanha, onde se encontra nas condições de refugiado sem permissão para estada.²⁵

O benefício percebido pelos *Asylbewerber* normalmente é de, apenas, 224,97 € (duzentos e vinte quatro euros e noventa e sete cêntimos).²⁶ Na verdade, pagam-se valores a depender da situação do estrangeiro. Os valores previstos na lei, depois de convertidos para euros, são, na verdade, 184,07 € (cento e oitenta e quatro euros e sete cêntimos), 112,48 € (cento e doze euros e quarenta e oito cêntimos), 158,50 € (cento e cinquenta e oito euros e cinquenta cêntimos), 20,45 € (vinte euros e quarenta e cinco cêntimos) e 40,90 € (quarenta euros e noventa cêntimos), os quais podem (e geralmente são) somados até chegar-se a um valor final.²⁷ No total, o valor mais comum é de 224,97 € (duzentos e vinte e quatro euros e noventa e sete cêntimos). Mesmo o maior benefício possível, segundo os parâmetros delineados na lei, parece ser completamente insuficiente.

Desde 1993, nunca se reajustou o valor do benefício em questão. Alguns estrangeiros chegam a ter que tirar de seu benefício (224,97 €) o valor de multas cobradas pelo governo alemão, a título de punição por infração administrativa (*Ordnungswidrigkeit*). Foi o que ocorreu com o afegão Obaid Abdullah. Cobraram-lhe 10 € (dez euros) ao mês, por diversos meses, pelo fato de ele ter ido para a Alemanha sem qualquer tipo de visto ou autorização. Embora ele já tenha conseguido duas ofertas de emprego, não pode trabalhar, porque permanece em território alemão com uma autorização precária de permanência, o que lhe impede de deixar o abrigo onde vive.²⁸

Esse caso não é muito diverso de alguns outros, cobertos por reportagens especiais do jornal alemão *Süddeutsche Zeitung*, as quais descreveram, de maneira individualizada e com base em entrevistas e fotos, a situação de 10 (dez) diferentes *Asylbewerber*, que vivem, atualmente, em diferentes partes da Alemanha.

Constatando essa realidade, o *Bundesverfassungsgericht*²⁹ decidiu que o valor do benefício pago a esse grupo de pessoas é inconstitucional. Para a Corte, esse valor é evidentemente insuficiente (*evident unzureichend*) e inadequado em face da realidade, uma vez que não foi alterado desde 1993 (*seit 1993 nicht verändert worden ist*)³⁰; o custo de vida na

Alemanha cresceu em mais de 30% durante esse período.³¹ Esclareceu-se que a dignidade humana – prevista no art. 1º, parágrafo 1º, do *Grundgesetz* (GG) –, combinada com o princípio do Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*) – previsto no art. 20, parágrafo 1º, do GG –, salvaguarda um direito fundamental à garantia de um mínimo existencial humanamente digno (*Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*).³² Para o Tribunal, restou muito claro que o benefício objeto do julgado tem por escopo regrear e disciplinar, por meio de sua área de aplicação, a segurança da existência mesma do indivíduo (*Das Asylbewerberleistungsgesetz regelt in seinem Anwendungsbereich Leistungen zur Sicherung der Existenz*).³³ Para tanto, porém, o legislador, ao fixar o valor do benefício, não se valeu de meios adequados, consistentes e transparentes.³⁴

Reiterou-se a visão de que tal direito fundamental abrange não apenas os valores indispensáveis para uma existência física-fisiológica, mas também a proteção e oferta de uma medida mínima de participação na vida política, social e cultural. Deve-se assegurar a possibilidade de o indivíduo manter relações inter-humanas (*zwischenmenschliche Beziehungen*) e sociais.

O Tribunal consignou, ademais, que o direito fundamental referido estende-se a alemães e estrangeiros que estejam na Alemanha, em pé de igualdade. Registrou-se a obrigação de o legislador levar em conta, ao fixar o valor do benefício, que o mínimo existencial configura um direito humano (*Menschenrecht*). Logo, ao fixar o respectivo valor, não se afigura plausível diferenciar estrangeiros de alemães, com base no *status* de permanência de cada um no território alemão. Dito de outra maneira: o simples fato de os *Asylbewerber* estarem em condições precárias na Alemanha e não possuírem autorização de permanência no país não significa que eles tenham um direito inferior à dignidade humana, que é indistinta para todos.³⁵

A Corte determinou que a única hipótese permissível de distinção dos valores do benefício reside na possibilidade de, à luz das necessidades concretas de uma pessoa ou de uma família (o número de integrantes ou de crianças de um dado grupo familiar, p. ex.), fixarem-se valores diversos.

Ao analisar mais detidamente o benefício pago aos *Asylbewerber*, constatou-se que os critérios utilizados eram muito menos pormenorizados do que aqueles relativos ao direito assistencial (*Fürsorgerecht*) como um todo. Um cotejo entre a lei cujos dispositivos foram declarados inconstitucionais e o SGB XII³⁶, principal sede legal da assistência social alemã, demonstrou que os critérios eram muito distintos.³⁷

No SGB XII, levam-se em conta diversas circunstâncias dos beneficiários; crianças em faixas etárias diferentes, por exemplo, geram alterações nos valores pagos. Condições de saúde dos beneficiários são também capazes de influenciar os valores do benefício, presumindo-se que o doente necessita adquirir remédios e, logo, requer mais cuidados. Arca-se, dessa maneira, com mais gastos do que alguém que não esteja em tal situação.

O governo federal argumentou, em defesa da lei retorquida, que as diferenças verificadas estavam dentro da discricionariedade social-política do legislador (*im sozialpolitischen Ermessen des Gesetzgebers*). Sob essa

ótica, seria lícito diferenciar os estrangeiros com um estatuto de permanência incerto (*Ausländer mit ungesichertem Aufenthaltsstatuts*).³⁸ Em sentido diametralmente oposto, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), ao manifestar-se sobre o caso, alegou que o legislador alemão descumpriu mandamentos de várias convenções internacionais e que o benefício pago possui nível inferior ao mínimo de assistência social a ser garantido com base no direito internacional (*eine Unterschreitung des völkerrechtlich zu gewährenden Minimums an Sozialhilfe*).³⁹ Muitas entidades, de todo tipo, algumas alemãs e outras internacionais, emitiram juízos sobre o caso. As contribuições desses *amici curiae* encontram-se relatadas na decisão final da Corte.⁴⁰

Para o Tribunal, todos têm direito ao mínimo existencial, o qual se verifica de acordo com as necessidades de cada um. Há de se concluir, portanto, que o benefício também deve variar, porque as necessidades concretas de cada um variam. Na Alemanha, como no Brasil, o benefício que salvaguarda o mínimo existencial faz parte da assistência social (*Sozialhilfe*) e, por conseguinte, não possui caráter contraprestacional.⁴¹ Lá, ele chama-se “auxílio à subsistência” (*Hilfe zum Lebensunterhalt*); logo, qualquer pessoa que se encontre na hipótese de contingência prevista na norma faz jus ao mencionado benefício.

Não há pré-condições (*Vorbedingungen*), na aceção previdenciária dessa palavra, à concessão do benefício. Portanto, não é necessária prévia contribuição, qualidade de segurado ou cumprimento de período de carência. Frise-se, também, que o ato de concessão é vinculado e não se sujeita à discricionariedade ou ao juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

Ao analisar a constitucionalidade do valor do benefício, o *BVerfG* notou que houve tentativas de tornar o valor pago aos *Asylbewerber* mais condizente com a realidade. Para tanto, o legislador chegou a autorizar que a adaptação dos valores fosse feita por regulamento ou decreto (*Verordnung*), a fim de que o benefício acompanhasse a evolução dos custos de vida. Contudo, além de esse projeto não ter passado de um afã irrealizado⁴², nunca se fez uso das elevadas altas dos preços (*erhebliche Preissteigerungen*) como parâmetro para efetivar o aumento do valor do benefício (*Der Gesetzgeber hat bereits in das Asylbewerberleistungsgesetz 1993 eine bis heute geltende Verordnungsermächtigung zur Anpassung der Leistungen an die Entwicklung der tatsächlichen Lebenshaltungskosten aufgenommen, von der jedoch trotz der seither erheblichen Preissteigerungen nie Gebrauch gemacht wurde*).

Restou decidido que o legislador ordinário tem a obrigação de empreender uma constante atualização (*stetige Aktualisierung*), a fim de que o valor do benefício pago, a título de mínimo existencial, não acabe por ser insuficiente para garantir tanto a sobrevivência física do indivíduo como uma medida mínima de participação nas vidas social, política e cultural (*Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben*), às quais ele faz jus, sob pena de violar-se o direito fundamental à garantia de um mínimo existencial humanamente digno (*Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*).⁴³

O descompasso entre o benefício pago e o real custo de vida fez a Corte declarar que aquela situação estava claramente além da margem de ação do legislador. Não se negou que cabe a ele uma ampla margem de disposição e formação (*Gestaltungsspielraum*) quanto ao pagamento de benefícios (*Leistungen*).⁴⁴ Contudo, a situação analisada estava além dos próprios limites lícitos ao legislador, tornando forçoso declarar inconstitucionais os dispositivos da lei, o que incluía, principalmente, o valor do benefício.

Manter-se é uma obrigação do indivíduo. Todavia, quando ele não pode fazê-lo, nem tem quem o faça por ele, esse dever é transmitido ao Estado. O legislador tem o dever de concretizar as formas por meio das quais o Estado irá cumprir essa função. E nesse particular, ele possui ampla margem de ação. Contudo, quando, de maneira deficitária e inconsistente, o legislador não age a contento e descumpre sua obrigação constitucional de determinar parâmetros suficientes para a proteção do mínimo existencial, é certo que o direito ordinário e infraconstitucional passa a ser inconstitucional (*Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig*).⁴⁵

No quadro observado, foi igualmente relevante o fato de os benefícios pagos aos *Asylbewerber* serem, em regra, claramente inferiores àqueles pagos segundo as regras de direito assistencial dos SGB II e XII (*Die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sind – hinsichtlich des dem Regelbedarf vergleichbaren Bedarfs – in der Regel deutlich niedriger als diejenigen nach dem sonstigen Fürsorgerecht des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch*).

Um beneficiário do sistema comum de assistência social ganha, desde janeiro de 2012, pelo menos, 346,59 € (trezentos e quarenta e seis euros e cinquenta e nove centavos) para sua manutenção mais básica.⁴⁶ Destaque-se que esse valor é destinado a um solteiro, sem família e filhos e sem nenhuma das despesas excepcionais previstas no SGB XII. Em contraposição, um *Asylbewerber*, na mesma situação, ganha 224,97 € (duzentos e vinte e quatro euros e noventa e sete centavos). A defasagem de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) foi bastante criticada pelo Tribunal.⁴⁷ No que tange aos adicionais, pagos por criança do núcleo familiar, a tabela inserta na decisão comprova que a defasagem, a depender da faixa etária, varia entre 27% (vinte e sete por cento) e 54% (cinquenta e quatro por cento). Em qualquer hipótese, os adicionais da lei dos *Asylbewerber* são sempre inferiores aos do sistema comum de assistência social.

Isso implica que não apenas os alemães cobertos pela assistência tenham direito a benefícios melhores, como também que estrangeiros com direito definitivo de permanência tenham uma situação bem mais favorável do que os *Asylbewerber*. Desse modo, estabeleceu-se uma discriminação clara entre alemães e estrangeiros residentes com *status* de definitividade, de um lado, e aqueles que se encontram na Alemanha por meio de uma autorização precária e parcial, como visto acima,

designadamente, os *Asylbewerber*, de outro lado. Com o advento da decisão, o quadro deverá alterar-se.

Enfrentando essa questão, a Corte entendeu que nem mesmo para inibir ou desestimular a imigração é permitido, ao governo alemão, fixar benefícios menores para estrangeiros com *status* de permanência precário. Segundo a decisão, a dignidade humana, garantida no *Grundgesetz*, não deve ser relativizada em face de políticas migratórias (*Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren*).⁴⁸

Por tratar-se de um direito humano e fundamental, que objetiva salvaguardar o mínimo existencial inerente a toda pessoa, a Corte viu-se obrigada a declarar que os parâmetros de que se valeu o legislador eram inadequados e incompatíveis com a Lei Fundamental.

Em face desse quadro, o *BVerfG* declarou inconstitucionais as respectivas disposições sobre o referido benefício. Contudo, notando ser impossível realizar uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) ou técnica semelhante, a Corte criou um regramento de transição (*Übergangsregelung*), o qual é objeto de esclarecimentos na parte 6 (seis) deste texto.⁴⁹

4. A RELEVÂNCIA DA DECISÃO ALEMÃ PARA ALGUMAS RECENTES DECISÕES DO STF

Não apenas a argumentação jurídica de que lançou mão o Tribunal alemão é importante, como também a possibilidade de, uma vez acatando-se a plausibilidade de tal argumentação, usá-la no Brasil. Nesse contexto, o julgado da Corte alemã é ainda mais importante quando se recorda que o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida em 4 de junho de 2009, reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário de nº 587970, cuja origem é São Paulo. O recurso foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra acórdão proferido pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de São Paulo.⁵⁰

O acórdão recorrido, no mérito, manteve a condenação imposta à autarquia previdenciária, no sentido de conceder à autora da respectiva demanda, estrangeira residente no Brasil, o benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8742/1993).

Um dos argumentos suscitados na decisão foi, precisamente, o de que o benefício assistencial, cuja derradeira sede é a Constituição Federal (art. 203, V), consiste na “(...) garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

O dispositivo refere-se a pessoas e não a brasileiros ou a brasileiras. O aspecto da nacionalidade afigura-se completamente prescindível, se se aceita que o disposto na Constituição tem por escopo salvaguardar o mínimo existencial.⁵¹

Cuida-se, por conseguinte, de um direito fundamental estendível a todos. Na Alemanha, cunhou-se um conciso termo que epitoma essa ideia: *Jedermannsrecht*. Nesse contexto, há direitos fundamentais de qualquer um (*Jedermannsrecht*) ou um direito de qualquer pessoa, isto é, de todo ser humano. Diferentemente da maioria dos direitos políticos, que, em regra, são privativos dos cidadãos de um dado país, os *Jedermannsrechte* são direitos fundamentais que abrangem, indistintamente, todos os seres humanos, cidadãos ou não.

No Brasil, é certo que a Constituição estipula certos requisitos objetivos, como idade avançada ou deficiência, bem como a condição de miserabilidade (hodiernamente, renda *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo), que condicionam o recebimento do BPC. Mas impõe-se observar que, uma vez preenchidos tais pressupostos, explicitamente previstos na Constituição, qualquer distinção ulterior se revela arbitrária, mormente se se cria uma distinção baseada em nacionalidade.

Desde há muito, reconhece-se a tese de que há direitos fundamentais localizados em outras partes da Constituição brasileira, além dos inscritos no art. 5º. Se isso procede, parece forçoso reconhecer que a previsão do art. 203, V, que institui o BPC, é um desses direitos. Em especial, porque funda um direito público subjetivo, justiciável, que concretiza princípios da Constituição, como a dignidade humana e como a tutela à vida, à liberdade e à igualdade.

A decisão alemã também se mostra merecedora de atenção quando se recorda que o STF concluiu o julgamento conjunto dos recursos extraordinários de nº. 567985 e 580963. Um pedido de vista do ministro Luiz Fux suspendera o julgamento no dia 6 de junho de 2012. Ao final, declarou-se a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei n. 8.742/93), que prevê como critério para a concessão de benefício assistencial a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. O Tribunal considerou que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade que a Constituição buscou tutelar, por meio de seu art. 203, inciso V. O parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso) também foi declarado inconstitucional.

Na ocasião, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator de um dos recursos, propôs a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se a validade das regras questionadas até o dia 31 de dezembro de 2015. A proposta, embora acolhida por cinco ministros, não alcançou a adesão de dois terços dos integrantes da Corte, o que inviabilizou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

5. DIGNIDADE HUMANA: OUTRAS DECISÕES DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

A decisão proferida em 18 de julho de 2012 foi uma de muitas que, ao longo da judicatura do *BVerfG*, deram consistência e efetividade ao conceito de dignidade humana.

Em 9 de fevereiro de 2010, por exemplo, o *BVerfG* julgou inconstitucional a lei que criou o programa de reforma da seguridade social, chamado “Hartz IV”, que alterou as regras do “auxílio desemprego II” (*Arbeitslosenhilfe II*). Na ocasião, o Tribunal voltou a manifestar-se sobre o conceito de mínimo existencial, além de ter modulado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, projetando-os para o futuro.⁵² Restou assentado, dentre outras coisas, que a Lei Fundamental impõe ao Estado a garantia, a todos, dos pressupostos materiais para uma existência física e para uma participação mínima na vida social, cultural e política da comunidade.⁵³ Isso significa não apenas que o Estado deve abster-se de tolher o minimamente indispensável para uma vida digna, como não penhorar ou tributar os bens daqueles que possuem apenas o mínimo existencial, mas também dar as condições consideradas mínimas para o desenvolvimento livre da personalidade àqueles que delas carecem.^{54 55 56}

A decisão de 2010, sobre o Hartz IV, foi expressamente citada pela Corte em sua fundamentação e invocada, nas instâncias inferiores, pelos litigantes cujas demandas deram origem à decisão de 2012, ora em apreço.⁵⁷

Vale observar que, desde 1951, o *BVerfG* vem entendendo que há, “evidentemente”, um elo estreito entre o mínimo existencial e a dignidade humana.⁵⁸ Em seu seminal artigo acerca da dignidade humana, publicado em 1956, que representou um marco no estudo do tema, Günter Dürig já citava as proteções em face de penhora (*Pfändungsschutz*) sobre bens necessários à vida (*lebensnotwendige Sachen*) e sobre o salário (*Arbeitsentlohnung*), previstas, respectivamente, nas §§ 811 e 850 da ZPO, o Código de Processo Civil alemão, como normas infraconstitucionais de concretização do direito fundamental à dignidade humana.^{59 60 61}

Como explica Volker Neumann, o mínimo existencial abrange tanto a existência física do ser humano (alimentação, vestuário, utensílios domésticos, habitação, aquecimento, higiene e saúde), como também a manutenção de relações “inter-humanas” (*zwischenmenschliche Beziehungen*) e uma medida mínima de participação na vida social, cultural e política (*Das Existenzminimum umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen (Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit) als auch die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben*).⁶²

Essa medida mínima não é mensurada *sub specie aeternitatis*; na verdade, ela varia de acordo com os custos de vida de uma dada sociedade e com as necessidades concretas de um ou mais indivíduos.⁶³

São consideradas essenciais, em primeiro lugar, as despesas que condicionam a sobrevivência em si. Dessa forma, o valor do mínimo existencial dependerá dos custos de alimentação, habitação, vestuário e outros, todos em um patamar que garanta a subsistência física do sujeito. Da mesma forma, é essencial que sejam levados em conta os custos de uma participação pequena, ainda que não excessivamente incipiente, na vida política, social e cultural. Do contrário, estar-se-ia a desrespeitar o dever de garantia dos pressupostos materiais de uma existência humanamente digna (*Pflicht zur Sicherung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein*).

Na decisão do *BVerfG* sobre o *Hartz IV*⁶⁴, conforme os comentários de Volker Neumann, tutelou-se, de um lado, o mínimo existencial físico ou fisiológico, de outro, o mínimo existencial sociocultural (*Gewährleistet ist einerseits das physische oder physiologische Existenzminimum, andererseits das soziokulturelle Existenzminimum*).⁶⁵

Conquanto não tenha sido estabelecido um valor concreto que corresponda ao mínimo existencial, o que é motivo de críticas para alguns⁶⁶, é possível notar que foram delineados, com clareza, os critérios que o legislador deve observar quando da fixação de um montante específico. Ademais, reconheceu-se a possibilidade de a jurisdição constitucional declarar inconstitucional um regramento que estipula o mínimo existencial de maneira não-transparente (*nicht offenkundig*), ou seja, em que faltam a consistência (*Folgerichtigkeit*) exigida pelo permissivo constitucional da isonomia e a consideração a uma série de preceitos e parâmetros que decorrem, ainda que implicitamente, do *Grundgesetz*.

Isso é sobremaneira importante se se leva em conta que, na Alemanha, é corrente o provérbio de que a rede social (*soziales Netz*) cuida de todos, literalmente, desde o berço até o caixão (*von der Wiege bis zur Bahre*), a saber, desde o nascimento até as despesas funerais, se assim necessário for.

A doutrina alemã defende o que se chama de princípio de individualização (*Grundsatz der Individualisierung*), que consiste na adequação entre as necessidades da pessoa ou família beneficiada e o valor do correspondente benefício.⁶⁷

Assinale-se que não se pode conceder tal auxílio a quem pode trabalhar e obter sustento da própria força de trabalho. Raimund Waltermann explica que tampouco se deve conceder benefício como esse a quem, embora não possa trabalhar, tenha meios de prover suas carências; esse não está, portanto, para fins legais, em condição de necessidade (*Bedürftigkeit*), sob pena de violação do princípio da subsidiariedade (*Grundsatz der Subsidiarität*).⁶⁸ Afinal, o indivíduo possui, em princípio, autorresponsabilidade (*Eigenverantwortung*) por sua subsistência, cabendo ao Estado a tarefa de provê-la, apenas, em hipóteses de efetiva imprescindibilidade.⁶⁹

O benefício assistencial, que visa a assegurar o mínimo existencial, deve envolver sempre um valor ponderável e consideravelmente inferior à importância monetária que o indivíduo beneficiário poderia auferir no mercado de trabalho, caso estivesse apto a laborar.

Em apertada síntese, isso significa que o valor do benefício não deve ser tão alto que favoreça o ócio integral ou que desestime uma eventual retomada das atividades laborais. Objetiva-se manter viva a possibilidade de o beneficiário voltar a trabalhar. Para isso, como diz Peters, deve-se manter atrativa tal possibilidade, o que implica manter um afastamento ou distância entre o que é pago, a título de benefício, e o que aquela pessoa ganharia se estivesse economicamente ativa, recebendo remuneração (*Einkommen*).⁷⁰

Ri'in Karen Peters diz que, em termos práticos, isso representa o seguinte: se um dado casal com três filhos recebe benefício assistencial,

não se deve pagar mais do que o rendimento auferido por uma família análoga (*vergleichbare Familie*), cujos membros economicamente ativos trabalham normalmente. Essa diferença deve ser bastante para funcionar como incentivo ao trabalho.⁷¹

É importante apontar que, até 31 de dezembro de 2010, vigorou dispositivo⁷² que previa expressamente o mandamento da distância ou afastamento entre o valor de um benefício e o que o seu beneficiário obtería no mercado de trabalho a título de salário. A revogação do dispositivo legal, com eficácia a partir de 1º de janeiro de 2011, não altera, doutrinária e sistematicamente, a necessidade de se observar essa distância ou afastamento.

Afora isso, para o *BVerfG*, a garantia em questão implica também a salvaguarda de um mínimo existencial ecológico (*ökologisches Existenzminimum*), ou seja, os pressupostos ecológicos mínimos para a sobrevivência na terra.^{73 74}

É possível concluir, ante o exposto, que a proteção ao mínimo existencial se origina de uma proteção à liberdade individual. A dimensão social do Estado é, no fundo, liberal, porém, não na acepção desse termo que comumente se utiliza, mas sim no sentido de salvaguarda da autonomia. Não se pode falar de autonomia verdadeira, quando se cuida de alguém que tem sua sobrevivência em xeque.

Nessa perspectiva, parece assistir razão a Hans-Jürgen Papier, ex-presidente do *BVerfG*, quando asseverou, no *Karlsruher Verfassungsdialog*, que, em derradeira instância, o fundamento axiológico da democracia é a liberdade. Nesse sentido, a igualdade serve para salvaguardar que tal liberdade seja exercida em igual medida e que o Estado social, ao invés de opor-se ao liberalismo, concretize-o. Passa-se de um liberalismo defeituoso, fundado em um conceito formal de liberdade, para aquele fundado em um conceito material-fático-efetivo de liberdade.⁷⁵

Na Alemanha, por exemplo, o “auxílio desemprego” é devido enquanto o segurado estiver desempregado. Com as novas reformas implementadas pelo programa Hartz-IV, ganha-se o “auxílio desemprego I” durante um prazo e, posteriormente, caso se se continuar sem emprego, passa-se a receber o “auxílio desemprego II”, de valor menor. Em parte, a ideia é incentivar a busca por um novo posto de trabalho e facilitar o custeio do sistema. Enquanto se continua, involuntariamente, desempregado, faz-se jus ao seguro desemprego.⁷⁶

Reconhece-se, com isso, que um mínimo material é indispensável a todo ser humano, para a manutenção de uma vida minimamente digna.⁷⁷ Essa é uma das conclusões principais que se extrai do estudo do sistema de seguridade social alemão. Por outro lado, nota-se, igualmente, que o *BVerfG* tem proferido importantes decisões sobre essa matéria, as quais, frequentemente, deram novos contornos ao assunto e à efetividade do conceito de dignidade humana.

Na decisão de 18 de julho de 2012, não foi diferente. Ao afirmar que estrangeiros também fazem jus a um benefício de valor maior do que o atualmente vigente e que distinções entre estrangeiros e alemães, nesse particular, são insubsistentes, por tratar-se de um direito humano

fundamental, o Tribunal alemão, mais uma vez, mudou o cenário até então prevalecente.

6. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os efeitos da decisão prolatada no dia 18 de julho de 2012 também são dignos de nota. Em vez de utilizar-se de uma das tradicionais regras de modulação de efeitos da declaração de constitucionalidade, o *Bundesverfassungsgericht* estipulou uma forma específica e adequada ao caso concreto.⁷⁸

Na Alemanha, como no Brasil, a lei inconstitucional é, por via de regra, nula. Dessa forma, são nulos também seus efeitos. Isso significa que os atos praticados com base na lei inconstitucional devem ser todos desfeitos, como se aquela lei nunca tivesse existido.

Porém, desde muito atrás, tem-se admitido a mitigação ou modulação da nulidade, a ponto de ela ser afastada em alguns casos, aceitando-se como válidos os atos praticados com base em lei tida como inconstitucional. Utilizam-se argumentos consequencialistas para defender essa possibilidade, uma vez que a simples declaração de nulidade, levada a cabo sem discernimento e irrefletidamente, pode ter reverberações nefastas de cunho político, econômico, jurídico, social, cultural, etc.

Contudo, a decisão que ora se analisa foi além do que habitualmente ocorre na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ela não apenas protraiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas modulou-os verdadeiramente, fixando regras diversas de acordo com circunstâncias identificadas pela Corte no caso concreto.

Verificou-se, como já afirmado, que o legislador tinha a obrigação de editar novas leis que adequassem o valor do benefício às exigências do *Grundgesetz*. Por outro lado, há anos o benefício vem sendo pago de maneira inconstitucional, o que implicaria o pagamento de todas as diferenças porventura devidas. Todo o longo interregno inadimplido ou insuficientemente adimplido deveria ser pago, porque, durante todo o tempo, desde a edição da lei, ou desde, pelo menos, meados de 2000, é certo que 224,97 € (duzentos e vinte e quatro euros e noventa e sete centimos) não são bastantes para assegurar o mínimo existencial a um indivíduo.

Por outro lado, o Tribunal registrou, igualmente, que embora fosse possível perceber que a lei era claramente inconstitucional, não caberia à Corte fixar os valores do benefício. Essa tarefa é, constitucionalmente, do legislador, que, munido das minudências técnicas e das circunstâncias sociais e econômicas, tem aparato capaz de encontrar e fixar um valor que corresponda ao mínimo existencial.⁷⁹

Há, nesse diapasão, várias contingências e dados técnicos que devem ser analisados dentro da margem de apreciação do parlamento, sob o crivo do debate democrático.

Apesar de serem várias as possibilidades, é certo que quaisquer opções tomadas pelo legislador devem ser compatíveis com o fixado pela Corte e com a argumentação e critérios por ela definidos. Os benefícios deverão

variari de acordo com as necessidades concretas e fático-empíricas de cada indivíduo, transparentemente reguladas em lei,⁸⁰ bem como ser bastantes para atender às despesas listadas pelo *BVerfG* como indispensáveis a uma vida digna.⁸¹ As convenções internacionais firmadas pela República Federal da Alemanha e mencionadas pela Corte também deverão ser levadas em consideração no tocante ao *quantum* a ser fixado, especialmente no que se refere às crianças.⁸²

Diante desse cenário, não há dúvidas de que a simples declaração da lei como nula geraria um grave problema, porque deixaria um vácuo legislativo. Por outro lado, se se reconhece, em favor do legislador, uma margem de apreciação maior em casos que envolvem a fixação de benefícios, a Corte entende que não cabe a ela preencher esse vácuo. Quanto maior for a “discrecionalidade” do legislador, mais autocontido será o controle pelo *BVerfG*.

Para não ir além desse controle autocontido (*zurückhaltende Kontrolle*), a Corte estipulou um regramento de transição (*Übergangsregelung*), que implica a atribuição de efeitos tanto prospectivos, como retroativos à decisão.⁸³

Em primeiro lugar, o *BVerfG* absteve-se de declarar a nulidade da lei, apesar de ter reconhecido que esse teria sido o efeito natural e lógico da declaração de inconstitucionalidade. Em decorrência, fez-se um apelo para que o legislador regule corretamente a matéria e substitua a lei inconstitucional.⁸⁴ Nessa parte, a lei possui efeitos prospectivos.

Contudo, se se tivesse feito apenas isso, todos aqueles que ingressaram na Justiça, nas instâncias inferiores, alegando que o valor do benefício era ínfimo e, por conseguinte, inconstitucional, só receberiam quantias mais justas da data da edição da lei em diante, mesmo que tenham ajuizado ações muito antes disso. Ademais, a lei a ser editada levará tempo para ser aprovada, significando que, por mais algum tempo indeterminado e não previsível (*nicht absehbar*), os *Asylbewerber* continuariam recebendo o mesmo valor de benefício.⁸⁵

Tratando-se de questão alimentar, que diz respeito à sobrevivência do indivíduo e à salvaguarda da existência, a Corte entendeu que deveria adotar uma solução mais adequada, inclusive porque os valores que vinham sendo pagos já não se afiguram, em absoluto, aceitáveis.

O *BVerfG* decidiu pela aplicação analógica das disposições gerais de assistência social, sob o argumento de que, do contrário, iria continuar sem garantia aquilo que foi constitucionalmente garantido, ou seja, o mínimo existencial (*da das grundrechtlich garantierte Existenzminimum sonst nicht gesichert ist*).⁸⁶ O *SGB XII* prevê, no § 28, que uma lei federal estipule os valores dos benefícios, bem como respectivos critérios e variações, de maneira específica e pormenorizada. Essa lei é chamada de “Lei para verificação dos parâmetros de necessidade segundo o § 28 do *SGB XII*” (*Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – RBEG*).

Enquanto não for editada a nova lei, regularizando a situação declarada inconstitucional, as regras do *RBEG* devem ser aplicadas aos *Asylbewerber*. Essa decisão apenas cria uma regra de transição, sem substituir

a decisão do legislador.⁸⁷ No período de transição, algumas partes da lei inconstitucional continuarão em vigor. Contudo, a maior parte – relativa a custos com roupas, alimentação, etc. – deixará de ser aplicada, a fim de se utilizarem, por analogia, as regras do RBEG.⁸⁸

A regra de transição praticamente exclui a possibilidade de tratamento desigual entre *Asylbewerber* e alemães ou estrangeiros com direito de permanência.⁸⁹ A regra de transição vigorará até que um novo regramento seja delineado pelo legislador.⁹⁰ Ao caso daqueles que ingressaram em juízo, desde que as respectivas decisões não tenham transitado em julgado, deve aplicar-se a regra de transição retroativamente até 1º de janeiro de 2011.⁹¹ A lei a ser aprovada valerá apenas para o futuro.⁹²

Nenhum período anterior a 2011 será atingido pela decisão e não poderão ser requeridas parcelas não pagas antes daquele ano, com base no julgado. Em se tratando de relação de trato continuado, cujos efeitos se protraem no tempo (*Dauerwirkung*), caberia, à administração, ressarcir os *Asylbewerber*, já que os atos administrativos praticados são contrários ao direito (*rechtswidrige Verwaltungsakte*), à medida que são inconstitucionais.⁹³

Todavia, a bem da segurança jurídica, o que já foi pago antes de 2011 será mantido. Doravante, aplicar-se-á a regra de transição. Já aqueles cujas demandas ainda não transitaram em julgado, poderão ter a regra de transição aplicada retroativamente até janeiro de 2011, de modo a receberem as eventuais diferenças financeiras relativas apenas a esse período. No caso da mãe que ingressou em favor da filha, questionando valores pagos entre janeiro e novembro de 2007, pode-se concluir que não haverá diferenças a serem pagas, porque o período questionado se situa antes de 2011. Vale mencionar que, desde 2010, a criança é cidadã alemã e não recebe o benefício específico para os *Asylbewerber* há um tempo. Para milhares de outras pessoas, contudo, a decisão não apenas produzirá efeitos, como mudará substancialmente suas vidas.

Como visto, a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade empreendida no presente caso é híbrida. Por um lado, a decisão é prospectiva, à medida que deixa ao legislador a tarefa de editar leis que sanem o vício de inconstitucionalidade declarado pela Corte. Mas, enquanto essa missão não for cumprida, persistirá a saída de transição adotada pelo Tribunal. Aplicar-se-á, portanto, analogicamente, o disposto no direito assistencial em geral, a fim de que cidadãos alemães, estrangeiros com direito de permanência definitivo e *Asylbewerber* não sejam tratados desigualmente. Essa solução de transição terá efeitos retroativos para aqueles que ainda estão litigando em juízo, até janeiro de 2011. Para os outros, de agora em diante e até a edição de um novo regramento pelo legislador, valerá a regra transitória.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi descrito, sobretudo na parte 3 (três) deste texto, sobre os pontos relevantes da referida decisão e as teses jurídicas a ela subjacentes, conclui-se que a inconstitucionalidade da norma que fixou o valor do

benefício pago a estrangeiros em busca de asilo, ou seja, sem *status* definitivo de permanência e sem condição de deportação pela Alemanha, reside na proteção à dignidade humana, associando-se essa proteção a um correspondente valor financeiro, capaz de assegurar, de maneira efetiva, o mínimo existencial.

Trata-se de um fundamento lógico que, apesar de debatido em termos filosóficos, é o que assegura o efetivo cumprimento legal e prático da dignidade humana, em sua dimensão fática e prestacional.

Por outro lado, verifica-se, principalmente diante do descrito na parte 6 (seis) deste trabalho, que, na decisão analisada, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram verdadeira e meticulosamente modulados, à medida que a Corte alemã encontrou uma solução especial e particular capaz de resolver os problemas específicos que surgiram a partir do intrincado caso apreciado. Isso envolveu a atribuição tanto de efeitos prospectivos, quanto de efeitos retroativos à decisão glosada.

>> NOTAS

- ¹ Na Alemanha, há diversas Jurisdições especiais, assim como as Justiças Trabalhista, Eleitoral e Militar, no Brasil. Naquele país, além da Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), cujo objeto é, precipuamente, o controle judicial dos atos administrativos – a contrário do contencioso administrativo francês, que também inclui, por exemplo, a responsabilidade civil do Estado (Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1991: 8) –, há uma Jurisdição da Seguridade Social (*Sozialgerichtsbarkeit*), a qual é responsável pelo controle judicial dos órgãos responsáveis pela seguridade social (assistência e previdência) na Alemanha. Assinale-se, ainda, que o ordenamento jurídico germano prevê Jurisdições Financeira (*Finanzgerichtsbarkeit*), para o controle de atos dos funcionários da administração ligados à tributação e ao orçamento do Estado, e Trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), para conflitos coletivos e individuais entre empregados e empregadores.
- ² BVerfG, 1 BvL 10/10.
- ³ BVerfG, 1 BvL 10/10 (60).
- ⁴ BVerfG, 1 BvL 10/10 (66).
- ⁵ Michael/Morlok, 2012: 255.
- ⁶ Bumke/Voßkuhle, 2008: 56ss.
- ⁷ BVerfGE 45, 187.
- ⁸ BVerfGE 45, 187.
- ⁹ cf. as *Tusculanae Disputationes* (livro V, 62), de Cícero: “*Satisne videtur declarasse Dionysius nihil esse ei beatum, cui semper aliqui terror impendeat?*” Tradução livre do autor: “Não parece que Dionísio tornou suficientemente evidente não ser nada feliz aquele sobre o qual o terror sempre paira?”
- ¹⁰ Michael/Morlok, 2012: 103.
- ¹¹ O Reino Unido e a Polônia não são alcançados pela força vinculante do Tratado de Lisboa, no que é atinente à Carta de Direitos Fundamentais (Machado, 2010: 30).
- ¹² Robert/Duffar, 2009: 58, 258.
- ¹³ Robert/Duffar, 2009: 388, 787.
- ¹⁴ Israel, 1998: 338.
- ¹⁵ Rousseau, 2010: 247.
- ¹⁶ Eurípedes, 1994.
- ¹⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (5–6).
- ¹⁸ BVerfG, 1 BvL 10/10 (7).
- ¹⁹ Crawford, 2012: 406,501.
- ²⁰ Crawford, 2012: 418.
- ²¹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (15).
- ²² Wagner, 2012.
- ²³ Wagner, 2012.
- ²⁴ BVerfG, 1 BvL 10/10 (15).
- ²⁵ PREUB, 2012.
- ²⁶ A redação original previa os valores em marcos alemães, os quais, no presente texto e na decisão do Tribunal Constitucional Federal, já foram convertidos em euros. Nota-se que a inflação e o aumento do custo de vida tornaram o valor pago completamente insuficiente.
- ²⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (45).
- ²⁸ PREUB, 2012.
- ²⁹ Doravante, BVerfG.
- ³⁰ BVerfG, 1 BvL 10/10 (106).

- ³¹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (109).
- ³² BVerfG, 1 BvL 10/10 (107).
- ³³ BVerfG, 1 BvL 10/10 (17).
- ³⁴ BVerfG, 1 BvL 10/10 (116).
- ³⁵ BVerfG, 1 BvL 10/10 (99).
- ³⁶ Livro XII do Código de Seguridade Social alemão, o *Sozialgesetzbuch* (SGB).
- ³⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (46–48).
- ³⁸ BVerfG, 1 BvL 10/10 (73).
- ³⁹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (74).
- ⁴⁰ BVerfG, 1 BvL 10/10 (74–82).
- ⁴¹ Waltermann, 2011: 231.
- ⁴² BVerfG, 1 BvL 10/10 (111).
- ⁴³ BVerfG, 1 BvL 10/10 (88, 90).
- ⁴⁴ BVerfG, 1 BvL 10/10 (88–89).
- ⁴⁵ BVerfG, 1 BvL 10/10 (91).
- ⁴⁶ BVerfG, 1 BvL 10/10 (113).
- ⁴⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (56).
- ⁴⁸ BVerfG, 1 BvL 10/10 (121).
- ⁴⁹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (65, 70).
- ⁵⁰ STF, Pleno, RE 587970/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 25/06/2009, DJe 02/10/2009.
- ⁵¹ Sobre a relação entre mínimo existencial e dignidade da pessoa humana na doutrina brasileira, cf., dentre muitos outros, Bitencourt Neto, 2010; Sarlet, 2011; Barcellos, 2008; Tavares, 2003.
- ⁵² Bastide, 2010/2011.
- ⁵³ BVerfG, 1 BvL 1/09.
- ⁵⁴ No Brasil, tais pressupostos aparentam estar ligados ao benefício de prestação continuada (BPC), com fulcro no art. 203, V, da CF e na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), bem como, por conseguinte, em certa medida e extensão, ao salário mínimo.
- ⁵⁵ Borges Silva, 2011/2012.
- ⁵⁶ A respeito, cf., também, Worms, 2012.
- ⁵⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (64).
- ⁵⁸ BVerfGE 1, 97.
- ⁵⁹ Dürig, 1984: 142.
- ⁶⁰ Nesse mesmo sentido, mais recentemente: Badura, 2012: 136,353.
- ⁶¹ Sobre a obrigação do legislador de não tributar salários que não excedam o mínimo existencial, cf. BVerfGE 82, 60/85.
- ⁶² Neumann, 2010: 2.
- ⁶³ Neumann, 1995: 10.
- ⁶⁴ BVerfG, 1 BvL 1/09.
- ⁶⁵ Neumann, 2010: 2.
- ⁶⁶ Könnemann, 2005: 116.
- ⁶⁷ Waltermann, 2011: 233.
- ⁶⁸ Waltermann, 2011: 236.
- ⁶⁹ Pattar, 2012: 144ss.
- ⁷⁰ Peters, 2012: 296.
- ⁷¹ Peters, 2012: 296.
- ⁷² § 28, (4), SGB XII, atualmente revogado.
- ⁷³ BVerfGE 39, 1.
- ⁷⁴ Stern, 2006: 53.

- ⁷⁵ Os vídeos da palestra, na íntegra, estão disponíveis no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.youtube.com/watch?v=aM1oigy16tE>> Acesso em 15 de agosto de 2012.
- ⁷⁶ Waltermann, 2011: 231.
- ⁷⁷ Cf., nesse contexto, a já mencionada decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) sobre o Hartz IV: BVerfG, 1 BvL 1/09. Os principais pontos da decisão foram epitomados, em inglês, por meio de um informativo do Tribunal alemão, disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-005.html>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.
- ⁷⁸ Sobre as diversas possibilidades de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, cf., dentre outros: Blanco de Moraes, 2011: 259ss; Marinoni, 2012: 1045ss; Mendes, 2010: 357ss; Mendes, 2012: 510ss.
- ⁷⁹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (92, 93).
- ⁸⁰ BVerfG, 1 BvL 10/10 (95).
- ⁸¹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (93).
- ⁸² BVerfG, 1 BvL 10/10 (94).
- ⁸³ BVerfG, 1 BvL 10/10 (124).
- ⁸⁴ Como se sabe, esse tipo de exortação ao legislador configura uma *Appellentscheidung*. A respeito, cf. Yang, 2003; Urbano, 2012: 80ss.
- ⁸⁵ BVerfG, 1 BvL 10/10 (125).
- ⁸⁶ BVerfG, 1 BvL 10/10 (125).
- ⁸⁷ BVerfG, 1 BvL 10/10 (127).
- ⁸⁸ BVerfG, 1 BvL 10/10 (130).
- ⁸⁹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (132).
- ⁹⁰ BVerfG, 1 BvL 10/10 (136).
- ⁹¹ BVerfG, 1 BvL 10/10 (139).
- ⁹² BVerfG, 1 BvL 10/10 (137).
- ⁹³ BVerfG, 1 BvL 10/10 (139).

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Badura, Peter (2012).** *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck.
- Barcellos, Ana Paula (2008).** *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Bastide Horbach, Beatriz (2010/2011).** “Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV.” *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287>> Acesso em: 25 de agosto de 2012.
- Bitencourt Neto, Eurico (2010).** *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Blanco de Moraes, Carlos (2011).** *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Borges Silva, Virgínia Xavier (2011/2012).** “A dimensão prestacional social do mínimo de existência e a responsabilidade pelo provimento das prestações fáticas dos direitos sociais: uma análise do acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão).” *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/593/397>> Acesso em: 14 de agosto de 2012.
- Bumke, Christian/ Voßkuhle, Andreas (2008).** *Casebook Verfassungsrecht*. München: C.H. Beck.
- Crawford, James (2012).** *Brownlie’s Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dürig, Günter (1984).** “Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes.” *Gesammelte Schriften 1952–1983*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Eurípedes (1994).** *Fabulae: Cyclops, Alcestis, Medea, Heraclidae, Hippolytus, Andromacha, Hecuba*. Oxford: Oxford University Press.
- Israel, Jean-Jacques (1998).** *Manuel des Libertés Fondamentales*. Paris: L.G.D.J..
- Könemann, Britta (2005).** *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum: Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip auf die Sozialhilfe*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- Machado, Jónatas E. M. (2010).** *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Marinoni, Luiz Guilherme (2012).** “Técnicas de Decisão.” In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mendes, Gilmar Ferreira**
(2012a). *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva.
(2012b). “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.” In: Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Silva Martins, Carlos Valder do Nascimento. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Michael, Lothar/ Morlok, Martin (2012).** *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos.
- Muckel, Stefan/ Ogorek, Markus (2011).** *Sozialrecht*. München: C.H. Beck.
- Neumann, Volker**
(2010). *Menschenwürde und Existenzminimum im Verfassungsrecht*. Disponível em: <http://www.fes.de/integration/pdf/100510_neumann.pdf> Acesso em: 14 de agosto de 2012.

- (1995). "Menschenwürde und Existenzminimum." *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), pp. 426–432; Disponível em: <<http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/neumann-volker/PDF/Neumann.pdf>> Acesso em: 14 de agosto de 2012.
- Ossenbühl, Fritz (1991).** *Staatshaftungsrecht*. München: C.H. Beck.
- Papier, Hans-Jürgen (2012).** *Karlsruher Verfassungsdialog*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=aM1oigy16tE>> Acesso em 15 de agosto de 2012.
- Pattar, Andreas Kurt (2012).** "Grundsicherung für Arbeitssuchende." In: Roland Klinger, Peter-Christian Kunkel, Andreas Kurt Pattar, Ri'in Karen Peteres. *Existenzsicherungsrecht: SGB XII mit SGB II und AsylbLG*. Baden-Baden: Nomos.
- Peters, Ri'in Karen (2012).** "Hilfe zum Lebensunterhalt." In: Roland Klinger, Peter-Christian Kunkel, Andreas Kurt Pattar, Ri'in Karen Peters. *Existenzsicherungsrecht: SGB XII mit SGB II und AsylbLG*. Baden-Baden: Nomos.
- Preuß, Roland**
- (2012a). "Flüchtlinge in Deutschland: 'Asylbewerberleistungsgesetz abschaffen.'" *Süddeutsche Zeitung*, Munique, 18 julho 2012. Disponível em: <<http://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-in-deutschland-zu-wenig-geld-fuer-einen-apfel-am-tag-1.1415337-4>> Acesso em: 12 de agosto de 2012.
- (2012b). "Flüchtlinge in Deutschland: Zu wenig Geld für einen Apfel am Tag." *Süddeutsche Zeitung*, Munique, 18 julho 2012. Disponível em: <<http://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-in-deutschland-zu-wenig-geld-fuer-einen-apfel-am-tag-1.1415337>> Acesso em: 12 de agosto de 2012.
- Robert, Jacques/ Duffar, Jean (2009).** *Droit de l'homme et libertés fondamentales*. Paris: Montchrestien.
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter (2011).** *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck.
- Rousseau, Dominique (2010).** *Droit du contentieux constitutionnel*. Paris: Montchrestien.
- Sarlet, Ingo (2011).** *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Stern, Klaus (2006).** *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck.
- Tavares, Marcelo Leonardo (2003).** *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Urbano, Maria Benedita (2012).** *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina.
- Wagner, Anna-Lena**
- (2012a). "Erzählungen eines Flüchtlings: Leben am Existenzminimum." *Stern*, Hamburgo, 18 julho 2012. Disponível em: <<http://www.stern.de/panorama/erzaehlungen-eines-fluechtlings-leben-am-existenzminimum-1860139.html>> Acesso em: 12 de agosto de 2012.
- (2012b). "Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Asylbewerber müssen mehr Geld bekommen." *Stern*, Hamburgo, 18 julho 2012. Disponível em: <<http://www.stern.de/panorama/urteil-des-bundesverfassungsgerichts-asylbewerber-muessen-mehr-geld-bekommen-1859877.html>> Acesso em 12 de agosto de 2012.
- Waltermann, Raimund (2011).** *Sozialrecht*. München: C.F. Müller.
- Worms, Christoph (2012).** *Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende: Aufgabenzuständigkeit und Verantwortlichkeit nach dem Grundgesetz und dem SGB II*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Yang, Tzu-hui (2003).** *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos.

ARTIGOS-RESENHA
// REVIEW ESSAYS

**TEOLOGIA MORAL PARA OURIÇOS: A TEORIA
DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN**
// MORAL THEOLOGY FOR HEDGEHOGS:
RONALD DWORKIN'S THEORY OF JUSTICE

Alexandre Araújo Costa

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Após décadas de estudos que enfatizaram a necessidade de uma leitura moral do direito, o filósofo americano Ronald Dworkin publicou, em 2011, o livro *Justice for Hedgehogs*, em que ele apresenta explicitamente sua teoria da justiça. O presente artigo analisa a teoria exposta, evidenciando a estrutura dos seus argumentos, mostrando como Dworkin adota uma metodologia aristotélica (ao elaborar interpretações capazes de dar sentido às práticas sociais efetivas) que o conduz a uma conclusão platônica (ao afirmar a unidade fundamental dos valores). Sustenta-se, ao final, que esse projeto ético não é consistente, eis que a análise das práticas efetivas não conduz ao reconhecimento da unidade do bem, mas apenas ao reconhecimento de que a tradição liberal em que Dworkin se insere tem um discurso universalista que se baseia na existência de uma noção unitária do bem. Assim, a autocompreensão moral da moralidade proposta por Dworkin gera um discurso de matriz mais teológica que filosófica, pois baseia sua validade na negação da possibilidade de uma crítica filosófica que coloque em questão os pressupostos morais assumidos pelo autor. // After decades of studies that emphasized the necessity of a moral reading of the law, the American philosopher Ronald Dworkin published in 2011 the book *Justice for Hedgehogs* in which he explicitly presents his theory of justice. This paper analyzes the theory exposed, showing the structure of Dworkin's arguments, showing how he adopts an Aristotelian methodology (which elaborates interpretations able to attribute meaning to effective social practices) that leads to the Platonic conclusion that affirms a fundamental unit of values. It is held at the end of this ethical project is not consistent because the analysis of effective practices do not to lead to the recognition of the unity of the Good, but only to the recognition that the liberal tradition adopted by Dworkin has a universalist discourse based on the existence of a unitary concept of Good. Thus, the moral understanding of the morality proposed by Dworkin generates a discourse that is more theological than philosophical, because it maintains its validity in denying the possibility of a philosophical critique that questions the moral assumptions of the author.

>> **PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Ética; Ronald Dworkin; Platonismo; Aristotelismo; Ceticismo. // Ethics; Ronald Dworkin; Platonism; Aristotelianism; Skepticism.

>> **SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Professor do Instituto de Ciência Política da UnB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito. // Associate Professor of the Institute of Political Science of the University of Brasilia (UnB). Leader of the research group in Politics and Law.

I. A UNIDADE DOS VALORES

Em 2011, após décadas de estudos que enfatizaram a necessidade de uma leitura moral do direito¹, o filósofo americano Ronald Dworkin publicou o livro *Justice for Hedgehogs (Justiça para Ouriços)*, em que ele apresenta sua teoria ética de uma forma ambiciosa e sincera. Ambiciosa porque seus principais objetivos contradizem boa parte da produção teórica do último século, defendendo a existência de juízos valorativos objetivamente corretos e sustentando a unidade entre os valores éticos, morais e políticos. Sincera porque esses objetivos são claramente definidos nos primeiros parágrafos e perseguidos ao longo de quase quinhentas páginas de uma argumentação transparente quanto a seus pressupostos e consequências. Apesar de discordar de quase todas as premissas de Dworkin, o que me leva a divergir também das conclusões da obra, considero admirável a clareza com que ele buscou evidenciar seus pressupostos e sustentar suas posições.

O ponto de partida é simples e bem articulado com o empirismo que marca a filosofia moral de matriz britânica desde o início da modernidade: *existe uma prática valorativa social, que cabe a nós interpretar*. Longe das influências racionalistas do kantismo, que buscava definir os critérios transcendentais e imutáveis da moralidade, Dworkin se esforçou para oferecer aos seus contemporâneos uma teoria que explicasse adequadamente a efetiva vivência de pessoas que julgam moralmente as mais variadas situações e consideram que essas análises são verdadeiras porque estão baseadas em parâmetros de justiça objetivamente válidos. Segundo o autor americano, essa é a *visão comum (ordinary view)* que a maioria de nós sustenta de modo mais ou menos irrefletido².

Dworkin adota esta visão comum e busca defendê-la frente a dois grupos de pensadores que a criticam. O primeiro é o daqueles que a acusam de imprecisão, uma vez que as pessoas tendem a confiar demasiadamente em suas intuições morais e a ausência de uma perspectiva crítica as leva a reproduzir uma série de preconceitos. Esses são os pensadores de linhagem socrática, que consideram que o senso comum representa as sombras na parede da caverna e defendem a necessidade de buscar a verdadeira luz mediante um procedimento racional. Dworkin os chama de céticos internos porque eles acreditam na existência de uma moralidade objetiva (tendo, assim, um discurso interno à moralidade), mas duvidam que o senso comum seja capaz de esclarecê-la.

A teoria de Dworkin contrapõe-se a tal racionalismo mediante a reafirmação do princípio humeano de que existe um abismo insuperável entre juízos deonticos e juízos de fato, sendo impossível a demonstração fática da validade deontica de qualquer enunciado. Ele reconhece que não é possível demonstrar racionalmente que determinadas opiniões morais sejam verdadeiras ou falsas. Isso aproxima perigosamente a sua concepção da perspectiva defendida pelo outro grupo de críticos da visão comum: os céticos externos, que acreditam na impossibilidade de julgar valores a partir de critérios objetivos de verdade. Dworkin rejeita expressamente tal ceticismo externo por considerá-lo incompatível

com a prática moral efetiva, dado que até o mais cético dos filósofos se conduz conforme “um conjunto integrado e definido de opiniões dotado de autenticidade visceral”³.

Ele pergunta, então, ao cético: se você tem crenças que vive como autênticas, “que tipo de hesitação e dúvida, então, faria sentido? Por que você não deve simplesmente acreditar no que você acredita? Realmente acreditar nisso?”⁴. Esse trecho do epílogo revela a premissa do argumento dworkiniano: *devemos crer nas nossas crenças*. Esse pressuposto é o inverso da posição socrática que constitui a marca distintiva da filosofia ocidental: *dúvida das suas crenças e confia na sua razão*. Essa postura foi reafirmada explicitamente por René Descartes, que inaugurou o discurso filosófico da modernidade afirmando que apenas uma dúvida hiperbólica poderia nos conduzir à verdade, visto que os seres humanos tomam por verdade aquilo que aprendem pelo costume e pelo exemplo⁵ e, assim, podem acreditar com igual intensidade em afirmações corretas e em preconceitos arraigados.

Enquanto os filósofos passaram dois milênios e meio buscando entender o que a razão pode nos dizer sobre os valores morais, Dworkin inverte essa questão e pergunta o que as nossas crenças morais exigem da nossa razão. A sua resposta a essa indagação é: a moralidade exige que acreditemos na veracidade das nossas convicções morais e que atuemos em conformidade com as nossas crenças visceralmente autênticas. Mesmo que saibamos que os nossos valores morais decorrem da interação entre nossas propensões genéticas, nossa cultura e nossa história pessoal, a moralidade em que estamos imersos exige que tratemos os valores morais como objetivamente válidos⁶. A *convicção autêntica em valores objetivos que devem ser observados* forma a base da virtude moral que Dworkin chama de *responsabilidade*⁷ e que está no centro de sua teoria da justiça, porque é com base nesse critério que ele refuta os céticos. Para Dworkin, colocar em dúvida a existência de critérios morais objetivos é um signo de *irresponsabilidade* porque o ceticismo nos afasta do comportamento que a visão comum considera moralmente exigível.

Essa linha argumentativa conduz Dworkin a uma circularidade, visto que ele busca fundamentar a moralidade na própria moralidade por meio da afirmação de que temos um *dever moral* de acreditar em nossas *convicções morais*. É preciso reconhecer que um dos grandes méritos de *Justice for Hedgehogs* está no fato de que Dworkin evidencia essa circularidade, sustentando claramente que as suas categorias morais “são extraídas do interior da moralidade – são elas próprias julgamentos morais”⁸ e combatendo a tese moderna de que “se formos levar os valores a sério, algo diverso dos próprios valores deve garanti-los”⁹.

Apesar de ser louvável essa transparência, cabe notar que ela termina por promover uma peculiar valorização da fé, visto que Dworkin atribui um valor moral positivo à capacidade que as pessoas têm de considerar que as suas crenças são objetivamente verdadeiras. De fato, ele não utiliza a palavra *fé*, mas afirma a necessidade de levarmos a sério as nossas convicções, visto que “somente podemos investigar acerca da moralidade buscando uma coerência endossada por convicção”¹⁰. Isso não significa

uma canonização imediata das certezas intuitivas, visto que ele reconhece que “nossas convicções são inicialmente informes, compartimentadas, abstratas e, portanto, porosas”¹¹. Por isso mesmo, sustenta que é preciso elaborar uma interpretação crítica que promova “uma rigorosa coerência valorativa entre nossas convicções”¹². Essa estratégia de sistematização, não por acaso, é plenamente compatível com o critério de *integridade* que compõe a hermenêutica jurídica defendida pelo autor¹³.

Esse ideal de coerência não pode ser reduzido à sistematicidade formalista que inspirou as tentativas modernas no sentido de ancorar os valores morais na pura racionalidade. Para Dworkin, a virtude da responsabilidade não exige apenas que o sistema de convicções morais seja coerente, mas exige também que ele seja visceralmente autêntico, pois a moralidade precisa ser compatível com “o que nos parece natural enquanto modo adequado de viver nossas vidas”¹⁴. É nesse ponto que Dworkin se contrapõe mais diretamente à tradição filosófica que utiliza a categoria de *razão* como instrumento teórico capaz de colocar em dúvida as nossas crenças mais viscerais. Em vez de elaborar critérios voltados a identificar e corrigir as distorções e preconceitos que estão presentes nas concepções morais comuns, ele busca estabelecer um sistema coerente *a partir do conjunto* desarticulado e acrítico das concepções morais presentes no senso comum. Em vez de realçar a virtude filosófica da dúvida e de estimular uma revisão crítica dos nossos valores visceralmente autênticos, ele propõe que nos aferremos aos valores autênticos e termina por chamar de *céticos* todos os pensadores que cultivam um questionamento sistemático da *visão comum*. Por isso, identificamos que no livro *Justice for Hedgehogs* Ronald Dworkin não apresenta propriamente uma *filosofia moral*, mas uma *teologia moral*, ou seja, uma dogmática que esclarece as exigências que nos são impostas pela virtude moral pressuposta pelo autor.

Nessa teologia, a virtude fundamental é a *responsabilidade*, que exige de nós uma crença dogmática nos deveres que visceralmente nos movem. Essa construção permite resolver de modo elegante a dificuldade filosófica consistente em justificar o motivo pelo qual as pessoas têm a obrigação de agir conforme os ditames do bem. Essa *vexata quaestio* foi enfrentada por Platão mediante o estabelecimento de uma vinculação necessária entre dever e desejo: ele sustentou que desejamos a felicidade de nossa alma imortal, que será premiada ou punida conforme a moralidade dos nossos atos, e que por isso devemos nos comportar de modo justo.¹⁵ Uma releitura moderna dessa resposta está em Kant, que substituiu na equação platônica o desejo pela racionalidade: os homens pertencem tanto ao mundo sensível quanto ao mundo inteligível, o que torna obrigatório seguir as regras morais ditadas pela razão¹⁶. Essas teses, baseadas na existência de uma alma racional, parecem pouco atraentes para as sensibilidades laicas contemporâneas, que tendem a admitir o diagnóstico de Hume no sentido de que não existe obrigação objetiva, visto que “o senso de justiça e injustiça não deriva da natureza, mas surge de maneira artificial, embora necessária, da educação e das convenções humanas”¹⁷.

Dworkin percebe claramente a dificuldade representada pela cisão humeana entre fatos e valores, e tenta contornar esse problema de uma

forma alternativa: admite que Hume está correto no sentido de não ser possível demonstrar racionalmente a objetividade moral, mas sustenta que a concepção de Hume, “devidamente compreendida, não defende o ceticismo acerca da verdade moral, mas sim a independência da moralidade enquanto âmbito separado de conhecimento, tendo seus próprios padrões de investigação e justificação”¹⁸. Essa defesa da autonomia da moralidade permite que Dworkin desenvolva a ideia de que é moralmente exigível que acreditemos na objetividade dos nossos juízos morais, visto que seria irresponsável desenvolver uma teoria da justiça desvinculada de uma teoria da objetividade moral¹⁹. Portanto, a postura do cético até poderia ser cognitivamente justificável, mas seria moralmente condenável por não levar a sério as exigências de um agir responsável.

Mas por que devemos ser responsáveis moralmente? Para responder a essa questão, Dworkin faz um trânsito do campo que ele define como *moral* (nossas obrigações com os outros) para o âmbito da *ética*, em que se articulam as exigências ligadas à realização de uma vida desejável. Ele retoma a argumentação aristotélica sobre a *eudaimonia* (boa vida), partindo da afirmação tautológica de que todos os homens desejam uma vida desejável, de tal modo que a boa vida possa ser considerada um *bem em si*. E, inspirando-se na argumentação de Aristóteles sobre a excelência moral, sustenta que a *eudaimonia* não é apenas uma existência repleta de prazeres, mas uma vida *digna*.

Segundo Dworkin, “temos de encontrar o valor da vida – o sentido da vida – em viver bem” e “dignidade e autorrespeito – o que quer que signifiquem – são condições indispensáveis para viver bem”²⁰. Essa dignidade é definida dogmaticamente com base em dois princípios interligados: de um lado, um princípio de *autenticidade*, que exige das pessoas que identifiquem os valores que elas consideram válidos de maneira visceral, e de outro um princípio de *autorrespeito* (*self respect*), que exige das pessoas que busquem realizar na prática os seus autênticos valores²¹. “Juntos, esses dois princípios oferecem uma concepção de dignidade humana”, que Dworkin utiliza como critério para definir o conteúdo da moralidade, uma vez que um ato é considerado injusto quando ofende a dignidade de outras pessoas²². Assim, a combinação dos princípios de dignidade resulta justamente na virtude moral da *responsabilidade*: o comprometimento com a realização dos valores em que se crê.

Nesse ponto, a argumentação de Dworkin segue a estrutura que a tem marcado, especialmente no campo da interpretação do direito: analisar as respostas que têm sido oferecidas aos problemas pela prática e construir, a partir delas, uma interpretação que as concretize da melhor forma possível²³. Esta é justamente a metodologia de Aristóteles que, como mostra Martha Nussbaum, procura estabelecer uma teoria que esteja sempre em acordo com os *phainómena*, ou seja, com as opiniões correntes, presentes no que costumamos chamar de senso comum²⁴. Por mais que Aristóteles reconheça que as percepções comuns podem estar radicalmente equivocadas, é somente a partir de uma reflexão sobre tais posições que os filósofos podem elaborar teorias que transcendam as limitações e dilemas presentes no senso comum²⁵. Em vez de repetir mecanicamente os preceitos

tradicionais, o filósofo aristotélico busca identificar os princípios imanentes a uma tradição e, a partir deles, constrói critérios éticos que possibilitem a melhor realização possível dessa própria tradição. Esse comprometimento com a identificação da melhor leitura possível que uma tradição pode oferecer é o que Dworkin define como responsabilidade.

Modelada a responsabilidade no campo da ética, o autor a estende ao âmbito que ele chama de moralidade por meio de um argumento kantiano: nosso respeito próprio engendra um respeito paralelo por todos os outros seres humanos²⁶. Feita essa passagem, ele logo transfere a igual consideração moral para o campo da política, definindo que a legitimidade política precisa assentar-se em um princípio moral de igual consideração e em um princípio ético de respeito à responsabilidade individual. Para Dworkin, “a compreensão básica de que a dignidade requer igual consideração pelo destino de todos e pleno respeito pela responsabilidade pessoal não é relativa. É genuinamente universal”²⁷. Como a política engendra um direito, as normas jurídicas precisam ser interpretadas de modo a fazer com que elas traduzam o senso de justiça “não porque precisamos às vezes vincular o direito à moralidade, mas porque é exatamente isso o que o próprio direito, corretamente entendido, requer”²⁸.

Com isso, Dworkin realiza a unificação das esferas de valor de uma sociedade (ética, moral, política e jurídica), subordinando todas elas à virtude da responsabilidade, que nos atribui o dever objetivo de buscar em nossa convivência (ou seja, na moralidade, na política e no direito) a consolidação de valores de igualdade e de responsabilidade. Por isso, Dworkin considera que a única postura responsável (ou seja, moralmente correta) é aquela das pessoas ligadas à visão comum: “o que as preocupa não é se os juízos morais podem ser verdadeiros, mas quais juízos morais são verdadeiros; não é se podemos ter, mas se efetivamente temos boas razões para pensar o que pensamos”²⁹. Embora Dworkin se vincule a essa perspectiva, ele aceita a crítica dos céticos externos no sentido de que a verdade moral não pode ser compreendida como uma espécie de correspondência a determinados fatos. Todavia, ele afirma simultaneamente que, “na forma como pensamos, não podemos escapar do pressuposto de que o valor existe independente de nossa vontade”, pois isso faz parte da “inescapável fenomenologia do valor na vida das pessoas”³⁰.

Como a perspectiva interpretativista de Dworkin é comprometida com a forma como o senso comum compreende a moralidade, ele se vê na necessidade de desenvolver um conceito de uma verdade propriamente moral, chegando mesmo a falar em uma *epistemologia moral*³¹. Ele poderia ter batizado essa verdade moral com outro nome (como validade ou legitimidade), já que reconhece claramente que ela possui um significado diverso do científico. Porém, como a visão comum chama essa validade objetiva de *verdade*, Dworkin se apropria dessa designação e busca, interpretativamente, compreender o que o senso comum chama de veracidade no campo moral. A sua conclusão é a de que um juízo moral é verdadeiro quando decorre de uma reflexão responsável, entendida esta como uma interpretação que integra, de modo sistemático, os valores morais aplicáveis a uma determinada questão.

Aqui, a perspectiva defendida em *Justice for Hedgehogs* se desvia da arquitetônica desenvolvida por Aristóteles na *Ética a Nicômacos*, que apresenta um catálogo de virtudes que precisam ser aplicadas de maneira prudencial³². A virtude da *phrônesis* é justamente a de saber identificar os *topoi* de maneira correta e fazer juízos moralmente adequados a partir deles. Nesse contexto, a justiça não se transforma em uma qualidade do ato, mas em uma qualidade da pessoa. Já para Dworkin, a responsabilidade não é uma característica da pessoa, mas da ação: uma ação pode ser qualificada como responsável na medida em que observa certos critérios. E a saída que ele propõe é sistemática: uma reflexão é responsável quando ela é capaz de integrar todos os valores *prima facie* conflitantes em uma interpretação que elimine as tensões entre eles por meio da promoção de sua unidade. Essa tese da unidade dos valores é bem sintetizada por Smith: “aquilo que um âmbito valorativo exige de nós deve ser consistente com (na verdade, deve apoiar) aquilo que outros âmbitos valorativos exigem de nós.”³³.

Aristóteles era consciente de que uma tal unidade platônica dos valores não passava de uma ilusão formal³⁴. Dworkin, por sua vez, considera que a busca de unidade é um dever moral, pois “a responsabilidade busca coerência e integração”³⁵. Embora a visão comum não seja suficientemente reflexiva para conter um pressuposto explícito de que os valores morais compõem um sistema unificado, ela considera que cada valor moral é objetivamente correto e que, portanto, todos devem ser corretos ao mesmo tempo. O resultado dessa ideia é a crença definida como “a crença do ouriço de que todos os valores verdadeiros formam uma rede interligada, de modo que cada uma das nossas convicções sobre o que é bom ou correto ou bonito desempenha algum papel em conferir sustentação às outras convicções que temos nesses diversos âmbitos de valor”³⁶.

A concepção de Dworkin converge com a ideia platônica de que o discurso moral só faz sentido caso exista uma noção unificada de bem. Essa posição faz com que ele defina que a interpretação responsável precisa “entretecer os valores”³⁷, de tal forma que o resultado da interpretação seja a anulação dos conflitos valorativos em um sistema holístico. Assim, por mais que os aristotélicos talvez estejam cognitivamente corretos ao afirmar a radical pluralidade de valores sociais e a natureza conflitiva dos valores de justiça, cada um de nós é moralmente obrigado a conduzir-se como se a moralidade fosse um sistema unificado de valores objetivamente vinculantes.

Essa crença na objetividade dos valores impede que a teoria de Dworkin ingresse no campo do relativismo, uma vez que a visão comum não se percebe como uma das teorias morais historicamente construídas, mas como uma perspectiva efetivamente correta. Com isso, ele pode considerar que culturas que não compartilham com a norte-americana (que é o lugar de fala quando ele diz *nós*) a igualdade de gêneros podem ser qualificadas como erradas, uma vez que não há no seu quadro moral de referência valores que justifiquem tal discriminação. “Elas compartilham conosco o conceito de justiça, mas – ao menos podemos sensatamente supor – compreendem esse conceito de

forma profundamente equivocada. Não há relativismo nessa história, apenas erro da parte delas.”³⁸

II. ENTRE PLATÃO E ARISTÓTELES

A concentração de Dworkin em uma virtude moral da responsabilidade pode ser compreendida como uma revolta aristotélica contra a hegemonia do platonismo. Na modernidade, as sensibilidades platônicas tendem ao que Amartya Sen chama de transcendentalismo institucional: a busca de identificar um critério universal de legitimidade e de construir instituições capazes de realizá-lo³⁹. Essa concepção considera que uma reflexão sobre a racionalidade humana é capaz de identificar critérios universais de justiça que, uma vez esclarecidos, podem ser utilizados como critério fundamental de avaliações morais e jurídicas. Isso é o que faz todo o contratualismo, de Hobbes a Rawls, que busca fundamentar valores objetivos a partir de uma situação original imaginária em que as pessoas atuariam de forma perfeitamente racional.

Dworkin segue na contramão dessa tendência, retomando a tese aristotélica de que é preciso compreender o inteligível a partir do sensível. Somente uma análise cuidadosa das próprias práticas sociais é que pode gerar uma compreensão dos valores que subjazem a elas, e é por isso que ele confere tanta importância a uma postura interpretativa: não se trata de uma reflexão racional revelando valores universais, mas de uma compreensão das práticas sociais efetivas, a partir da elaboração de modelos que permitam conferir sentido a essas práticas. Nesse ponto, ele se distancia das metafísicas grega e moderna e assume uma posição radicalmente historicista: a interpretação do sensível é sempre historicamente determinada e, portanto, ela é incapaz de revelar categorias fora da história.

Essa é a postura propriamente hermenêutica, que remonta principalmente a Gadamer⁴⁰, pois Dworkin admite que estamos imersos em uma tradição e, na medida em que nossos conceitos são interpretativos, “nós compartilhamos as práticas sociais e experiências em que esses conceitos figuram”⁴¹. Tal perspectiva reconhece que os valores são elementos de nossas interpretações e que, portanto, desacordos valorativos não são propriamente divergências quanto à ocorrência de fatos, mas quanto à significação que atribuímos a eles. Portanto, esses desacordos não podem ser resolvidos tomando como referência um valor absoluto que sirva como ponto arquimediano, e sim o próprio horizonte hermenêutico compartilhado a partir do qual interpretamos a realidade. Nesse contexto, a consistência de uma interpretação é dada a partir do modo como ela consegue articular todos os elementos relevantes dentro de uma narrativa unificada.

Essa unidade é relevante, mas ela não é tomada como um dado a ser descoberto por meio de uma observação cuidadosa, e sim como uma compreensão a ser elaborada por meio de uma reflexão que siga certos parâmetros que Dworkin chama de *teoria da interpretação*. Nesse ponto,

ele se distancia da hermenêutica gadameriana e se aproxima da hermenêutica clássica, que podemos chamar de *dogmática* por ser voltada a definir cânones capazes de orientar a prática interpretativa. Gadamer desenvolveu uma fenomenologia da interpretação, mostrando como ela opera e formulando categorias para que compreendamos nossa própria atividade interpretativa. Entretanto, recusa veementemente a possibilidade de identificar parâmetros de interpretação exteriores a uma tradição. Ele não negou a existência desses critérios nem a sua importância, mas apenas afirmou que eles faziam parte de uma determinada tradição e, portanto, não podiam integrar uma filosofia geral da interpretação.

No grau de abstração da teoria gadameriana, os cânones hermenêuticos de uma tradição são percebidos como parte integrante dela, e não como parte das categorias interpretativas que conformam a nossa própria capacidade de compreensão. Logo, tais critérios podem ser estudados a partir de uma perspectiva externa, que analisa os modos como esses critérios afloram e como eles se articulam, mas que não se compromete com a validade desses parâmetros. Como bem mostraram os filósofos ligados ao Círculo de Viena, e Kelsen em particular, a validade é uma categoria intra-sistemática: não existe validade normativa universal, pois a própria categoria remete a um determinado sistema histórico que reconhece a validade da norma⁴².

A consciência dessa relatividade dos valores se choca com o uso social que fazemos deles, pois as categorias valorativas são operadas em discursos dogmáticos que pressupõem a obrigatoriedade das normas e valores que os compõem. Por isso mesmo, Kelsen defendeu que podemos compatibilizar nossa consciência teórica da relatividade dos valores com nossa necessidade prática de participar de discursos que pressupõem a validade das normas, tratando como objetivamente válidas as regras que integram uma tradição eficaz⁴³. Mais do que isso, ele percebeu que nossos discursos normativos são normalmente acríticos, pois tendemos a tratar as normas morais e jurídicas como se fossem válidas, sem perceber que essa validade não pode ser demonstrada, mas apenas pressuposta. Para Kelsen, para Hart⁴⁴ e para os positivistas em geral, uma vez que percebemos essa estrutura mítica dos discursos normativos, podemos escolher adotar uma perspectiva externa ou interna.

Uma perspectiva externa ao sistema não significa uma perspectiva neutra e objetiva, mas apenas um enfoque que não pressupõe a validade das normas sobre as quais se fala. Um sociólogo da religião pode fazer afirmações sobre as crenças típicas dos budistas ou sobre a mitologia cristã sem pressupor a veracidade dos relatos religiosos nem a validade dos seus mandamentos. Mas isso não significa que ele fale de um lugar vazio, pois o pesquisador elabora um discurso a partir do sistema da sociologia, que tem as suas categorias próprias e seus cânones interpretativos. Além disso, adotar uma perspectiva interna não implica necessariamente o comprometimento sincero e visceral do pensador com o sistema valorativo que ele opera. Um sociólogo ateu da religião pode debater com um bispo católico sobre o sentido correto de certas disposições religiosas, em uma argumentação que somente faz sentido no interior de um campo discursivo

determinado. Um juiz positivista pode questionar a adequação de uma interpretação normativa a certos cânones hermenêuticos, mesmo reconhecendo que a validade da norma interpretada não pode ser demonstrada.

Numa perspectiva externa, pode-se avaliar a existência de um sistema, explicar a sua estrutura e mostrar o modo como ele opera. Nesse enfoque, não é possível discutir se uma determinada norma é válida em si, mas apenas se ela é reconhecida como válida pelas pessoas que operam o próprio sistema. A validade desse tipo de observação externa da moralidade (seja ela chamada de ética, filosofia moral ou metaética) é questionada por Dworkin, que afirma que a moralidade somente pode ser compreendida a partir de uma perspectiva interna. Essa é uma observação importante porque o debate sobre a validade de uma proposição normativa é sempre uma discussão interna ao sistema, visto que os critérios de validade são internos. Assim, não é possível haver uma discussão externa do sentido moral de um ato, visto que questões de valor somente podem ser respondidas mediante juízos de valor.

Essa distinção entre uma perspectiva externa e uma interna é negada por Dworkin, que afirma a inexistência de uma perspectiva externa à moralidade. Ao negar que existam verdades sobre valores que sejam proposições metaéticas, de segunda ordem, valorativamente neutras⁴⁵, ele defende que todas as discussões metaéticas são necessariamente debates morais. Portanto, seria inescapável assumir que existem valores morais objetivos que perpassam todos os discursos propriamente morais, pois esse é o modo como nós vivenciamos a própria moralidade: “é como pensamos”⁴⁶.

Essa ligação com as nossas práticas e discursos morais efetivos é importante para a teoria porque ela se baseia na interpretação desses fenômenos sociais. Todavia, essa abordagem hermenêutica conduz a uma curiosa aporia: nossos discursos morais não se veem como históricos nem como interpretativos. Com isso, voltamos para o argumento platônico de que ou esses discursos não fazem sentido algum, ou, então, precisam existir os valores objetivos que estão pressupostos nos nossos discursos morais. Frente a esse dilema, Platão sustenta que a existência do bem é uma necessidade lógica, pois a sua inexistência conduziria ao absurdo de negarmos o sentido da moralidade como um todo⁴⁷. Já Dworkin sustenta que a existência dos valores objetivos é uma necessidade moral, pois a obrigação de levar a moral a sério exige de nós a suposição de que “são objetivamente verdadeiros os princípios, morais ou de outra ordem, a partir dos quais agimos ou votamos”⁴⁸.

Esse é o ponto em torno do qual gravitam os argumentos de Dworkin, cuja circularidade ele efetivamente reconhece: os discursos morais que integram as nossas práticas sociais fazem referência a valores objetivos e, portanto, eles nos impõem a obrigação moral de reconhecer a objetividade dos valores. Em suma, a tese dworkiniana é a de que existe uma obrigação moral objetiva de reconhecer a validade objetiva da própria moralidade. Por isso, ele considera que as pessoas que não reconhecem essa verdade moral não são ignorantes (o que seria um julgamento cognitivo), mas irresponsáveis (o que é um julgamento moral).

Felizmente, ele afirma, na primeira página do livro, que essa ideia é uma crença: “ela propõe um modo de viver”⁴⁹. Assim, a obra não pretende fundamentar racionalmente a necessidade de nos engajarmos moralmente, mas apenas explorar as consequências filosóficas de um certo engajamento moral. Essa posição faz com que Dworkin não dialogue com os céticos, mas apenas desqualifique o argumento cético por ele não ser compatível com a crença pressuposta. Ora, desde Platão, a filosofia é um diálogo que precisa incluir o cético, pois os argumentos filosóficos deveriam ter uma validade objetiva e não apenas circunstancial. Os diálogos que se operam sobre uma base valorativa que não admite questionamento são mais propriamente dogmáticos do que filosóficos, o que faz com que a tese defendida em *Justice for Hedgehogs* seja melhor qualificada como teologia do que como filosofia.

III. CONTRA O CETICISMO

Como nos livros de teologia, Dworkin enuncia as suas verdades dogmáticas como dotadas de uma evidência incontestável. No início da introdução, ele descreve, sem justificar, quais são os princípios de um governo legítimo: igual consideração e responsabilidade pessoal⁵⁰. No início do Capítulo II, ele enuncia que “é um fato óbvio e inescapável que existem verdades sobre valores”⁵¹, pois mesmo as pessoas que negam a existência de valores objetivos consideram que estão enunciando uma verdade objetiva sobre os valores. Para explicar essa posição, Dworkin define como visão comum a perspectiva das pessoas que fazem julgamentos morais partindo do pressuposto de que suas análises são objetivamente verdadeiras porque são baseadas em critérios morais objetivamente válidos. Como ele pretende fazer uma teoria interpretativa, que confira sentido à prática moral efetiva, é muito importante essa descrição da visão comum porque o autor considera que “a maioria das pessoas sustenta esse ponto de vista de modo mais ou menos irrefletido”⁵².

O discurso moral é normalmente irreflexivo. Ele não discute as bases da moralidade, mas toma certos princípios como válidos e discute apenas as consequências práticas da aplicação desses critérios. Nas palavras de Dworkin, “de acordo com a visão comum, perguntas gerais sobre o fundamento da moralidade – sobre o que torna verdadeiro um julgamento moral particular – são elas mesmas as questões morais”⁵³. As pessoas envolvidas nesse discurso podem se perguntar acerca da veracidade de proposições morais, tais como “o aborto é um ato moralmente condenável”, e esse enunciado vai ser considerado verdadeiro ou falso a partir de sua correspondência aos valores morais cuja validade é considerada evidente.

O problema é que várias pessoas ou grupos consideram evidentes valores muito diversos. Nesse contexto, o único debate possível é aquele que se desenvolve acerca de quais são as normas moralmente obrigatórias. Partidários de diferentes religiões, por exemplo, podem discutir entre si sobre quais são as verdadeiras exigências da moralidade, e todos estarão

imersos na visão comum. Cada um deles considerará que as suas próprias concepções são objetivamente corretas e que as pessoas que pensam de modo diverso estão simplesmente erradas, por serem incapazes de reconhecer os valores verdadeiramente válidos. É por isso que os Maias sacrificavam crianças no século XV, que os africanos vendiam seus inimigos escravizados aos Europeus no século XVI e que os nazistas mataram homossexuais nos campos de extermínio no século XX.

Dworkin esclarece que essa visão comum tem uma série de críticos, que não apenas propõem visões comuns concorrentes à dominante, mas colocam em questão as visões comuns como um todo. Uma primeira linha de críticos considera que a visão comum não oferece uma justificativa adequada para os valores morais que considera objetivos e que é necessário elaborar um discurso de justificação mais sólido, que não seja baseado apenas na intuição ou na tradição, mas que seja fundado na própria racionalidade. De Platão a Dworkin, essa tem sido a principal função dos filósofos morais: a busca de uma evidência racional de que certos valores são objetivamente válidos. Esta categoria de críticos é chamada por Dworkin de céticos internos (*internal skeptics*), pois consideram que a visão comum tipicamente conduz ao erro de tomar por evidentes os preconceitos da nossa própria cultura, misturando as sombras com a realidade, dentro de uma caverna platônica.

Outra categoria de críticos é a dos *céticos externos*, que duvidam da própria possibilidade de haver juízos morais verdadeiros. Para tais pensadores, não existe nada como uma evidência moral, seja ela intuitiva ou racional. Portanto, eles não supõem que a visão comum conduza a erros de avaliação, mas a um engano fundamental: a suposição de que há valores objetivamente válidos. Essas pessoas têm as suas convicções morais e costumam defendê-las com a mesma intensidade que os defensores das visões comuns, mas elas não consideram que é possível justificar suas convicções subjetivas com base em uma argumentação objetiva⁵⁴.

O cético externo, portanto, é o correspondente moral do agnóstico. Ele pode até possuir uma crença subjetiva em alguma divindade, pode intuir que existe uma força superior que guia a natureza, mas ele é cético quanto à possibilidade de que a razão indique algo sobre o âmbito divino. O agnosticismo não designa propriamente um ceticismo quanto à existência de deuses ou à validade de religiões, mas apenas quanto à capacidade que a razão tem de esclarecer verdades no campo da metafísica. Assim, a visão comum acredita piamente que o seu deus é o verdadeiro deus, enquanto os céticos internos acreditam em um código moral verdadeiro e pensam que seus “argumentos para considerá-lo verdadeiro são adequados”⁵⁵, e os céticos externos negam a possibilidade de haver um mandamento moral objetivamente válido.

Para os céticos externos, Dworkin prepara uma curiosa armadilha: discutir a validade dos mandamentos morais, ainda que seja para negá-los, parece levá-los a ingressar em uma discussão moral, pois “eles recorrem aos mesmos tipos de argumentos e realizam juízos de veracidade exatamente do mesmo modo”⁵⁶. Quando um cético externo afirma que “ninguém tem obrigações morais porque não existem entidades especiais

que poderiam constituir uma obrigação desse tipo”, Dworkin considera que essa é uma afirmação moral, assim como seria astrológica a afirmação de que não existe influência da posição dos astros na vida das pessoas. Por isso mesmo, ele defende no Capítulo III que “qualquer ceticismo moral sensato precisa ser interno à moralidade”⁵⁷.

O argumento é interessante, mas não deixa de ser falacioso por causa disso, pois ele é baseado em uma curiosa redescritção do argumento dos céticos externos. Segundo Dworkin, o cético externo avalia a veracidade de proposições morais específicas (como “o aborto é moral” e “o aborto é imoral”) e afirma que não existem razões adequadas para preferir qualquer uma delas, o que os conduz a sustentar uma indeterminação (impossibilidade de decidir) no campo da moralidade, que por si própria é um argumento moral. Mas ocorre que não é isso o que o cético externo afirma, muito embora seja isso o que o moralista ouve.

Um agnóstico moral diria: não existem mandamentos morais racionalmente válidos, pois a razão é cega a valores. E não existem mandamentos objetivamente válidos porque não existem critérios objetivos de veracidade para além da própria racionalidade humana. De fato, essa não costuma ser uma afirmação sobre a moralidade, mas sobre enunciados normativos em geral, que pode ser elaborada dentro de um contexto em que são irrelevantes as repercussões morais de uma determinada afirmação.

O fato de uma afirmação ter repercussões morais não significa que ela seja uma afirmação moral de primeira ordem, pois ela não integra nenhum discurso de caráter moral. Para compreender esse fato, tracemos uma analogia com a medicina. Imaginemos que um médico discuta com outro acerca das razões que levaram uma determinada pessoa a falecer. Um deles sustenta que uma mulher teve um enfarto e que, em decorrência disso, perdeu o controle do carro que ela dirigia. Outro sustenta que ela perdeu o controle do carro, provavelmente por ter dormido, e que o ataque cardíaco ocorreu em virtude da descarga de adrenalina resultante de ela ter acordado no momento da colisão. Essa é uma dúvida científica pertinente, e não uma questão jurídica.

É claro que a definição da causa do acidente (a fortuidade de um enfarto ou a imprudência de dirigir com demasiado sono) tem impactos nas consequências jurídicas do caso (é preciso indenizar eventuais vítimas?) e na avaliação moral (seria a motorista culpada por ter atropelado alguém?). Mas isso não significa que os posicionamentos dos peritos que analisam o caso constituam enunciados propriamente jurídicos ou morais. As conclusões dos peritos serão interpretadas de forma diversa por variados sistemas jurídicos e morais, acarretando diversas consequências. É claro que o próprio laudo pode ter sido encomendado por razões jurídicas ou morais, mas isso não muda o fato de que as afirmações médicas, físicas e biológicas não se transformarão em jurídicas por causa disso.

As afirmações respondem a diversos sistemas de interpretação, a jogos de linguagem que têm critérios próprios de validade/veracidade, cuja existência pode ter repercussões no campo dos deveres jurídicos e morais

(um laudo médico de morte encefálica pode permitir a retirada de um órgão). Porém, coisa muito diversa é afirmar que por causa disso tais afirmações contêm enunciados jurídicos ou morais de primeira ordem. Esse me parece ser o erro de Dworkin ao analisar a postura do cético externo e penso que esse equívoco decorre de uma caracterização inadequada dos campos jurídico e moral.

Um juiz observa o mundo a partir de uma perspectiva interna ao direito, de tal modo que ele mede a relevância das diversas situações em função de suas repercussões jurídicas. Adotada essa perspectiva interna, é possível identificar uma espécie de domínio do direito, formado por todos os elementos que têm repercussões jurídicas. Esse âmbito pode ser integrado por fatos (como o nascimento), condutas intencionais (como uma agressão) e enunciados (como um contrato), e todos eles se tornam relevantes de um modo interpretativo: o direito lhes confere relevância. Coisa bastante diversa é identificar um discurso jurídico, que discorre especificamente sobre o *sentido jurídico* desses atos.

Definir a moralidade ou o direito como um discurso, adotando um referencial linguístico, implica uma perspectiva bem mais restrita sobre o que é o direito e a moral. Essa é a distinção típica daquelas pessoas que distinguem a ética da meta-ética e que diferenciam um discurso normativo sobre os fatos jurídicos (o direito) de um discurso teórico sobre o discurso normativo (a ciência do direito). Esses cortes somente fazem sentido quando adotamos como referência os discursos, sendo esse recorte típico de observadores externos, interessados em perceber as peculiaridades de uma determinada prática discursiva social.

Optar por um referencial não linguístico, definindo o direito ou a moralidade como um domínio (ou um campo, ou um mundo, ou um âmbito, ou outro conceito similar), conduz a uma perspectiva em que as fronteiras são menos definidas e nas quais os fatos podem pertencer a uma multiplicidade de domínios. Esse referencial é típico dos discursos internos, que observam o mundo a partir da relevância dos fenômenos para as avaliações de um determinado sistema de interpretação. Essa perspectiva tende a misturar as noções de *pertinência* e de *repercussão*, e é essa a confusão de Dworkin.

Quando um cosmólogo afirma que não existe qualquer influência da posição dos astros na definição da personalidade de uma pessoa, essa é uma afirmação que não integra o discurso da astrologia. O cientista não parte das categorias astrológicas, não compartilha os seus dogmas, não compreende o mundo a partir de suas chaves de interpretação. Já se um cosmólogo afirmasse que não existe influência dos astros na alma das pessoas, ele abandonaria o discurso da física: sua afirmação sairia do âmbito da ciência e entraria no esoterismo, na religião ou em outros discursos de cunho místico, em que pode fazer sentido a noção de *alma*. Mas quando um cientista se limita a afirmar que a influência das interações físicas existentes entre os humanos e a constelação de Peixes não pode ter repercussões relevantes sobre a constituição física de uma pessoa, ele opera uma negação *física*, e não *astrológica*, da relação entre certos fatos.

Evidentemente, essa é uma afirmação que pode ter repercussões no interior da astrologia, uma vez que ela implica a negação de certas interpretações astrológicas. Um astrólogo pode se dedicar sinceramente a refutar as afirmações do cientista e a defender a existência das relações que ele negou. Essa possibilidade de uma refutação astrológica da afirmação científica não converte o discurso do cientista em um discurso astrológico, embora seja claramente possível discutir as implicações astrológicas das afirmações de um físico, de um psicólogo ou de um biólogo.

Esse é o erro de Dworkin, decorrente de sua manifesta opção, desde a primeira linha do livro, por uma perspectiva interna da moralidade. Ele considera que são morais todos os enunciados que têm alguma repercussão sobre o seu próprio julgamento moral e, portanto, ele não concebe um lugar externo à própria moralidade. Para Dworkin, como até o mais cético dos cétricos dialoga acerca da validade de posições morais, ainda que seja para negar a validade objetiva de qualquer juízo valorativo, então os cétricos não são verdadeiramente cétricos quanto à moralidade e deveriam admitir a existência de alguma forma de verdade moral. Admitir esse tipo de argumento nos levaria à falácia de chamar de astrólogo o físico que nega a validade científica da astrologia.

Portanto, a afirmação inicial de Dworkin é correta, mas vazia: a partir da visão moral comum, a posição dos cétricos não pode ser moralmente sustentada. Isso é o equivalente a sustentar que, a partir da visão teológica comum, a posição dos agnósticos e dos ateus não pode ser sustentada. Esses são enunciados tautológicos, e a opção de Dworkin por esse tipo de concepção representa uma escolha de fechamento: uma vez que a visão comum considera a si própria como objetivamente correta, Dworkin termina por defender que não é moralmente admissível um questionamento dessa correção. Ele rotula de ceticismo interno toda crítica dirigida aos seus pressupostos valorativos e de ceticismo externo toda crítica dirigida contra a sua crença na verdade moral. Em vez de dialogar com esses “cétricos”, Dworkin termina por afirmar a impossibilidade de um debate produtivo acerca da validade das concepções que ele considera autênticas e dignas de respeito. Com isso, o único campo que resta aberto ao debate moral é aquele travado com os não-cétricos: um discurso interno voltado a definir a maneira mais correta de integrar os valores do senso comum em um sistema coerente.

IV. CONCLUSÃO

Filosoficamente, a teoria moral de Dworkin não se equilibra. Ele promove uma tentativa de harmonizar elementos platônicos e aristotélicos, mas o resultado é uma contradição interna que ele tenta superar de forma inconsistente, por meio da introdução da noção moral de *responsabilidade*. O resultado final é uma concepção platônica, pois ele sustenta a unidade do bem como um requisito necessário para a inteligibilidade racional do mundo. Todavia, o método utilizado é aristotélico: o desenvolvimento de uma perspectiva indutiva, que elabora interpretações capazes

de dar sentido às práticas sociais efetivas. O problema é que a análise das práticas efetivas não conduz à unidade do bem, como sabiam tanto Platão como Aristóteles.

A unidade do bem é uma necessidade lógica para que o mundo tenha um sentido objetivo, e por ser uma necessidade lógica, ela não pode ser elaborada a partir do mundo sensível. Mais do que isso: o mundo sensível é feito de sombras e, portanto, não é razoável esperar que uma análise cuidadosa das práticas institucionais conduza ao conhecimento do bem. Contra essa necessidade, Dworkin argumenta que não se deve analisar o bem a partir da lógica, mas a partir da própria moralidade, o que o conduz a uma circularidade que ele não nega: os critérios objetivos de justiça somente podem ser baseados nos próprios critérios objetivos de justiça.

E se esses critérios não existirem? Dworkin escapa dessa pergunta com o argumento de que ela é contrária à nossa prática moral efetiva. A opção por uma perspectiva interpretativista pretensamente nos vincula a essas práticas morais, exigindo dos filósofos a elaboração de uma teoria que atribua à nossa experiência moral um sentido, em vez de negar as nossas intuições morais básicas. Ocorre que nós nos comportamos como se a justiça objetiva existisse: nossos discursos morais somente fazem sentido dentro de um sistema argumentativo que envolve critérios morais objetivos. Afinal, como afirma Dworkin, “é como pensamos”⁵⁸. Portanto, o papel do filósofo deveria ser o de interpretar essas práticas, elaborando teorias que sejam capazes de reconhecer que elas não são absurdas.

Aristóteles era muito consciente de que essa construção interpretativa da moralidade não conduz a uma ideia unitária de bem, mas a uma multiplicidade de excelências que tomam como critério fundamental o comportamento daquelas pessoas que são reconhecidas como excelentes. Já Dworkin confia que o exercício aristotélico de elaborar uma autocompreensão da própria tradição moral é necessariamente capaz de evidenciar uma noção unitária de bem, dado que apenas uma concepção desse tipo realizaria plenamente a pretensão da nossa própria moralidade de ser objetiva.

Com isso, o que ele propõe é um discurso moral capaz de articular os valores morais dominantes nas sociedades liberais e democráticas deste início de século XXI. Trata-se de um discurso moral (no sentido de um discurso vinculado a certo credo valorativo) e não de um discurso ético (no sentido de um discurso que reflete sobre as estruturas dos discursos morais) e menos ainda de um discurso meta-ético (no sentido de um discurso que reflete sobre as reflexões acerca da ética). Mais do que isso, trata-se de um discurso que nega a própria validade da ética e da meta-ética, ou seja, de uma reflexão filosófica que possa conduzir a um enfraquecimento dos valores morais, consequência que deveria ser evitada por qualquer pensador responsável. Como afirma Dale Smith, Dworkin sustenta “que a moralidade é um campo de investigação diverso da ciência e da metafísica e que qualquer argumento moral, em última instância, deve manter-se em bases morais (e não metafísicas ou científicas)”⁵⁹.

Esse argumento lembra muito uma passagem da Utopia em que More defende a liberdade de culto, mas ao mesmo tempo exclui da vida política

todos aqueles que negam a existência de uma vida após a morte porque “aqueles que negam essa proposição deveriam ser considerados abaixo da condição humana, uma vez que estão degradando a sublimidade de sua própria alma e se reduzindo à condição do animal que possui apenas seu corpo material perecível. Esses indivíduos nem deveriam ser considerados como cidadãos, uma vez que certamente iriam trair e desrespeitar as leis e os costumes da sociedade se não fossem contidos pelo medo”⁶⁰. A crença na inexistência de uma vida após a morte e de valores objetivos não é combatida por ser uma deficiência cognitiva, mas por ser uma deficiência moral.

Esse fechamento do discurso no campo da moralidade tem suas vantagens estratégicas, mas trata-se basicamente de uma negação da possibilidade de um debate sobre deuses fora da arena teológica. A metafísica somente faz sentido dentro da metafísica, e a proposição de Dworkin de que devemos aceitar a validade moral com base na própria validade moral corresponde a uma aposta política na virtude teológica da fé.

>> NOTAS

- ¹ Dworkin, 1996: 2.
- ² Dworkin, 2011: 28.
- ³ Dworkin, 2011: 419. Texto original: “some limited integrated set of opinions that carries visceral authenticity”.
- ⁴ Dworkin, 2011: 419. Texto original: “what kind of hesitation and doubt would then make sense? Why shouldn’t you simply believe what you then believe? Really believe it?”
- ⁵ Descartes, 1985: 40.
- ⁶ Dworkin, 2011: 149.
- ⁷ Dworkin, 2011: 103.
- ⁸ Dworkin, 2011: 10. Texto original: “are drawn from within morality — they are themselves moral judgments”.
- ⁹ Dworkin, 2011: 17. Texto original: “something other than value must underwrite value if we are to take values seriously”.
- ¹⁰ Dworkin, 2011: 120. Texto original: “we can seek through about morality only by pursuing coherence endorsed by conviction.”
- ¹¹ Dworkin, 2011: 108. Texto original: “our convictions are initially unformed, compartmentalized, abstract and therefore porous”.
- ¹² Dworkin, 2011: 108. Texto original: “a thorough coherence of value among our convictions”.
- ¹³ Dworkin, 2003.
- ¹⁴ Dworkin, 2011: 104. Texto original: “what feels natural to us as a suitable way to live our lives”.
- ¹⁵ Platão, 1993: 621d.
- ¹⁶ Kant, 1964: 433.
- ¹⁷ Hume, 2002: 191.
- ¹⁸ Dworkin, 2011: 17. Texto original: “properly understood, supports no skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge, with its own standards of inquiry and justification”.
- ¹⁹ Dworkin, 2011: 8.
- ²⁰ Dworkin, 2011: 13. Texto original: “we must find the value of living — the meaning of life — in living well” e “dignity and self-respect — whatever these turn out to mean — are indispensable conditions of living well”.
- ²¹ Dworkin, 2011: 203.
- ²² Dworkin, 2011: 204. Texto original: “Together, these two principles offer a conception of human dignity”.
- ²³ Essa posição é defendida originalmente em *Taking Rights Seriously*, de 1977, e retrabalhadas em obras posteriores, como *O Império do Direito*, de 1986, a partir da categoria de integridade.
- ²⁴ Nussbaum, 2009: 210.
- ²⁵ Nussbaum, 2009: 216.
- ²⁶ Dworkin, 2011: 255.
- ²⁷ Dworkin, 2011: 338. Texto original: “the basic understanding that dignity requires equal concern for the fate of all and full respect for personal responsibility is not relative. It is genuinely universal”.
- ²⁸ Dworkin, 2011: 415. Texto original: “not because we must sometimes compromise law with morality, but because that is exactly what the law, properly understood, itself requires”.
- ²⁹ Dworkin, 2011: 100. Texto original: “what worries them is not whether moral claims can be true but which moral claims are true; not whether we can, but whether we do, have good reason to think what we do”.

- ³⁰ Dworkin, 2011: 214. Texto original: “we cannot escape, in how we think, an assumption that value exists independent of our will”, “inescapable phenomenology of value in people’s lives”.
- ³¹ Dworkin, 2011: 100.
- ³² Aristóteles, 1992, livros III e IV.
- ³³ Smith, 2012: 385. Texto original: “what one domain of value requires of us must be consistent with (indeed, support) what other domains of value require of us”.
- ³⁴ Aristóteles, 1992: 1098a.
- ³⁵ Dworkin, 2011: 113. Texto original: “responsibility seeks coherence and integration”.
- ³⁶ Dworkin, 2011: 120. Texto original: “the hedgehog’s faith that all true values form an interlocking network, that each of our convictions about what is good or right or beautiful plays some role in supporting each of our other convictions in each of those domains of value.”
- ³⁷ Dworkin, 2011: 101. Texto original: “knit values together”.
- ³⁸ Dworkin, 2011: 171. Texto original: “They share the concept of justice with us, but — at least so we can sensibly suppose — they misunderstand that concept profoundly. There is no relativism in this story, only error on their part.”
- ³⁹ Sen, 2011: 24.
- ⁴⁰ Gadamer, 1999.
- ⁴¹ Dworkin, 2011: 6. Texto original: “we share social practices and experiences in which these concepts figure”.
- ⁴² Kelsen, 1991: 235.
- ⁴³ Kelsen, 1991: 78.
- ⁴⁴ Hart, 1994.
- ⁴⁵ Dworkin, 2011: 11. Texto original: “nonevaluative, second order, meta-ethical truths about value”.
- ⁴⁶ Dworkin, 2011: 10. Texto original: “it is how we think”.
- ⁴⁷ Platão, 1997: 75c.
- ⁴⁸ Dworkin, 2011: 8. Texto original: “the moral and other principles on which we act or vote are objectively true”.
- ⁴⁹ Dworkin, 2011: 1. Texto original: “it proposes a way to live”.
- ⁵⁰ Dworkin, 2011: 2.
- ⁵¹ Dworkin, 2011: 24. Texto original: “that there are truths about value is an obvious, inescapable fact”.
- ⁵² Dworkin, 2011: 28. Texto original: “most people more or less unthinkingly hold that view”.
- ⁵³ Dworkin, 2011: 28. Texto original: “on the ordinary view, general questions about the basis of morality — about what makes a particular moral judgment true — are themselves moral questions”.
- ⁵⁴ Dworkin, 2011: 36.
- ⁵⁵ Dworkin, 2011: 37. Texto original: “arguments for holding it true are adequate arguments”.
- ⁵⁶ Dworkin, 2011: 24. Texto original: “they draw on the same kinds of arguments, and they claim truth in just the same way”.
- ⁵⁷ Dworkin, 2011: 25. Texto original: “no one ever has a moral obligation because there are no queer entities that could constitute a moral obligation”, any sensible moral skepticism must be internal to morality”.
- ⁵⁸ Dworkin, 2011: 11. Texto original: “it is how we think”.
- ⁵⁹ Smith, 2012: 384. Texto original: “that morality is a separate domain of inquiry from science and metaphysics and that any moral argument must ultimately stand or fall on moral (not metaphysical or scientific) grounds”.
- ⁶⁰ More, 2004: 116.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Aristóteles (1992).** *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB.
- Descartes, René (1985).** *Discurso do método*. Brasília: UnB.
- Dworkin, Ronald**
- (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Harvard. (1996).
 - (2003). *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
 - (1996). *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
 - (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard.
- Gadamer, Hans-Georg (1999).** *Verdade e método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes.
- Hart, Herbert L. A. (1994).** *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- Hume, David (2002).** "Tratado da natureza humana". In: Clarence Morris. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 182-210.
- Kant, Immanuel (1964).** *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional.
- Kelsen, Hans (1991).** *Teoria pura do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- More, Thomas (2004).** *Utopia*. Brasília: UnB.
- Nussbaum, Martha (2009).** *A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega*. São Paulo: Martins Fontes.
- Platão**
- (1997). *Complete Works*. Indianapolis: Hacket Publishing Company.
 - (1993). *A República*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- Sen, Amartya (2011).** *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Smith, Dale (2012).** "Law, Justice and the Unity of Value". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 2, 383–400 doi:10.1093/ojls/gqs006.

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA
// CASE NOTES AND COMMENTARIES

**UNIÕES HOMOAFETIVAS: RECONHECIMENTO
JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE
PARCEIROS DO MESMO SEXO**

// SAME-SEX UNIONS: LEGAL RECOGNITION OF
COMMON LAW UNIONS BETWEEN
SAME-SEX PARTNERS

Luís Roberto Barroso

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente trabalho trata do dever estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto, será feita uma análise dos princípios constitucionais aplicáveis à hipótese – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica –, bem como do parâmetro vigente no âmbito do Direito de Família que é, precisamente, o da afetividade. Ao final, serão apresentadas duas soluções jurídicas que conduzem ao mesmo resultado: a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. // The present paper deals with the State's obligation to provide legal recognition to affectionate relationships between same-sex partners. For that purpose, it will analyze the constitutional principles applicable to this hypothesis – equality, liberty, human dignity and legal certainty –, as well as the current parameter applied in the realm of family law for the recognition of family entities, which is precisely the one of affection. In its final part, the article will present two possible legal solutions that lead to the same result: the extension of the application of the legal regime of civil unions to same-sex unions.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

uniões homoafetivas; reconhecimento jurídico; princípios constitucionais; união estável // same-sex civil unions; legal recognition; constitutional principles; civil unions

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Ministro do Supremo Tribunal Federal. // Full-Professor of Law at the State University of Rio de Janeiro and Justice of the Brazilian Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

1.1 ANTECEDENTES

Em 2007, quando o Procurador-Geral da República era o Dr. Antônio Fernando de Souza, um grupo de Procuradores da República desejava instá-lo a propor uma ação constitucional tendo por objeto o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Fui procurado, em nome desse grupo, pelo Daniel Sarmiento, que fora meu aluno na graduação e na pós-graduação, e que desenvolvia uma carreira acadêmica de sucesso junto a nós, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). O pedido era no sentido de que eu elaborasse um estudo que pudesse servir de fundamento para a propositura da ação perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Em essência, o que se pretendia é que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo passassem a estar sujeitas ao mesmo regime jurídico das uniões estáveis convencionais, entre casais do mesmo sexo. Na época, o Procurador-Geral da República optou por não propor a ação. O estudo que elaborei foi publicado como artigo acadêmico em diversas revistas jurídicas¹.

Algum tempo depois, a Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães Tavares, me procurou e me disse que o Governador do Estado, Sérgio Cabral, havia sido informado da existência do estudo e, como o Procurador-Geral da República não havia proposto a ação, ele gostaria de fazê-lo. Indaguei-me ela, então, se eu poderia adaptar meu texto, convertendo-o em uma ação a ser ajuizada pelo Governador do Rio. Aceitei prontamente a tarefa.

1.2. ESTRATÉGIA

A propositura da ação pelo Governador envolvia uma complexidade. O Procurador-Geral da República possui o que se denomina de *legitimação universal* para apresentar ações diretas perante o STF. Vale dizer: ele pode questionar qualquer lei ou suscitar qualquer questão, independentemente do tema e de quem sejam as pessoas afetadas. Já o Governador do Estado, embora também figure no elenco do art. 103 da Constituição – que identifica quem possui o direito de propositura de ações diretas perante o STF –, tem uma *legitimação especial*. Isso significa que ele precisa demonstrar que a questão a ser discutida tem uma repercussão específica e particular no âmbito do Estado, para enquadrar-se no que o STF denomina de *pertinência temática*. Diante disso, para justificar a atuação do Governador do Estado, foi preciso identificar uma questão tipicamente estadual envolvida. Nessa busca, localizei o Decreto-lei estadual 220/1975 – o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro –, que continha dispositivos que previam o direito à licença do servidor em caso de doença de pessoa da família ou para acompanhar o cônjuge em missão de trabalho, além de alguns benefícios previdenciários para os familiares do servidor. Aí estava o gancho: o Governador precisava determinar se cônjuge e pessoa da família incluíam ou não os parceiros em uniões homoafetivas. Estava justificado o seu interesse.

1.3. A AÇÃO PROPOSTA

A opção, mais uma vez, foi por uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A razão principal é que os dispositivos da legislação estadual dos quais se pediria interpretação conforme a Constituição eram anteriores à Carta de 1988, o que, ao menos em princípio, inviabilizava a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. De todo modo, para a eventualidade de o STF não aceitar a ADPF – cujos requisitos ainda continuam um tanto misteriosos –, pedi que a ação fosse alternativamente recebida como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), para o fim de se interpretar conforme a Constituição o art. 1723, que disciplina as uniões estáveis, determinando-se que sua incidência se estendia às uniões homoafetivas. A ação foi ajuizada em fevereiro de 2008 e foi identificada como ADPF 132. Posteriormente, durante o período em que foi interinamente Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Duprat propôs, ela própria, uma nova ação, com o mesmo pedido. Sua iniciativa se justificava porque na ação do Governador, como exposto, a tese da equiparação entre união estável e união homoafetiva só valeria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ajuizada durante o recesso, foi distribuída ao então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, que não a recebeu como ADPF, mas como ação direta de inconstitucionalidade (ADI 142).

As duas ações tiveram seu julgamento conjunto iniciado em 4 de maio de 20¹¹. Durante o primeiro semestre de 2011 eu estava fora do Brasil, fazendo um período sabático como *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos. No entanto, eu havia me comprometido com a Procuradora-Geral do Estado que viria para o julgamento, caso ele fosse marcado para o período em que me encontrava fora. E assim fiz, tendo voado de Boston para Brasília para participar da sessão, que se estendeu, também, pelo dia 5 de maio.

2. PRINCIPAIS ARGUMENTOS E QUESTÕES DEBATIDAS

2.1. SÍNTESE DAS IDEIAS QUE FUNDAMENTARAM A AÇÃO

2.1.1. AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O DIREITO

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, tais parcerias existem

e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais (isto é, independentemente do casamento), a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desigualdade é inconstitucional por uma série de motivos.

2.1.2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

A ação proposta se assentou sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

O segundo fundamento filosófico da ação proposta consistiu no reconhecimento de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou cancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher – e não de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

2.1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A ação proposta foi desenvolvida em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que, ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

Os princípios em questão são o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento,

da norma aplicável à situação mais próxima. Pois bem: a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a *sociedade de fato*, em que *duas ou mais* pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que duas pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a *afetividade*, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

2.2 DIREITO DE PROPOSITURA E CABIMENTO DA ADPF

2.2.1. LEGITIMAÇÃO ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Um capítulo da petição inicial foi destinado à demonstração da legitimação ativa e da pertinência temática. As ideias desenvolvidas – e já adiantadas brevemente na apresentação da estratégia adotada no caso – foram as seguintes. Nos termos do art. 2º, I, da Lei 9882/1999, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal². Nesse rol, estão incluídos os Governadores de Estado.

Quanto à pertinência temática, afirmou-se que, no Estado do Rio de Janeiro, existe grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se para o Governador do Estado e para a Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de *pessoa da família* ou para acompanhamento de *cônjuge*, bem como sobre previdência³ e assistência social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade de tais normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeitava o Governador, como chefe da Administração Pública, a consequências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estaduais, seja qual fosse a linha interpretativa pela qual viesse a optar. Ademais, após a Constituição de 1988 e a legislação subsequente, que expandiram de forma importante o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade no país, parece impróprio que o Chefe do Executivo Estadual adote determinada interpretação que se apresenta controversa sem levar a questão, pelos meios próprios, ao Supremo Tribunal Federal.

De parte isto – que já seria suficiente –, existem milhares de parcerias afetivas unindo pessoas do mesmo sexo no Estado do Rio de Janeiro. É natural e legítimo, assim, que o Governador do Estado, agente público eleito, represente também os interesses dessa parcela da coletividade. Note-se que as demandas relacionadas com a matéria aqui discutida desaguam perante o Poder Judiciário do Estado, que tem produzido decisões divergentes. A pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, teria – como de fato teve – impacto positivo sobre pessoas domiciliadas no Estado e sobre as instituições estaduais.

Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, era preciso demonstrar, também, a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

2.2.2. CABIMENTO DA ADPF

A Lei 9882/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição a ser proposta era de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

Art. 1º. A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

(I) AMEAÇA OU VIOLAÇÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL

Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria hão de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e seguintes). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais *sensíveis* (art. 34, VII), cuja violação justifica a decretação de intervenção federal.

Conforme será aprofundado a seguir, na questão posta na ação aqui retratada, os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República; os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade (art. 5º, *caput*), reforçados pela enunciação de que um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é a promoção de uma sociedade livre e sem preconceitos (art. 3º, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, entendido, também, como corolário imediato do Estado de direito⁵).

(II) ATO DO PODER PÚBLICO

Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei 9882/1999, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na hipótese aqui versada, como apontado inicialmente, os atos do Poder Público violadores dos preceitos fundamentais em questão são de ordem normativa e judicial. Os atos normativos consubstanciam-se no art. 19, II e V e no art. 33 (incluindo seus dez incisos e seu parágrafo único), todos do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), que têm a seguinte dicção:

Art. 19 - Conceder-se-á licença:

(...)

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

(...)

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; (Redação dada pela Lei nº 800/1984).

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Os dispositivos transcritos conferem direitos aos familiares de servidores públicos – como assistência médica e auxílio-funeral – ou mesmo aos próprios servidores em razão de eventos que ocorram aos membros de sua família. Nesse segundo caso, encontra-se, por exemplo, a licença concedida ao servidor pela doença de familiar. Tornou-se pacífico que tais direitos devem ser estendidos aos servidores que mantêm uniões

estáveis heterossexuais. Porém, existe incerteza se podem ser aplicados às uniões homoafetivas. O autor da ação aqui retratada entende que sim, mas a tese não é pacífica.

Os atos de natureza judicial que motivaram a propositura da ADFP eram representados pelo conjunto de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, predominantemente, vinham negando equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis convencionais. De fato, inúmeros acórdãos haviam negado a possibilidade de se atribuir o *status* de entidade familiar a essas uniões. Confirmam-se, exemplificativamente:

RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei n° 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3° que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento post mortem), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido⁶.

Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desproviamento do recurso⁷.

Embora houvesse decisões esporádicas em sentido diverso, o fato é que o entendimento jurisprudencial majoritário violava direitos fundamentais das pessoas envolvidas, razão pela qual o autor pediu ao Supremo Tribunal Federal que reconhecesse este fato e superasse esta orientação.

(III) INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ DE SANAR A LESIVIDADE
(SUBSIDIARIEDADE DA ADPF)

A exigência de “*inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade*” não decorre da matriz constitucional do instituto, tendo sido imposta pelo art. 4º, §1º, da Lei 9882/1999. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir⁸. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF.

Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e eficácia contra todos, elementos que, como regra, não podem ser obtidos por meio de ações de natureza subjetiva. Ademais, caso se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Esse é o entendimento que tem prevalecido no STF⁹.

No caso aqui apresentado, a impugnação se voltava, em primeiro lugar, contra lei estadual anterior à Constituição de 1988. Na linha da tradicional jurisprudência da Corte, trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo como a ADPF seria capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais. Da mesma forma, inexistia qualquer ação objetiva que pudesse ser instaurada contra a linha jurisprudencial que prevalecia na justiça estadual, em violação dos preceitos fundamentais aqui destacados.

3. OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS E A SOLUÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA

3.1. PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Como foi referido, os atos do Poder Público – notadamente as decisões judiciais – que negavam reconhecimento jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo violavam, de forma direta, um conjunto significativo de preceitos fundamentais, que incluíam: a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a proteção à autonomia privada, bem como o princípio da segurança jurídica. Confirma-se uma exposição objetiva de cada uma das violações.

3.1.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena, de forma expressa, todas as formas de preconceito e discriminação.

A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo¹⁰ e à discriminação contras as mulheres¹¹.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas¹². Embora tais considerações já fossem suficientes para evidenciar o evidente vício de inconstitucionalidade decorrente do não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, duas observações complementares são importantes.

Em primeiro lugar, é fato que a jurisprudência do STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispondo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação¹³, superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas. Com muito mais razão, não deveria a Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção¹⁴.

Em segundo lugar, impõe-se constatar que a ofensa ao princípio da igualdade, na hipótese, ocorre de forma direta, afetando seu núcleo essencial. Com efeito, embora o referido princípio envolva diversas sutilezas e complexidades, o ato impugnado ofende o seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Em termos simples, cuida-se da proibição de que a ordem jurídica confira tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais. Tal comando não se dirige apenas ao legislador, exigindo também que os intérpretes, ao atribuir sentido e alcance às leis, evitem a produção de efeitos discriminatórios *in concreto*. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, eles deverão proceder inclusive de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição, exatamente o que se pede na presente ação.

Isso não significa que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo¹⁵. Nesse ponto, vale notar que certos critérios são considerados especialmente suspeitos pela ordem

constitucional, como aqueles baseados na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la.

De qualquer forma, porém, não seria necessário elencar razões para impedir o tratamento diferenciado. A lógica é exatamente a inversa. Onde não exista motivo legítimo a exigir distinção, a regra há de ser o tratamento igualitário. Com a ressalva de que, em um Estado democrático e pluralista, tais motivos devem ser amparados por argumentos de razão pública e não por visões de mundo particulares, de ordem religiosa ou moral. Ainda quando endossadas por numerosos adeptos ou mesmo pela maioria, fato é que tais concepções não são obrigatórias e não podem, portanto, ser impostas pelo Poder Público.

No caso em exame, nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos por meio do não reconhecimento das uniões afetivas desenvolvidas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito. Não por acaso, os principais argumentos invocados para tentar defender a desequiparação pecam pela incoerência¹⁶, ingressam no terreno da simples intolerância¹⁷ ou são embasados por concepções religiosas¹⁸. Certamente respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico.

Nesses termos, a violação ao princípio da igualdade é verdadeiramente manifesta, não havendo um único argumento defensável no espaço público capaz de justificar a desequiparação jurídica entre as uniões afetivas com base na orientação sexual dos envolvidos.

3.1.2 DIREITO À LIBERDADE, DO QUAL DECORRE A AUTONOMIA PRIVADA

Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar⁹. A liberdade, em sua feição geral, é pressuposto para o desenvolvimento da personalidade. No entanto, certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção reforçada²⁰. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse *status*. E não de forma clandestina.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado

pelo Direito. Essa seria, na verdade, uma forma comissiva de embarçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, largamente empregado pelo STF, exige que a imposição de restrições seja justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral²¹, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*²². Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

3.1.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana²³. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo²⁴; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”²⁵. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado a imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”, que deve ser atribuído às identidades particulares, ainda quando sejam minoritárias. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos ao longo da história, caracterizando uma verdadeira política oficial de discriminação. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

3.1.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança, indispensáveis à paz de espírito e, por extensão, à paz social. A importância da segurança jurídica é reconhecida de maneira enfática pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, justificando até mesmo que, em certas circunstâncias, sejam preservados os efeitos de atos inconstitucionais ou se lhes conceda alguma sobrevida, a despeito da gravidade do vício que ostentam. Não é preciso sequer chegar perto desses extremos para constatar que a exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. A demonstração do argumento é simples.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse cenário de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis²⁶. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

Da mesma forma, a indefinição sobre o regime aplicável afeta também terceiros que estabeleçam relações estatutárias ou mesmo negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva²⁷. O primeiro grupo identifica exatamente a relação entre o Estado e os servidores públicos, que envolve uma série de direitos atribuídos aos servidores e seus familiares,

como o direito a licenças – por motivo de doença do companheiro ou para acompanhá-lo em caso de transferência – o direito à inclusão do companheiro no plano de saúde funcional, ao auxílio-funeral, ao auxílio-doença, dentre muitos outros. Tais direitos já são reconhecidos aos servidores que mantêm uniões afetivas heterossexuais estáveis, de modo que a única discussão aqui diz respeito à legitimidade de se discriminar indivíduos com base em sua orientação sexual.

No plano negocial, lembre-se que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros. Ainda que essas relações não sejam diretamente afetadas pela definição do regime jurídico dos servidores, é certo que este tende a ser tomado como elemento indicativo e, de qualquer forma, a ordem jurídica deve guardar coerência interna.

Nesse sentido, é necessário dar verdadeiro enquadramento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. É perfeitamente possível interpretar o direito posto de forma a se obter esse resultado e não se vislumbra nenhum outro valor de estatura constitucional que aponte em sentido oposto. Também por esse motivo impunha-se o acolhimento da ADFF. Após essas considerações sobre o conteúdo dos preceitos fundamentais violados na hipótese, a petição inicial aprofundou-se na discussão a respeito das soluções possíveis à luz da ordem constitucional.

3.2. A SOLUÇÃO IMPOSTA DIRETAMENTE PELA APLICAÇÃO ADEQUADA DOS REFERIDOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS: INCLUSÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO REGIME JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL

Os preceitos fundamentais descritos na ação ora relatada são dotados de inegável densidade normativa e devem ser aplicados diretamente ao caso, determinando que as relações homoafetivas sejam submetidas ao regime jurídico da união estável. A aplicação direta de princípios constitucionais não suscita maior controvérsia, sendo admitida pela jurisprudência do STF. Em relação ao princípio da igualdade, como foi mencionado, há inclusive precedente de aplicação direta às relações privadas, a despeito da inexistência de legislação infraconstitucional específica. Com muito mais razão, tal princípio deve ser imposto ao próprio Poder Público, impedindo que promova a desequiparação entre indivíduos com base em critérios irrazoáveis.

A partir dessa conclusão, tornava-se necessário conferir aos dispositivos indigitados do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro interpretação conforme à Constituição para reconhecer que os direitos ali previstos deveriam ser aplicados também às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo modo, cabia ao STF declarar que, à luz da ordem constitucional e legal em vigor, as uniões homoafetivas deveriam receber, por parte da jurisprudência, o mesmo tratamento jurídico

das uniões estáveis convencionais, sob pena de se produzirem reiteradas violações a preceitos fundamentais.

Há apenas uma última observação a fazer: a conclusão a que se acaba de chegar não é afetada pelo art. 226, §3º, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher²⁸. Como se sabe, esse dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma longa evolução que teve início, sintomaticamente, em decisões judiciais. Não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original. Tal interpretação seria claramente incompatível com os preceitos fundamentais referidos, devendo ser rechaçada.

3.3. UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA: RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UMA LACUNA NORMATIVA, A SER INTEGRADA POR ANALOGIA

O Direito tem a pretensão de regular todas as situações relevantes para o convívio social, ainda quando não haja norma específica. Para tanto, são previstos métodos de integração da ordem jurídica, como a analogia e o recurso aos costumes e princípios gerais do Direito. O ponto não é controverso e dispensa comentários adicionais.

Diante disso, sustentou-se que, ainda que o STF entendesse impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, o fato inegável é que havia uma situação de fato a exigir tratamento jurídico. Como referido, a existência de uma orientação homossexual, que é indiscutivelmente lícita, produz como consequência inevitável o surgimento de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, que são, portanto, igualmente lícitas. No âmbito de tais uniões ou, pelo menos, sob a sua constância, relações existenciais e patrimoniais são travadas, com repercussão para os envolvidos e mesmo para terceiros. Seria no mínimo anacrônico fingir que tal situação não existe, mantendo os casais homossexuais e os indivíduos que com eles estabelecem relações em um verdadeiro limbo jurídico.

A aplicação dos métodos de integração ao caso é natural e intuitiva. O conhecimento convencional registra que a analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para dada situação de fato a uma outra situação semelhante, que não foi prevista pelo legislador. Para que a analogia seja cabível, é necessário que as duas situações apresentem os mesmos elementos essenciais, que terão motivado determinado tratamento jurídico. É exatamente essa a hipótese que estava em discussão.

Com efeito, os elementos essenciais da união estável são identificados pelo próprio Código Civil e estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas: convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas destacam que a família deve servir de ambiente adequado para o desenvolvimento de seus membros,

apresentando como traços característicos a comunhão de vida e a assistência mútua entre os envolvidos, emocional e prática.

Pois bem. Parece impossível negar a presença de tais elementos nas uniões entre pessoas do mesmo sexo sem incorrer em preconceito contra os próprios indivíduos homossexuais. Seria como afirmar que essas pessoas não seriam capazes de estabelecer vínculos afetivos e de confiança. Como afirmar, em síntese, que seriam incapazes de amor e companheirismo. Nenhum argumento de razão pública embasaria assertivas como essas.

Por tudo isso, nada mais natural do que estender o regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723, do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Veja-se que não se trata aqui de mera interpretação de lei, mas sim da interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais, atividade que o STF tem desenvolvido em diversas oportunidades. Vale o registro, aliás, de que tal solução já foi acolhida em diversas decisões judiciais. A título de exemplo, confira-se a seguinte ementa de acórdão do TRF da 4ª Região:

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da

Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão²⁹.

4. DOS PEDIDOS FORMULADOS

Com base nos argumentos expostos até aqui, foram apresentados, na ADPF ajuizada, pedidos de natureza cautelar, principal e subsidiário, que vão descritos a seguir.

4.1. PEDIDO CAUTELAR

Ao encaminhar o pedido de concessão da liminar, assentou-se que a presença do *fumus boni iuris* – ou seja, do bom direito – foi demonstrada ao longo da exposição. Já o *periculum in mora*, argumentou-se, manifestava-se (i) nos riscos para o Governador e para a Administração Pública que se veem quotidianamente obrigados a tomar decisões que podem gerar impugnações judiciais e, mais que isso, procedimentos sancionatórios e (ii) na frustração de direitos fundamentais de parceiros em relações jurídicas homoafetivas, que estão sujeitos, inclusive, ao trânsito em julgado dos pronunciamentos judiciais respectivos. Por tais razões, pediu-se ao Tribunal que declarasse, em sede de liminar, a validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis e que suspendesse o andamento dos processos e os efeitos das decisões judiciais que houvessem se pronunciado em sentido contrário.

4.2. PEDIDO PRINCIPAL

Como pedido principal, requereu-se que a Corte declarasse que o regime jurídico da união estável deveria se aplicar também às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica –, seja pela aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição. Como consequência, pediu-se que o Tribunal: (i) interpretasse, conforme a Constituição, a legislação estadual referida – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-lei 220/1975 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis; (ii) declarasse que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

4.3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO

Por fim, subsidiariamente e por eventualidade, caso o Tribunal entendesse pelo descabimento da ADPF na hipótese, requereu o autor que fosse a ação recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretendia era a interpretação conforme a Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1723 do Código

Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não fosse interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo-se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade.

No tocante às normas da legislação estadual pré-constitucional, enfatizou-se que a lógica dominante na Corte, reiterada na ADI 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Consequentemente, não seria de se admitir sua impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

5. RESULTADO

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, a ADPF 132 e a ADI 142 foram julgadas em conjunto, perante um plenário lotado de militantes da causa. Para uma certa surpresa geral, formou-se uma imprevista unanimidade. É certo que a linguagem corporal, presente em um ou outro voto – uns três, talvez – evidenciava algum grau de desconforto, quando não contrariedade. Bom, mas isso não fica registrado na ata. Na ementa do acórdão, escrito com o cuidado e a sensibilidade costumeiras, o Ministro Carlos Ayres consignou:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos

planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Como consequência de tais premissas, assim concluiu o voto, acolhendo o pedido formulado:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

6. O QUE NINGUÉM FICOU SABENDO

Pouco após a propositura da ação, foi apresentado um pedido de desistência do seu seguimento. O pedido não veio da Procuradora-Geral do Estado nem, muito menos, de mim. E, de certo, não foi formulado por alguém do ramo, pois é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até aqui, de que não cabe pedido de desistência em ações objetivas. Uma vez apresentadas, o autor não tem a disponibilidade de sua continuidade ou não, que passa a ser uma questão de interesse público. O que houve de surpreendente foi o fato de o pedido ter sido feito em nome do Governador, com utilização indevida e não autorizada de sua senha para peticionamento eletrônico! Nunca se apurou quem praticou a ousadia.

Quando o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, lia com vibração o seu voto, repleto de imagens e símbolos, Toni Reis, Presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), sentado ao meu lado, comentou em tom eufórico: “Nossa, esse cara entende mesmo da coisa”.

>> NOTAS

- ¹ Ver Barroso, 2007:5-167.
- ² CF, art. 103: “Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”
- ³ Especificamente no tocante a direitos previdenciários, a matéria veio a ser regulada pela Lei estadual 5034/2007.
- ⁴ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. STF, Pleno, AgRg na Pet. 1.140/TO, julg. 31/05/1996, DJ 02/05/1996.
- ⁵ Nesse sentido, a título de exemplo, v. STF, Pleno, MS 22.357/DF, Julg. 27/05/2004, DJ 05/11/2004. “Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público”.
- ⁶ TJRJ, 3ª Câmara Cível, 2006.001.5967-7, julg. 28/07/2007 DJERJ 28/09/2007.
- ⁷ TJRJ, 9ª Câmara Cível, AC 2005.001.2803-3, julg. 09/03/2006 DJERJ 29/03/2006. No mesmo sentido, v. TJRJ, 17ª Câmara Cível, AC 2007.001.44569, julg. 28/11/2007 DJERJ 19/12/2007.
- ⁸ Ver, e.g., STF, Pleno, ADPF 17, julg. 13/06/2002, DJ 07/03/2003.
- ⁹ STF, Pleno, ADPF 33, julg. 07/12/2005, DJe 16/12/2005.
- ¹⁰ CF, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.
- ¹¹ CF, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.
- ¹² Ver Silva, 2005:48.
- ¹³ A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: “(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)”. (STF, Pleno, RE 161243/DF, julg. 07/10/2009, DJ 17/12/1999). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, ver Sarmiento, 2004.
- ¹⁴ Sobre o chamado dever de proteção ver Gonet Branco/Mártires Coelho/Mendes, 2007:257. “Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados”.
- ¹⁵ Barroso, 2006:161.
- ¹⁶ É o caso, por exemplo, do argumento de que as uniões homoafetivas não devem ser reconhecidas pela impossibilidade de procriação. Ora, há muito se cristalizou o entendimento de que o elemento central das uniões estáveis e do próprio conceito de família são a afetividade e o propósito de se construir uma convivência voltado ao respeito e apoio mútuos. Interpretado com coerência, o argumento da impossibilidade de procriação deveria servir para

negar reconhecimento também às uniões formadas por casais estéreis ou mesmo àqueles que simplesmente não queiram ter filhos. A rigor, serviria até para negar status familiar às chamadas famílias monoparentais. Isso vai de encontro a todo o desenvolvimento teórico experimentado pelo direito de família sob o influxo da Constituição de 1988, caracterizado pela prevalência da afetividade em detrimento das estruturas rigidamente hierarquizadas e voltadas à mera reprodução de padrões tradicionais.

- ¹⁷ É o caso de estigmas tradicionais como as idéias de que os homossexuais seriam por natureza promíscuos ou indignos de confiança.
- ¹⁸ Nesse domínio, destacam-se os argumentos de desrespeito a um suposto padrão “normal” de moralidade ou aos valores cristãos. A ordem jurídica conta com normas e instrumentos para coibir condutas prejudiciais a terceiros. Saindo desse campo, é preciso reconhecer que o estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder. Quanto aos valores cristãos, tal discussão certamente é pertinente no âmbito interno das confissões religiosas, que são livres para manifestar suas crenças e convicções de maneira pacífica. Não se trata, contudo, de argumento capaz de justificar práticas discriminatórias por parte de um Estado laico.
- ¹⁹ Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, ver Dworkin, 2000:453.
- ²⁰ Sarmiento, 2004:241: “Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam”.
- ²¹ Nino, 2005:205: “A concepção contrária ao princípio da autonomia, tal como foi apresentado costuma denominar-se ‘perfeccionismo’. Esta concepção sustenta que o que é bom para um indivíduo ou que satisfaz os seus interesses não depende de seus próprios desejos ou sua escolha de forma de vida e que o Estado pode, através de diferentes meios, dar preferência a aqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores.” (Tradução Livre).
- ²² Zippelius, 1997:370-1: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.
- ²³ Harmatiuk Matos, 2004:148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.
- ²⁴ Esta é, como se sabe, uma das máximas do imperativo categórico kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. Ver Kant, 1951; Honderich, 1995:589; Lobo Torres, 2005; Terra, 2005.
- ²⁵ Taylor, 2000; Lima Lopes, 2003.

- ²⁶ CC, art. 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.
- ²⁷ Sobre o tema, vejam-se Borghi, 2003:60 e Veloso, 1997:86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.
- ²⁸ CF, art. 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.
- ²⁹ TRF4, 6ª T, AC 2000.71.00.009347-0, julg. 27/07/05, DJ 07/10/05.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

Barroso, Luís Roberto

(2007). “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. *Revista de Direito do Estado* 5 (Rio de Janeiro: Renovar), 167-238.

(2006). “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (org.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

Borghi, Helio (2003). *União estável & casamento: Aspectos polêmicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira.

Honderich, Ted (1995). *The Oxford companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Kant, Immanuel (1951). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Aguilar.

Lopes, José Reinaldo de Lima (1991). “O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas.” In: Célio Golin, Fernando Pocahy, Roger Raupp Rios (orgs.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Rio Grande do Sul: Sulina, 13-36.

Mendes, Gilmar/Coelho, Inocêncio Mártires/Branco, Paulo Gustavo Gonet (2007). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Nino, Carlos Santiago (2005). *Ética y derechos humanos*. Buenos Ayres: Emecé.

Sarmiento, Daniel (2004). *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Lumen Juris.

Silva, José Afonso da (2005). *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros.

Taylor, Charles (2000). “A política do reconhecimento.” In: Charles Taylor. *Argumentos filosófico*. São Paulo: Edições Loyola, 241-274.

Terra, Ricardo (2005). *Kant e o Direito*. São Paulo: Mandamentos.

Torres, Ricardo Lobo (2005). *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar.

Veloso, Zeno (1997). *União Estável*. São Paulo: Atlas.

Zippelius, Reinhold (1997). *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste.

**RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA COMO
DIREITO FUNDAMENTAL
PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**
// THE RECOGNITION OF STABLE CIVIL
UNIONS BETWEEN SAME SEX PARTNERS AS A
FUNDAMENTAL RIGHT BY
CONSTITUTIONAL JUSTICE

Leonardo Martins

>> **RESUMO // ABSTRACT**

Em sua decisão a respeito da interpretação do instituto de direito de família criado pelo constituinte de 1988 (art. 226, §3º, da Constituição Federal) e reiterado, praticamente *ipsis litteris*, pelo legislador civil de 2002, o Supremo Tribunal Federal (STF) pretendeu apresentar um marco político e jurídico em prol de uma (justa) reivindicação política. Com sua estratégica tentativa de interpretação sistemática do dispositivo constitucional específico, visando a fazer com que a especial proteção constitucional às uniões heterossexuais escapasse do seu teor restritivo para abarcar também as uniões homossexuais, o STF não logrou alcançar seu objetivo; especialmente não do ponto de vista jurídico-constitucional e, provavelmente, também não do ponto de vista político, como demonstram os comentários desenvolvidos no artigo. Sobretudo, causa constrangedor espanto a falta de ou a má compreensão pela Corte do alcance dos direitos fundamentais que devem servir como seu parâmetro decisório, e, principalmente, da distinção entre direitos fundamentais de liberdade e igualdade, de um lado, e garantias institucionais, como é o caso do instituto da união estável, de outro. No mais, como tem ocorrido frequentemente na jurisprudência do STF, o uso da figura jurídico-dogmática, de origem germânica, da “interpretação conforme a Constituição” continua sendo leviano. Também foram recorrentes alguns exageros retóricos, mal disfarçados com suposta erudição e domínio do direito constitucional alemão. O presente artigo descortina a apreciação teórica, jurídico-dogmática e metodologicamente rigorosa de problema muito semelhante pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, com base na qual as deficiências dogmáticas e inconveniências políticas apontadas na decisão em pauta restam claras. Não se trata de ser pró ou contra o ativismo judicial do STF no âmbito de questões politicamente controvertidas, mas de se exigir certo rigor, pelo menos jurídico-dogmático e metodológico. Também e precipuamente o STF tem esse ônus. // In its ruling concerning the interpretation of the institution of family law established by the constituent from 1988 (article 226, § 3 of the Brazilian Constitution) and reiterated practically *ipsis litteris* by the civil legislator from 2002, the Federal Supreme Court (STF) intended to present a political and legal mark in favor of a (fair) political claim. With its strategic attempt to give a systematic interpretation for this specific constitutional provision, aiming to make the special constitutional protection to heterosexual unions go beyond its restrictive meaning to also encompass homosexual unions, the STF did not reach its goal, especially not from the juridical and constitutional point of view and probably also not from the political point of view, as evidenced by the comments developed in this article. Especially embarrassing is the lack of comprehension or the misunderstanding by the Court about the reach of fundamental rights, which must serve as its decision-making parameter and, especially, the distinction between fundamental rights of freedom and equality, on one hand, and institutional guarantees, on the other, as in the case of the institution of stable civil unions. In addition, as it has been happening lately in the STF's jurisprudence, the use of the legal-dogmatic

figures with Germanic origin known as “interpretation according to the Constitution” remains skittish. It has also been recurrent some rhetorical excesses, with barely disguised supposed erudition and mastery of German constitutional law. This article reveals the theoretical, legal, dogmatic and methodologically rigorous approach given by the Federal Constitutional Court of Germany to a very similar case, compared to which the dogmatic and political deficiencies and inconveniences in the STF’s ruling here in question become clear. It is not about being pro or against the judicial activism of the STF under politically controversial issues, but requiring some accuracy, at least legal-dogmatic and methodologically speaking. The Federal Supreme Court also - and specially - has this burden.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Proteção constitucional da união estável; união de pessoas do mesmo sexo; garantias institucionais como categoria de direito fundamental; interpretação conforme a Constituição. // Constitutional protection of the stable civil union; stable civil union between same-sex couples; institutional guarantees as a category of fundamental rights; interpretation according to the constitution.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFRN. Doutor em direito constitucional pela Humboldt University, Berlin, Alemanha. // Professor of the undergraduate and graduate Law programs of UFRN. Doctor of constitutional law by the Humboldt University, Berlin, Germany.

>> AGRADECIMENTOS // ACKNOWLEDGEMENTS

O artigo representa um resultado parcial de pesquisa realizada na Humboldt University, Berlin, entre dezembro de 2011 e fevereiro de 2012. Tal pesquisa só foi possível graças ao fomento do Programa para Alumni da Alexander-von-Humboldt-Stiftung (AvH). À AvH, meus mais distintos agradecimentos. // This article represents the partial result of the research carried out at the Humboldt University, Berlin, between December, 2011, and February, 2012. This research could only succeed thanks to the support of the Alumni Program of the Alexander-von-Humboldt-Stiftung (AvH), to which I express my gratitude.

1. INTRODUÇÃO¹

Envolto em constantes e aparentemente infundáveis escândalos, a maior instância política da sociedade e Estado brasileiro, o Congresso Nacional com suas duas casas, vem cada vez mais cedendo espaço político ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, como o guarda da Constituição, tem a função de aplicá-la, também como órgão jurisdicional de última instância. Suas decisões têm, quando prolatadas em sede de controle normativo abstrato, os conhecidos efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Não se vislumbra no horizonte político e institucional uma reversão dessa tendência. O mais novo protagonista do cenário político brasileiro supre lacunas legislativas e corrige decisões judiciais eivadas de inconstitucionalidade. Por outro lado, muitas vezes avança o sinal constitucional delimitador de suas competências. Chega a funcionar, em alguns casos, até mesmo como poder constituinte permanente quando ignora alguns cânones jurídico-hermenêuticos com fórmulas que lhe são convenientes, como aquela decorrente da afirmação de mutação constitucional.²

Esse ativismo (para os mais críticos: decisionismo) do STF tem servido, todavia, para suscitar debates sociopolíticos relevantes, que deveriam, no entanto, ter eclodido bem antes perante as instâncias da democracia representativa e sua complementação deliberativa. É o caso da decisão a ser aqui brevemente comentada.

Em face de tal diagnóstico é dever da comunidade jurídico-científica acompanhar criticamente o desenvolvimento da jurisprudência do STF, sobretudo quando se tratar da concretização de direitos fundamentais. Deve fazê-lo com todo rigor, autonomia e sem concessões de natureza político-partidárias que são, por excelência, totalmente estranhas ao subsistema social científico. Isso, por óbvio, malgrado todo o respeito que a Corte e seus membros individualmente merecem.

2. SÍNTESE DO CASO

Em ação do controle normativo abstrato (ação direta de inconstitucionalidade), requereu-se que o artigo 1723 do Código Civil fosse interpretado conforme a Constituição, a fim de que os efeitos da chamada união estável fossem estendidos a casais homossexuais.³ Buscou-se firmar a interpretação extensiva da expressão “entre o homem e a mulher” contida no dispositivo em pauta, a despeito de seu explícito caráter taxativo excludente, para que não somente os casais heterossexuais possam ter sua união reconhecida pelo Estado.⁴

Em ação proposta anteriormente (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – (ADPF) 132/RJ)⁵ e julgada conjuntamente com a ora comentada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277,⁶ buscara-se ampliar os benefícios previdenciários concedidos aos parceiros homossexuais, especificamente, pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (art. 1º e 2º da Lei Estadual 5.034/2007) para outras esferas sociais e unidades da federação,⁷ igualando-os no mesmo

regime jurídico daqueles servidores que se encontrem em união estável heterossexual. Não obstante as dúvidas abaixo referidas sobre a legitimidade jurídica de se criar pretorionalmente um instituto jurídico civil sem lastro legal ou constitucional, questionável já é se para o deferimento dos pedidos formulados nos processos originários, que configuraram uma das duas causas de pedir apresentadas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADPF 132,⁸ seria necessária uma extensão em abstrato dos efeitos previstos pelo constituinte para a união estável entre homem e mulher aos casais homossexuais.⁹ Deixar-se-á essa questão aqui em aberto para futura investigação.¹⁰

3. FUNDAMENTOS DA DECISÃO

3.1 PRELIMINARMENTE: PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COLEGIADA

Verificar quais os fundamentos de uma decisão do STF não é tarefa das mais fáceis, principalmente por causa da ausência de uma redação colegiada. Frequentemente, sequer as ementas são elucidativas, pois, por intermédio delas, nem sempre se logra trazer a um sistema todas as opiniões e fundamentos jurídicos produzidos nos votos dos membros da Corte que participaram do julgamento.¹¹ Acórdãos unânimes que determinam a parte dispositiva da decisão são, com a mesma incômoda frequência, baseados em fundamentos os mais diversos e por vezes até contraditórios entre si.¹² Sem embargo, as presentes referências aos “fundamentos da decisão” levam em consideração precipuamente os argumentos produzidos no voto do relator, uma vez que se pressupõe que se trata do membro da Corte que mais intensamente analisou os autos e a questão jurídico-constitucional neles suscitada. Além dessa plausível presunção, a proeminência do voto do relator tem fundamento em dispositivo do Regimento Interno da Corte (art. 93 do RISTF).

3.2 DECISÃO, EFEITOS E SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS TRAZIDOS NO VOTO DO RELATOR

A ADPF 132 foi recebida, por decisão unânime, como ADI 4277. No mérito, também por decisão unânime, que tem sabidamente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, decidiu-se pela procedência da ADI.¹³

Pela decisão, em síntese, foram estendidos aos casais homossexuais todos os efeitos da união estável prevista no art. 226, §3º, da Constituição Federal (CF), porque aqueles casais configurariam uma “entidade familiar”, no sentido do art. 226, §3º, da CF. Entre os direitos decorrentes, estaria o “direito de adoção”, previsto no art. 227, §5º, da CF.

No que concerne aos, assim chamados, motivos determinantes, o relator elencou vários preceitos constitucionais afirmadamente violados por uma interpretação literal do art. 1723 do Código Civil e do art. 226, §3º, da própria CF, tais como: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); pluralismo

político (art. 1º, V), que ele entende por sócio-político-cultural; vedação à discriminação por orientação sexual (art. 3º, IV); igualdade, que ele cunha como “civil-moral” (art. 5º, *caput*); legalidade (art. 5º, II); intimidade e vida privada (art. 5º, X).

Mencionando as referidas normas constitucionais sem se aprofundar nos seus respectivos exames, entendeu que o art. 226, §3º, da CF “não proíbe” a união estável de pares homossexuais, porque representaria uma “norma geral negativa no sentido kelseniano”, dada a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º da CF). Existiria uma aceitação social correspondente ao silêncio constitucional quanto à proibição.¹⁴

4. LEITURA CRÍTICA

4.1 APORIAS E OMISSÕES

O voto do relator não enfrentou a questão objeto do exame a partir do específico parâmetro constitucional aplicável que é o art. 226, §3º, da CF. Em primeiro lugar, a tese da não proibição não tem o condão de estabelecer uma nova interpretação para o taxativo teor do art. 226, §3º, da CF. Não ser proibido implica tão somente que um *comportamento* não possa ser sancionado, e não que o Estado deva assegurar a alguém ou a um grupo social uma *proteção especial de caráter institucional*. Nesse ponto, ignora-se a função e preciso alcance do princípio da legalidade como direito fundamental subsidiário de resistência – ou de defesa como traduz comumente a doutrina pátria o conceito germânico de *Abwehrrecht* – contra intervenções estatais, em face das funções administrativa e jurisdicional do Estado.¹⁵ Também, em relação à conversão da união estável em casamento de que trata o art. 226, §3º, *in fine*, da CF, a situação jurídica é de reconhecimento da livre discricionariedade legislativa que pode ser usada, inclusive, não só para a conversão geral da união estável em casamento, mas também para alargar o instituto, tendo em vista o alcance de casais homossexuais. O constituinte fixa não só os parâmetros formais, como, também e precipuamente, os parâmetros jurídico-materiais para o exercício das três funções estatais clássicas, a começar pela legislativa. Tendo em vista a supremacia das normas constitucionais, causa estranheza essa argumentação em torno da legalidade, pois a Constituição não é o *locus* jurídico da proibição de condutas de particulares.¹⁶

A partir desse equívoco jurídico-dogmático em torno do conceito constitucional do princípio da legalidade, falou-se em insegurança jurídica que poderia suscitar nova provocação (indevida) do STF. Isso porque se derivou do princípio da legalidade, que encerra o efeito da ordem de abstenção de medidas estatais potencialmente violadoras (*status negativus*), um efeito prestacional (*status positivus*) que ele não tem. Tendo sido incorretamente trazido e interpretado o parâmetro constitucional da legalidade, a consequência jurídica de se verificar uma omissão legislativa medida por ele também não tem como

ser procedente. Até aqui não há uma omissão legislativa constatável a partir de parâmetro constitucional.

Não há como se verificar também uma incompatibilidade entre o *objeto* do exame, art. 1723 do Código Civil, e o único *parâmetro* de julgamento adequado, que é o art. 226, §3º, da CF, pois o primeiro praticamente reproduz o teor do último.¹⁷ Essa ausência de incompatibilidade suscitou a mais radical aporia da decisão. Todavia, o dispositivo constitucional em comento não proíbe, de fato, o legislador ordinário de, ao fazer uso de sua discricionariedade e com legitimidade democrática, estender o instituto da união estável aos casais homossexuais. Porém, só em face do legislador faz sentido a tese da não proibição, conforme se verá na reconstrução abaixo proposta à luz do direito comparado. Em face dos particularidades, a tese da não proibição é inócua e sem nenhum sentido, porque falta a forma jurídica baseada na previsão legal de um instituto jurídico.

Não se trata também da proibição de uniões de fato entre homossexuais, nem do sancionamento de nenhuma conduta pertinente à sua autonomia sexual, mas de sua institucionalização jurídica por intermédio da criação de um instituto jurídico-privado. O legislador civil pode, em qualquer tempo, mudar o conteúdo do art. 1723 do Código Civil, retirando dele a expressão “entre o homem e a mulher”. Não obstante, em face do propósito de se evitar possíveis revogações ou derogações parlamentares, faz-se necessária a expressão do poder constituinte derivado por intermédio de uma Emenda Constitucional (EC) de tal sorte a retirar também do texto do art. 226, §3º, da CF a referida expressão restritiva. Tal EC, ao modificar o parâmetro constitucional, teria também o efeito de suscitar inconstitucionalidades por omissão em face da nova ordem de proteção destinada ao legislador e por tratamento desigual em face do art. 5º, *caput* da CF.¹⁸

Também, a “interpretação conforme a Constituição”, técnica decisória de mitigação dos efeitos da coisa julgada proveniente do direito constitucional alemão e tão recorrentemente abusada na jurisprudência do STF,¹⁹ pressupõe amplo debate entre as várias interpretações possíveis, devendo a Corte escolher aquela que for a mais compatível com os parâmetros constitucionais aplicáveis. Esse debate entre as interpretações possíveis não ocorreu no caso em tela - como praticamente nunca ocorre em outros casos nos quais fora alegada, nos votos de todos os membros da Corte que participaram do julgamento. Houve, portanto, uma má utilização dessa técnica de modulação de efeitos da coisa julgada, que tem, no direito constitucional alemão de onde provém, a função de preservar a lei de uma declaração de nulidade. Na prática jurisprudencial constitucional brasileira, o uso dessa técnica tem servido, como já aludido, à usurpação de competências legislativas pelo STF.²⁰

Os demais parâmetros trazidos no voto do relator e nos demais, ora não são relevantes, ora não são aplicáveis ao caso em pauta. Não há que se falar, por exemplo, em violação da igualdade de gênero, pois casais homossexuais femininos ou masculinos são tratados da mesma forma pela lei,²¹ e também não se pode falar em possível violação da igualdade geral, pois a configuração infraconstitucional do direito de família

reflete a evolução sociopolítica de um instituto jurídico, submetida ao debate público e à relativa discricionariedade legislativa.²² Também não há como trazer à pauta o parâmetro do direito fundamental à igualdade especial perante discriminações específicas (art. 5º, *caput* c.c. art. 3º, IV da CF). Chega-se a essa conclusão em três passos. Primeiro: procede a tese de que dessa aplicação sistemática podem derivar não somente deveres de abstenção estatal (não discriminação), como também deveres estatais de discriminação positiva. Segundo: o rol dos proibidos *discrimina* elencados no art. 3º, IV, podem ser, de fato, utilizados, dialeticamente, para legitimar uma discriminação positiva (“ações afirmativas”). Mesmo não sendo mencionada a discriminação por “orientação sexual” pelo dispositivo constitucional em pauta, por não ser taxativo (“[...] e quaisquer outras formas de discriminação”), ele acaba por vedar também a discriminação negativa em razão da orientação sexual ou sexualidade como elemento da autonomia pertinente ao livre desenvolvimento da personalidade. Terceiro: todavia, falta qualquer relação entre a configuração do instituto do casamento e união estável perpetrada pelo legislador de acordo com sua visão tradicional do casamento e uma discriminação *negativa*²³ em razão da orientação sexual de indivíduos ou grupos sociais, pois, logicamente, qualquer indivíduo de orientação homo- ou bissexual pode se casar, atendidas as condições igualmente estabelecidas para todos.²⁴ A orientação sexual para se casar é absolutamente irrelevante. Não há, na situação jurídica em comento, um *tertium comparationis* sob o qual pudessem ser subsumidos pessoas ou grupos de orientação heterossexual e pessoas ou grupos das demais orientações sexuais que estivessem sofrendo com um tratamento desigual dificilmente justificável constitucionalmente. Muito diferente é o caso da proibição de casamento entre pessoas de etnias, classes sociais ou religiões diferentes.²⁵

4.2 CONTEÚDO JURÍDICO-DOG MÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL DO ART. 226 DA CF À LUZ DO DIREITO COMPARADO ALEMÃO (ART. 6, I GG)

Ao contrário do constituinte alemão, no art. 6, I *Grundgesetz* (GG), segundo o qual “casamento e família encontram-se sob especial proteção da ordem jurídica estatal”, o constituinte brasileiro, no art. 226, *caput*, da CF, só submeteu a família, enquanto “base da sociedade”, à “especial proteção do Estado”. O casamento só aparece nos §§1º e 2º do mesmo art. 226, tendo o constituinte se limitado a defini-lo como “civil” e garantido a gratuidade de sua celebração (§1º) e a extensão do efeito civil do casamento religioso nos termos da configuração infraconstitucional (§2º). A diferença é significativa por duas razões: primeiro, para a interpretação do casamento como possível decisão axiológica do constituinte, claramente presente no sistema constitucional alemão, mas ausente no brasileiro. Segundo, para o reconhecimento da diferença funcional entre casamento e família com repercussões parecidas nos dois sistemas e com grande relevância para o caso da decisão em comento.

Em ambos os sistemas normativo-constitucionais têm prevalência, todavia, as semelhanças. Como o casamento é “ao mesmo tempo uma construção social e jurídica”²⁶ e no cerne de seu conceito está a imagem do casamento civil (burguês) mundano e fechado pelas formas juridicamente previstas, ele encerra no direito brasileiro como direito fundamental oponível contra todos os órgãos estatais (incluindo o titular da função legislativa) pelo menos duas das três funções ou categorias identificadas na dogmática jusfundamental alemã. Como direito de resistência (*Abwehrrecht*), ele alberga várias faculdades individuais a começar pela escolha de se casar, com quem e quando se queira, além da livre configuração da vida conjugal sem intervenções estatais. Como tal, aproxima-se dos direitos de personalidade que funcionam como direitos subsidiários em relação a ele. Mas é como garantia institucional como ordem objetiva que se vincula o legislador no sentido de obrigá-lo a configurá-lo infraconstitucionalmente, i.e, dar-lhe a forma jurídica necessária a fim de constituí-lo como instituto do direito civil de família. Para tanto, o legislador tem uma ampla margem discricionária de conformação, sendo-lhe vedado tão somente não o conformar (omissão total) ou fazê-lo de maneira muito distante do conceito constitucional de casamento. O legislador deve, nesse momento de configuração, observar os princípios estruturais derivados do conceito constitucional de casamento. A esses pertencem sem dúvida aqueles elencados pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão e corroborados pela literatura especializada em face da ordem jurídico-constitucional daquele país: como o casamento é uma comunhão, em princípio (mas não sem exceções), para toda a vida, firmada sob participação do Estado, que liga um homem e uma mulher com intenção e promessa recíprocas de solidariedade, compõem seus atributos conceituais: a) participação estatal; b) princípio da intencionada indissolubilidade; e c) a heterossexualidade.²⁷

Como dito, não está presente no sistema constitucional brasileiro a terceira função pertinente ao direito fundamental de casamento, presumindo-se aqui o caráter de direito fundamental do art. 226, §3º, da CF,²⁸ de decisão axiológica e o dever dela derivado de proteção especial do casamento. Isso é corroborado pelo §3º com sua admissão expressa de outra forma de vida conjugal que é a união estável entre homem e mulher. A consequência jurídico-dogmática é uma total “liberdade” do legislador para acabar com o privilégio da forma de vida do casamento tradicional que, de maneira axiologicamente neutra, sobretudo no que tange à sexualidade ou orientação sexual das pessoas, foi submetida à especial proteção da ordem jurídica estatal germânica para cumprir a *função de reprodução*, ao passo que a proteção da família sempre cumpriu a *função de socialização* no sentido de fomentar comunidades solidárias (*Einstandsgemeinschaften*), não necessariamente conectadas de maneira intrínseca pelo critério de laços sanguíneos.

Por isso que se verifica na decisão e nas fundamentações dos votos em comento um elementar equívoco jurídico-dogmático. Não se reconheceu tratar-se de um direito fundamental cujo conteúdo não é, pelo menos solitariamente, um *comportamento* individual ou coletivo. Ele

não se exerce e se esgota em uma conduta do titular do direito (liberdade “natural”), como todos os direitos fundamentais estritamente de liberdade. Trata-se, ao contrário, de um direito fundamental de cunho ou marca normativa. Mais precisamente, a área de proteção de tais direitos fundamentais (casamento, herança, propriedade; entre outros) é cunhada normativamente (*normgeprägter Schutzbereich*).²⁹ Assim, ainda que a união estável seja um fato social, como ocorre com a posse no sistema de proteção do direito fundamental à propriedade, sua tutela jurídica é marcada por um instituto jurídico civil, isto é: cunhada por normas. Não se trata, portanto, pelo menos como garantia institucional, de um direito de liberdade cujo efeito é a obrigação de todos os órgãos estatais das três funções clássicas de se absterem de ações interventoras não justificadas por limites constitucionais previstos para os mesmos direitos fundamentais de liberdade; com a atuação dos princípios da legalidade e, na perspectiva teórico-constitucional, do princípio distributivo.³⁰

Quando se trouxe, na decisão do STF, o parâmetro do direito fundamental de igualdade, não se demonstrou sequer sua pertinência ou idoneidade como parâmetro aplicável à situação jurídico-constitucional, quanto menos se procedeu a um verdadeiro exame normativo de constitucionalidade. Além da ausência de um *tertium comparationis*, imprescindível para aplicação do parâmetro do direito fundamental à igualdade geral, e da ausência de tratamento desigual em função do gênero, a vedação de discriminação “de qualquer natureza” do art. 3º, IV, da CF não garante a equiparação pretendida. Esse gênero comum (*tertium comparationis*) sob o qual podem ser comparadas as espécies de modos ou formas de vida conjugal só pode ser o *estado civil* que é justamente cunhado pelas normas configuradoras dos institutos em pauta do casamento e da união estável entre homem e mulher, ambos com lastro constitucional. Como norma especial de proibição de discriminação, só se proíbe a discriminação de casados ou parceiros em união estável na comparação, sobretudo, com solteiros,³¹ pressupondo-se, portanto, as situações jurídicas já institucionalizadas pelo legislador ordinário. Por isso que, materialmente, a equiparação pretendida é pertinente exclusivamente ao exercício da competência configuradora do instituto pelo legislador pautada na tradição e evolução do instituto cível que, por excelência, responde à transformação histórica dos valores sociais, passando ao largo do problema da discriminação negativa ou mesmo da discriminação positiva para os efeitos de abertura da “área da vida social” (área de “regulamentação”) da dogmática específica do direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput* c.c. art. 3º, IV da CF).³²

No que tange aos direitos fundamentais de personalidade lastreados no art. 5º, *caput* c.c. art. 5º, X, da CF, notadamente à acepção que aqui mais interessa da autodeterminação que abrange também a livre orientação sexual e a livre escolha pela composição de uma família de acordo com o autoentendimento dos titulares, deve-se atentar para a função de tal direito fundamental, especificamente para que dever estatal ele ordena. Como no direito constitucional alemão (art. 2, I GG), trata-se também de um dever de abstenção que pode ter exceções, em verdade acréscimos

dada a possibilidade de re-subjetivação reconhecidos pela dogmática do dever estatal de tutela em face de riscos às liberdades provenientes de particulares. A verificação de que se trata de um dever de abstenção decorre do teor e da interpretação sistemática dos dispositivos trazidos à pauta. O constituinte brasileiro definiu a liberdade geral do art. 5º, *caput*, da CF como direito fundamental subsidiário e algumas de suas concretizações no inc. X como sendo “invioláveis”, o que indica que seus destinatários, i.e., os órgãos titulares das três funções estatais, devem abster-se de intervir no livre exercício de tais direitos sem antes proceder a uma (tentativa de) justificação constitucional. De uma interpretação sistemática entre o direito à liberdade de *status negativus* e o direito fundamental ao casamento do art. 226, *caput*, da CF, na sua acepção de direito de resistência (*Abwehrrecht*), podem sim derivar mandamentos de abstenção, ou pelo menos, de intervenção justificada, que na prática, porém *pontualmente*, têm o condão de produzir efeitos muito semelhantes aos efeitos de abstenção em face do casamento ou união heterossexual, como, por exemplo, a livre escolha do parceiro, do momento de iniciar a união, da configuração interna (distribuição de funções e papéis familiares) etc. Isso porque, em sua função como direito de resistência, o casamento abrange as faculdades subjetivas vistas acima, não sendo (mais) a conjunção carnal o elemento estrutural do casamento, dê-se esta com pessoa do mesmo sexo ou de qualquer outra forma. No que tange à sexualidade, trata-se de um tabu intransponível ao Estado. Qualquer medida que intervenha aqui não poderia ser legitimada por nenhum limite constitucional, sendo de plano violadora da liberdade.³³

Muito menos anuência merece a leviana e muito abusada afirmação de relevância da não configuração legislativa de um instituto jurídico para a observância do princípio fundamental da República Federativa do Brasil (RFB) da dignidade da pessoa humana, tal qual prescrito pelo art. 1º, III, da CF. Além da falta de método jurídico observável na presente e em outras decisões de relevância macropolítica, a interpretação sistemática sugerida por alguns membros da Corte, segundo a qual a regra específica e taxativa do art. 226, 3º, da CF, não deveria ser aplicada em razão da suposta violação da dignidade e outros princípios constitucionais, ultrapassa a fronteira de observância de mínimos *standards* de racionalidade jurídica. Com efeito, sabidamente, não se pode resolver supostas antinomias entre uma regra específica e tantas outras genéricas apontadas (princípios constitucionais) que se encontrem no mesmo patamar hierárquico³⁴ com referência à regra genérica. Nesse ponto, houve clara inversão da regra *Lex specialis derogat legi generali*.³⁵ De resto, foram trazidos vários dispositivos constitucionais como figuras retóricas para a defesa de teses políticas ou até mesmo político-partidárias.

Portanto, jurídico-dogmaticamente, o art. 226, 3º, da CF, contém tão somente um mandamento constitucional, destinado, em primeira linha, ao legislador civil (*Gesetzgebungsauftrag*)³⁶ para que este configure a especial proteção da união estável heterossexual, reconhecendo o já histórico fato social do número elevado de casais heterossexuais que constituem família à revelia do matrimônio. Por outro lado, com essa escolha

político-constitucional, o constituinte brasileiro, ao contrário do que fez o constituinte alemão da *Grundgesetz* de 1949, relativizou como visto a proteção constitucional do próprio casamento. Isso implica reconhecer que uma atuação legislativa em prol da criação do instituto da união estável homossexual não poderia ser questionada quanto à sua constitucionalidade, muito menos a atuação do constituinte derivado no sentido de ampliar a ordem de proteção do art. 226, 3º, estendendo-a também aos casais homossexuais.

4.3. DE CONSTITUTIONE FERENDA ET DE LEGE FERENDA

As conclusões jurídico-dogmáticas acima podem causar perplexidade. Para os defensores da justa causa de equiparação civil dos efeitos da união estável homossexual pouco importa de qual instituição política estatal efetivamente provém a defesa de seus desideratos, se do STF ou do Congresso Nacional. Por isso, é compreensível a ótima repercussão que a decisão teve entre os adeptos da causa em apreço. Porém, a bem vinda equiparação só poderá ser imposta consistentemente, do ponto de vista jurídico, com a atuação, pelo menos, do legislador ordinário, quicá um dia do constituinte derivado para que a equiparação não mais se submeta à livre discricionariedade da política legislativa do Congresso Nacional.

Para além do problema jurídico-dogmático, essa consistência repercute na consistência do sistema político como revela a evolução da jurisprudência do TCF alemão que dialoga constantemente com a Câmara Federal (*Bundestag*), apesar de sua competência de cassação de leis inconstitucionais.

Antes da decisão aqui amplamente referida e cuja estrutura foi reproduzida no anexo, em âmbito de direito de família sobre o qual incidem as normas definidoras de direitos fundamentais,³⁷ o TCF foi julgando, paulatinamente, a partir das devidas provocações, como inconstitucionais normas “patriarcalistas” do *Bürgerliches Gesetzbuch* BGB (Código Civil alemão), dando prazo para o legislador promulgar normas compatíveis com a *Grundgesetz* (GG), o que suscitou uma palpável e consistente evolução do direito de família nesse sentido.³⁸

Depois da decisão referida, que julgou a criação pelo legislador do instituto da união registrada entre pessoas do mesmo sexo como compatível, principalmente com o parâmetro da ordem de especial proteção do casamento e família do art. 6, I GG, o TCF continuou sendo provocado para verificar possíveis inconstitucionalidades de decisões judiciais e leis, desta vez com correção em face do parâmetro da igualdade geral do art. 3, I GG e do livre desenvolvimento da personalidade acrescido do dever de observância e proteção da dignidade da pessoa humana (art. 2 I c.c. art. 1 I GG). Julgou, por exemplo, inconstitucionais, decisões judiciais que interpretavam dispositivos previdenciários no âmbito das uniões registradas.³⁹ Também foi provocado, principalmente por intermédio do controle concreto proposto por juízes e tribunais instanciais (art. 100, I GG), para avaliar a compatibilidade de dispositivos da específica lei de registros públicos para transexuais (*Transsexuellengesetz* - TSG)⁴⁰. Vários

dispositivos da TSG implicavam, já em tese, discriminação de pessoas transexuais e foram sendo derrubados, de maneira consequente e dogmaticamente rigorosa, em pelo menos quatro decisões.⁴¹ Por fim, em 19 de fevereiro deste ano de 2013,⁴² o TCF julgou, a partir de idôneas provocações processuais do controle normativo concreto⁴³ e de uma reclamação constitucional⁴⁴, dispositivos da própria lei da união registrada entre pessoas do mesmo sexo (*Lebenspartnerschaftsgesetz* - LPartG), qual seja: o §9, VII LPartG, inserido em 2004, como incompatível com o art. 3, I GG (igualdade geral). Havia sido questionado, em ambos os procedimentos conjuntamente julgados, se o inserido §9, VII LPartG seria compatível com a GG, na medida em que ele veda aos parceiros na união registrada a possibilidade jurídica de adotar como seu filho a criança já adotada pelo parceiro (na chamada adoção sucessiva - *Sukzessivadoption*), ao passo que no §1742 BGB se abre a possibilidade da adoção sucessiva e o §9 VII LPartG permitia tão somente a adoção do filho biológico do parceiro na união registrada (adoção de enteado - *Stiefkindadoption*).

Certamente, os juízes do TCF dispensam, no caso, o rótulo de “progressistas” pelo simples fato de não responderem politicamente por suas decisões ao contrário dos membros do parlamento.

Por sua vez, ao criar o instituto paralelo da união estável em razão de um dado social relevante, qual seja: existência de muitas uniões duradouras informais, principalmente junto à população mais carente; o constituinte brasileiro acabou criando um novo instituto que, como demonstrado, muito relativizou a relevância do casamento civil. Este deve estar, na Constituição, como instituto de direito privado que essencialmente é, no caso brasileiro, com o único propósito de impedir sua revogação pelo legislador civil.⁴⁵ Disso decorre novamente uma conclusão jurídico-dogmática a ser considerada em futuras proposições legislativas: como também reiteradamente demonstrado, a Constituição não proíbe o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas também ainda não o garante, pois não se trata de um direito de *status positivus*, como o são os direitos sociais.

Não obstante, tendo em vista a *Realpolitik* brasileira, causa compreensível insatisfação a assertiva de que cabe ao legislador federal conformar o instituto do casamento de acordo com seu critério e com base em sua legitimidade democrática, pois a consequência é reconhecer que deixar de configurar um instituto jurídico que atenda a reivindicações políticas de um determinado *miliéu* não é, em si, discriminar, muito menos violar a dignidade humana. Reivindicação política se traz, no entanto, ao parlamento por partido político e se submete ao debate público e democrático. Tentar forjar judicialmente um instituto jurídico que satisfaça ao desiderato de uma minoria não é ordenado juridicamente, sendo pouco indicado também politicamente. Se a dogmática jurídico-constitucional não serve ao propósito da pretendida equiparação, busca-se no fundamento justeórico da missão da Justiça constitucional de ensinar decisões contramajoritárias para garantia de interesses da minoria a legitimação de uma decisão de Corte suprema que ora sacraliza, ora demoniza o texto constitucional.⁴⁶

Porém, a segurança jurídica, mencionada em um dos votos, para casais homossexuais pode ser, pelo menos em parte, conseguida por contratos e testamentos, não tendo como prescindir da lei que deve regulamentar muitos detalhes que devem ser objeto de deliberação parlamentar, devidamente instruída pela opinião pública leiga e pelas opiniões especializadas. Pelo contrário, é o decisionismo judicial que causa insegurança jurídica.

Não há dúvida de que o constituinte e o legislador ordinário partiram da concepção tradicional do casamento de inspiração não só religiosa cristã, como primeiro passo para constituição de família (“crescei e multiplicai-vos”), mas também como remetente ao *oikos* grego.⁴⁷ Porém, independentemente do alcance dos conceitos de casamento ou união estável, o conceito de “família” mesmo, no sentido do art. 226, *caput* (não somente: “entidade familiar”, no sentido já aparentemente enfraquecido dado pelo seu §3º) pode ser interpretado no sentido de abarcar todas as modernas formas alternativas de família, dada a relevância da filiação na percepção de direitos fundamentais de personalidade de solteiros ou qualquer tipo de casal ou comunidade solidária (poligamia) no campo, sobretudo, da adoção. Não que haja um direito fundamental à adoção, mesmo porque esse não existe também para os casais casados ou que vivam em uniões estáveis heterossexuais, pois, como se sabe, parte-se sempre do interesse do menor (como limite a direitos fundamentais de resistência: liberdade e igualdade em seus sentidos amplos), sendo que, aqui sim, qualquer vedação ou tratamento desigual sofrido por solteiros ou casais homossexuais implica necessariamente violação da liberdade e, mais frequentemente, discriminação em razão de orientação sexual ou de consciência (visão de mundo). Tudo isso ainda, todavia, pelo menos de *constitutione lata* com implicações também para o legislador na espécie.

Certamente, tais reconhecimentos jurídico-dogmáticos constitucionais ainda não bastam para quem busca, com propriedade, a mais ampla equiparação. Porém, imaginar que tal equiparação forjada pretorianamente, ao arrepio do direito constitucional vigente, possa servir de instrumento de combate às discriminações e à hedionda homofobia ocorrentes nos vários subsistemas sociais e expressadas nas ruas por covardes ataques, pode representar um prognóstico otimista que, no entanto, ainda muito carece de dados empíricos para seu embasamento. Relevante para a interpretação dos parâmetros jurídico-constitucionais tão levemente trazidos e interpretados pelo STF da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tal prognóstico não é. No mais, casos de homofobia extrema ligada a crimes graves consumados ou tentados (homicídio, lesão corporal, entre outros) não esmaeceram com a decisão do STF e, talvez, produzam inclusive o efeito contrário de despertar o “espírito de luta”, para usar um eufemismo, de linhas ideológicas extremistas de direita conservadora ou de simples mentecaptos inaptos ao convívio social plural e multicultural. Imprescindível para a proteção de direitos fundamentais de liberdade é o Estado cumprir seu dever de tutela em face a agressões de particulares (*Schutzpflichten*), por intermédio de uma política legislativa, principalmente legislativo-penal

consistente. Como o próprio eufemismo “*salonfähig*” (socialmente aceitável) da “homoafetividade” sugere, importante parece ser satisfazer um compreensível desiderato do *miliéu*, mas não combater de fato as violências contra expressões da sexualidade entre pessoas do mesmo sexo baseadas em fortemente enraizados preconceitos sociais. Em um país tropical e em tempos de celebração exacerbada da sexualidade, o que se faz necessário é um ambiente social no qual pessoas do mesmo sexo possam expressar *em público* e da mesma forma que casais heterossexuais sua sexualidade, sem temer serem agredidas, inclusive por eventuais hipócritas de plantão que querem ver tal sexualidade restrita quando muito (porque, aqui, afinal fala-se em “afeto” e “afetividade”) a quatro paredes.⁴⁸ Se esse ambiente pode ser fomentado por leis? Isso pode ficar em aberto. Por decisões judiciais, supostamente bem intencionadas, certamente ele não pode ser fomentado.

Proclamar como fundamento de uma decisão judicial coisas que mais se parecem com “mensagens criptografadas”, tamanha a ininteligibilidade do que se quer dizer, como a que haveria uma “unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa mesma” em nada contribui, portanto, ao que realmente interessa tanto ao *miliéu* quanto a toda a coletividade. Nada supre a ausência do debate partidário civilizado. A necessária consistência não pode ser alcançada por uma decisão judicial que mais parece preocupada em firmar uma imagem institucional progressista do que com sua legítima missão jurídico-constitucional.

ADENDO

COMPARAÇÃO ENTRE AS ESTRUTURAS DO VOTO DO RELATOR NA ADI 4.277 E A DECISÃO DO TCF ALEMÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LPARTG (OU LPARTDISKBG)

Uma decisão jurídico-constitucional bem fundamentada no direito constitucional vigente não pode prescindir de uma boa estrutura, cujos elementos de partida são os parâmetros constitucionais encerrados nos específicos dispositivos. Controle normativo pressupõe clareza sobre as duas normas que devem ser comparadas com base no critério hierárquico: o(s) objeto(s) e o(s) parâmetros. Não são referências a princípios implícitos ou explícitos no texto constitucional e ao famigerado “espírito” da Constituição “democrática”, “cidadã”, “solidária” ou qualquer outro adjetivo que se lhe dê que referendarão uma decisão judicial como racional-jurídica e, portanto, correta.

A comparação das estruturas do voto do relator da ADI 4.277 e da equivalente decisão do TCF alemão demonstram cabalmente as insuficiências jurídico-dogmáticas por vezes encontradas nas decisões do STF, principalmente naquelas de relevância macropolítica como é o caso da presente decisão. No caso decidido pelo TCF alemão, tratava-se do julgamento conjunto de duas proposições de controle normativo abstrato, apresentadas por três governos estaduais, no início da década passada. Os três referidos Governos Estaduais, que eram sustentados por maiorias compostas, precipuamente, por parlamentares do partido de centro-direita CDU, voltaram-se em suas proposições contra uma lei que criou o instituto da união registrada de casais homossexuais, como instituto paralelo ao casamento, mas especificamente para aquelas pessoas que não poderiam se casar em razão justamente da inexistência até então de tal instituto e a decidida negação pela literatura constitucional dominante de qualquer mutação constitucional em torno do alcance tradicional do conceito de casamento. O principal parâmetro foi o art. 6, I GG que ordena ao Estado a especial tutela do casamento que poderia ser, em tese, ameaçado por um instituto concorrente, como o novel instituto criado pelo legislador ordinário voltado aos casais homossexuais.

I. ESTRUTURA DO VOTO DO RELATOR DO ACÓRDÃO DO STF NA ADI 4277:

O voto foi estruturado em 37 parágrafos enumerados como de praxe nos instrumentos peticionais de partes processuais:

1. Parágrafos 1 a 6 (ou 15 a 19, quando considerados os 14 parágrafos do relatório):

- Adequação procedimental e pertinência temática: No caso: interesse processual de agir do Governador do Estado do RJ está presente segundo o voto do relator.

- Possibilidade jurídica do pedido? “Interpretação conforme a Constituição” dos dispositivos atacados.
- Conhecimento da ADPF como ADI após o seguinte texto: “Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”.
- 2. Parágrafo 7 (20): “Merecem guarida os pedidos (...) de interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal impugnado (art. 1723 CC)”. União homoafetivas caracterizadas pela durabilidade, não clandestinidade e continuidade e anseio de constituição de família encontram respaldo na Constituição.
- 3. Parágrafos 8 e 9 (21 e 22): Análise do termo “homoafetividade”
- 4. Parágrafo 10 (23): “Passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações”. Referências ao art. 3º IV da CF e a outros que mencionam homem e mulher.
- 5. Parágrafo 11 (24): “Trata-se (...) de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana (...) embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral”.
- 6. Parágrafos 12 a 16 (25-29): Diferenças entre os sexos e o art. 3º IV CF. Interpretação do bem de todos e vedação de preconceitos. “Unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa mesma” (Parágrafo 16).
- 7. Parágrafos 17 a 20 (30-33): Função do direito como técnica de controle social e “intencional silêncio” da Constituição brasileira em face do uso do sexo para estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica corresponde à norma geral negativa kelseniana segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, que corresponde ao art. 5º, II da CF. Cabe ao livre arbítrio de cada um o livre uso de seu aparelho sexual.
- 8. Parágrafo 21 (34): Preferência sexual como “emanação do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF)”.
- 9. Parágrafos 22 a 24 (35-37): Uso da sexualidade corresponde ao exercício de outras liberdades fundamentais como intimidade e privacidade (art. 5º, X da CF)
- 10. Parágrafo 25 (38): Resumo.
- 11. Parágrafos 26 a 30 (39-43): “... cabe perguntar se a CF sonega aos parceiros homoafetivos (...) o mesmo regime protetivo que dela se depende para favorecer os casais heteroafetivos (...)”. Reprodução literal dos art. 226 e 227 da CF. Interpretação do art. 226 da CF. “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (...), salta à evidência que a parte mais importante é a cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela (...) é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal”. Faticidade do conceito de família. “Complexa instituição

social em sentido subjetivo”. Segue uma espécie de ode à família como espaço da realização de direitos fundamentais.

12. Parágrafos 31 a 34 (44-47): Família como “verdadeiro continente para tudo o mais”. Por isso, “deve funcionar como norte dos dispositivos em que o Capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita”. A “Constituição não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos”. Interpretação não reducionista do conceito de família. Proteção de família constituída por casais homossexuais tem que ser plena e não “mais ou menos”, concluindo sob menção de um verso atribuído ao médium *Chico Xavier*: “Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

13. Parágrafos 35 e 36 (48-49):

- Partindo “desse conceito normativo de família como base da sociedade e credora da especial tutela do Estado [passemos] à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição” (p. 42/49).
- O art. 226, § 3º da CF faz “reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte”. Mas: “casamento civil, aliás, regrado pela CF sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’”.
- Constituinte quis somente reforçar o direito fundamental de igualdade entre homem e mulher em face do patriarcalismo brasileiro.
- Seguem várias metáforas e a frase “que não se faça uso da letra da Constituição para matar seu espírito”.
- Identidade entre os conceitos de “entidade familiar” e “família”. Não existe “subfamília”.
- Casais heterossexuais não têm direito a não equiparação jurídica de casais homossexuais, “visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada”.
- Status de família também às famílias monoparentais. Adoção de menores deve ser estendida a casais homoafetivos, porque até solteiros podem adotar (menção ao art. 5º, II; 3º e 5º, § 1º da CF).

14. Parágrafo 37 (50): Conclusão: Julgamento de procedência das duas ações em causa, para o efeito de dar ao art. 1723 do CC “interpretação conforme a Constituição para dele excluir *qualquer significado* que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (destaque em itálico do autor).

II. ESTRUTURA DA DECISÃO DO TCF ALEMÃO (BVERFGE 105, 313)⁴⁹

RAZÕES

A.

(MATÉRIA: DESCRIÇÃO DOS FATOS E PROCEDIMENTO)

INTRODUÇÃO: DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONTROLE ABSTRATO

PROPOSTO: LPARTG (OU LPARTDISBG).⁵⁰

I.

Objetivo da lei: Por termo à discriminação sofrida por casais homossexuais e abertura da possibilidade de dar a tais parcerias enquadramento e proteção jurídicos.

1. Apresentação de dados sociológicos como estatísticas (ex.: ano 2000 viviam 47.000 casais homossexuais na BRD), sobre o desejo do reconhecimento de suas uniões etc., com fontes bibliográficas da literatura sociológica.
2. Descrição de iniciativas de lei para atendimento dessa demanda sociopolítica desde 1990 como um anteprojeto de lei do Partido Verde – BTDrucks. 11/197⁵¹ – e correspondente pressão do Parlamento Europeu. Análise histórica (precedentes) e genética (protocolos das discussões parlamentares no bojo do processo legislativo da lei atacada).
3. Descrição e análise de todos os dispositivos da lei promulgada.

II.

Reprodução (em discurso indireto) do conteúdo das argumentações relativas ao controle abstrato proposto pelos Estados-membros mencionados.

1. A lei seria, já do ponto de vista formal, inconstitucional.
 - a) Graças à divisão do projeto legislativo original em dois, com o objetivo de tornar a lei uma lei que não necessite da aprovação do *Bundesrat*, a nova lei estaria eivada de vício formal insanável.
 - b) No mais, a lei conteria regras extravagantes pertinentes à derrogação da lei de introdução à BGB (Código civil – EGBGB) que deveriam igualmente passar pela aprovação do *Bundesrat*.
 - c) Finalmente, outras questões formais fariam com que a lei como um todo fosse uma lei que carece da anuência do *Bundesrat* (*Zustimmungsbedürftiges Gesetz*)
2. A lei seria inconstitucional também do ponto de vista material:
 - a) Incompatibilidade da lei com a ordem constitucional de proteção do casamento e família do art. 6, I GG, pois a lei, ao criar um instituto jurídico paralelo da união homossexual, não estaria respeitando o dever estatal de distanciamento (*Abstandsgebot*) do instituto do casamento e da família derivados da garantia institucional tradicionalmente vislumbrada no art. 6, I GG.
 - b) Art. 6, I GG restaria também violado em razão da união homossexual

não impedir, em virtude do silêncio da lei, o casamento e com isso admitindo uma união paralela ao casamento, embora os vínculos obrigacionais da nova lei fossem incompatíveis com o casamento.

- c) A lei estaria intervindo também no poder familiar do parceiro sem filho com consequências patrimoniais relevantes em face do direito fundamental de herança do art. 14, I GG. O art. 14 I GG restaria violado no caso de se cercear a liberdade testamentária do parceiro sobrevivente. Também o art. 3 I GG (direito fundamental à igualdade) teria sido violado, pois outras uniões estáveis (heterossexuais) não disporem de tal proteção legal.

III.

Receberam oportunidade para manifestação na audiência (“participantes” e *amici curiae*): A Câmara Federal (*Bundestag*), o Conselho Federal (*Bundesrat*), o Governo Federal (*Bundesregierung*), os (16) governos estaduais (*Landesregierungen*), a Associação Científica para o Direito de Família, a Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha, a Confederação Alemã da Família e o Grupo de Trabalho (Coletivo) Ecumênico Homossexuais e Igreja.

1. O Governo Federal considera a lei compatível com a *Grundgesetz*.
 - a) Exame formal: Exame da divisão da lei para evitar a necessidade de colher a anuência do *Bundesrat*.
 - b) Exame material: A lei seria compatível com a *Grundgesetz* (art. 2, I; 6, I; 3 I; e 14, I GG)
2. a) Segundo o entendimento da Câmara Federal, as proposições do controle abstrato careceriam de fundamento.
 - aa) Os argumentos quanto à constitucionalidade formal são quase idênticos aos do Governo Federal.
 - bb) Exame material de constitucionalidade
- b) Participação de membros da Câmara Federal na audiência: *Renesse* (SPD), *Geis* (CDU/CSU), *Beck* (Partido Verde) e *Braun* (FDP), sendo que *Geis* (CDU/CSU) apresentou uma opinião divergente em relação à opinião do órgão constitucional Câmara Federal.
3. Posição do *Governo da Cidade-Estado Hamburg*: As proposições careceriam de fundamento referendando a argumentação do Governo Federal com pequenas nuances.
4. Posição do *Governo do Estado-membro Schleswig-Holstein*: As proposições careceriam de fundamento, sobretudo porque não se poderia derivar do art. 6, I GG uma proibição de reprodução do instituto do casamento para situações semelhantes.
5. Posição da *Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha*: A lei teria sido promulgada, formal e materialmente falando, em consonância com a *Grundgesetz*. Uniões homossexuais teriam um direito constitucionalmente assegurado ao respaldo jurídico por força dos art. 2, I e 3, I GG. A situação jurídica anterior à lei seria inconstitucional. O novo instituto jurídico, por sua vez, não teria violado o art. 6, I GG. Por outro lado, o

entendimento segundo o qual a união seria dissolvida se um dos parceiros contraísse casamento seria inaceitável.

6. O Grupo de Trabalho (Coletivo) *Ecumênico Homossexuais e Igreja* aderiu à argumentação jurídica da Confederação das Lésbicas e Gays na Alemanha, acrescentando alguns dados sociológicos como o fato de em algumas igrejas evangélicas já se ministrar a benção de casais homossexuais como ação oficial da igreja.

B.

(EXAMES DE CONSTITUCIONALIDADE)

“OS PEDIDOS [DE CONTROLE ABSTRATO] NÃO TÊM FUNDAMENTO.

A LEI PARA RESOLUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE UNIÕES

HOMOSSEXUAIS (LPARTDISBG) É COMPATÍVEL COM A *GRUNDGESETZ*.”

I.

(Exame de constitucionalidade formal,

tendo em vista necessidade de aprovação pelo Conselho Federal segundo art. 84, I GG): “A lei foi constituída em conformidade com a Constituição. Ela não precisava da anuência do Conselho Federal”.)

1. “A lei não contém dispositivos que, de acordo com o art. 84, I GG, careçam de [da referida] anuência”.

a) Interpretação da exigência de anuência contida no e conforme o art. 84, I GG

b) Subsunção: “Daran gemessen [...]”.

aa) Exame do art. 1, § 1, I LPartDisBG

bb) Exame do art. 3, § 25 LPartDisBG

cc) Exame do art. 3, § 6 LPartDisBG

dd) Exame do art. 3, § 11 LPartDisBG

ee) Exame do art. 3, § 16 LPartDisBG

2. “Uma obrigatoriedade de anuência da LPartDisBG também não resulta do fato que no art. 1, § 3, III e IV competências do oficial do registro civil tenham sido conhecidas antes da conclusão e publicação da lei. Essa [presente] versão da lei foi corrigida de maneira irrepreensível do ponto de vista constitucional”.

a) Mesmo a *Grundgesetz* não estabelecendo normas específicas a respeito de correções de projetos legislativos, há outros dispositivos encontrados em regimentos internos das casas legislativas e na prática estatal consolidada que dariam fundamento ao procedimento perpetrado. Apresentação e interpretação dos dispositivos aplicáveis e prática.

b) Subsunção: “sobre a base de tais parâmetros, a correção feita do art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG não ultrapassou os limites do permitido constitucionalmente.”.

aa) Demonstração do erro material no art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG a partir dos protocolos legislativos (entre outros: BTDrucks. 14/4545)

bb) “A composição do texto do art. 1, § 3, III e IV LPartDisBG

corrigida e publicada corresponde à vontade do legislador trazida a termo na lei”. Segue fundamentação.

cc) “De resto,” confirmação por pareceres sobre o procedimento de correção.

3. A divisão do projeto de lei que fora trazido pelas bancadas governamentais em um projeto jurídico-material e outro jurídico-processual não se choca contra a Constituição. “Principalmente a divisão perpetrada não enseja a obrigatoriedade de anuência [pelo *Bundesrat*] da LPartDisBG”.

a) “A Câmara Federal não está impedida constitucionalmente de, no exercício de sua liberdade legislativa, regulamentar um projeto legislativo em mais de uma lei”. Segue fundamentação.

aa) Exame do art. 74, I, n. 2 GG – competência legislativa concorrencial.

bb) Subsunção

b) “Se à competência dispositiva da Câmara Federal em face da divisão de uma mesma matéria jurídica em mais de uma lei devam ser traçados concretamente limites constitucionais e quando tais limites seriam ultrapassados, isso pode permanecer aqui sem exame (cf. BVerfGE 24, 184 [199 s.]; 77, 84 [103]). A decisão do legislador federal [...] não foi arbitrária.”

aa) “O motivo atribuído à Câmara Federal para ter dividido a matéria jurídica com o fim de excluir a possibilidade do *Bundesrat* de impedir a promulgação de regras jurídico-materiais por intermédio da recusa de anuência não faz desse procedimento um procedimento arbitrário.” Segue fundamentação com base na jurisprudência do próprio BVerfG (cf. BVerfGE 8, 274 [294]; 55, 274 [319]), segundo a qual uma lei como um todo já carece de anuência do *Bundesrat* se contiver somente um dispositivo carecedor de anuência. Por isso, o caminho trilhado pela Câmara Federal seria legítimo para se evitar uma mudança de competências constitucionais que o art. 84, I GG tem justamente a função de impedir.

bb) As regras jurídico-materiais da LPartDisBG são claras e suficientemente determinadas ao contrário do que afirmaram os proponentes do controle.

//.

(Exame da constitucionalidade material)

1. Violação do art. 6, I GG.

a) Possível violação da liberdade para contrair matrimônio (“*Eheschließungsfreiheit*”):

aa) Qualquer pessoa com capacidade jurídico-matrimonial continua podendo contrair matrimônio após a introdução da união homossexual. Casais gays continuam, pela nova lei, não podendo contrair matrimônio. A lei não influencia, direta ou indiretamente, a liberdade de casais heterossexuais de

- se casarem. Como uma união heterossexual não é contemplada pela lei, os casais heterossexuais não seriam impedidos de contrair matrimônio.
- bb) O acesso ao casamento não é limitado pela LPartDisBG. Quem fizer parte de uma união registrada não é impedido de se casar com pessoa de outro sexo. Consequências para a união registrada (homossexual) ficam em aberto.
- b) Possível violação da garantia do instituto jurídico do casamento: Não está presente, pois o objeto da lei não é o casamento.
- aa) A *Grundgesetz* não contém definição do casamento. Competência de configuração infraconstitucional (forma e conteúdo) deixado ao legislador ordinário que tem ampla margem discricionária, devendo respeitar certos “princípios institucionais substanciais”. Faz parte do conteúdo do matrimônio, independentemente de mutações sociais, i) a associação entre um homem com uma mulher para uma união vital durável (sem termo final previsto), ii) fundada na vontade livre dos nubentes, iii) sob atuação do Estado, iv) na qual homem e mulher, em parceria igualitária, são leais reciprocamente e v) podem livremente decidir sobre a configuração da vida conjunta.
- bb) O instituto da união homossexual registrada não conta com a mesma proteção do casamento. A união não é casamento no sentido do art. 6, I GG, mas confere aos casais homossexuais direitos [semelhantes]. O legislador leva em consideração os art. 2, I e 3, I e III GG na medida em que ajuda as pessoas a um melhor desenvolvimento de suas personalidades e dirige discriminações.
- cc) O casamento enquanto instituto não sofreu modificações. Da garantia institucional do casamento não se deriva uma proibição de se abrir a casais homossexuais a possibilidade de firmarem uma união com efeitos jurídicos similares ao do casamento.
- c) Possível violação do dever estatal de proteção enquanto decisão axiológica (teoria axiológica dos direitos fundamentais)
- aa) Não afetação da instituição do casamento. A proteção especial ao casamento prescrita no art. 6, I GG proíbe que ele seja colocado em situação pior do que outras formas de vida social.
- (1) Não ocorrem prejuízos ao casamento quando a lei prevê um novo instituto feito à imagem e semelhança das regras do casamento. O novel instituto dirige-se a pessoas que não podem se casar.
- (2) As regras sobre a ajuda social previstas na lei também não implicam desvantagem ao casamento.
- bb) Não retirada de fomento estatal ao casamento.
- cc) O art. 6, I GG não impede o legislador de privilegiar o casamento em face de outras formas de união familiar. Porém, do mandamento de proteção do casamento do art. 6, I GG não

se deriva o mandamento de criar desvantagens para outras formas de união familiar. “Isso foi ignorado pela juíza Haas em sua opinião discordante, quando ela entende o mandamento de fomento do art. 6, I GG como mandamento de [se opor] desvantagem para outras formas de união que não seja o casamento”.

- (1) Interpretação (inclusive genética) da proteção “especial” do casamento e da família pelo art. 6, I GG. Trata-se de uma proteção constitucional que não exclui a proteção legislativa infraconstitucional de outras formas de união. Não há dever de distanciamento pelo legislador (*kein Abstandsgebot*).
- (2) O art. 6 I GG protege o casamento como o legislador, sob observância dos princípios estruturais substanciais, tenha-o configurado. Em face de mutações sociais, a proteção que se deve ao instituto do casamento não pode ser desligada dos destinatários normativos para os quais ele foi criado como forma de vida protegida.
- (3) O dever de proteção do casamento tem que se pautar no propósito de proteção do art. 6, I GG. O legislador teria ferido tal dever, por exemplo, se tivesse criado um instituto paralelo com idêntica função, mesmos direitos, mas menos obrigações, de tal sorte que os institutos pudessem ser intercambiados. Tal hipótese não está presente com a criação do instituto da união homossexual. Não há concorrência entre os institutos. Ao contrário do afirmado nas duas opiniões discordantes (cf. abaixo na estrutura votos do juiz Papier e da juíza Haas), a união homossexual não é um “casamento com falso rótulo”, mas um “*aliud*” em face do casamento.

2. Violação do art. 3, III, 1 GG e art. 3 I GG: “A LPartDisBG não viola a proibição especial de discriminação do art. 3, III, 1 GG nem o princípio geral da igualdade do art. 3, I GG”.

- a) Porque a lei só abre a possibilidade de uma união registrada para casais homossexuais, ela não implica uma desvantagem criada a casais heterossexuais em razão do sexo. A lei não institui direitos e obrigações diferenciados em razão do sexo, mas sim da combinação dos sexos de uma união de duas pessoas. O mesmo vale para ausência de violação da proibição de discriminação em razão do sexo de homossexuais no caso de inexistência da nova lei. Homens e mulheres são sempre igualmente tratados, pois casais heterossexuais não podem firmar uma união registrada assim como casais homossexuais não podem se casar.
- b) Não viola o art. 3, I GG o fato de outras uniões de vida [estáveis de casais heterossexuais] ou quaisquer outras uniões de solidariedade não terem sido contempladas com essa forma de união registrada. O art. 3, I GG proíbe o tratamento diferenciado de destinatários normativos quando inexistirem diferenças de tamanha relevância que justifiquem tal tratamento desigual.

Tais diferenças, todavia, existem no presente caso dos casais homossexuais em relação a outras uniões.

- aa) Apesar de semelhantes necessidades de reconhecimento por parte de uniões heterossexuais, o caminho para o casamento não lhes é vedado, ao contrário do que ocorrera historicamente com os casais homossexuais.
- bb) Também em relação a outras uniões baseadas em laços e afeto familiares (união de irmãos, por exemplo) há diferenças que justificam o tratamento diferenciado, a começar pela exclusividade da união homossexual (*mutatis mutandis* “monogamia”). Esses outros tipos de união baseada em laços familiares e de sangue também já são protegidos em vários campos do direito, como o sucessório, o alimentício e o tributário.
- cc) Ao legislador não se proíbe criar novas possibilidades de reconhecimento às uniões heterossexuais ou pautadas em laços familiares e de sangue desde que evite a possibilidade de intercâmbio com a forma do casamento, mas um mandamento constitucional nesse sentido [positivo, de criação da lei] não existe.

3. Dispositivos da lei sobre os direitos de amparo e sucessório de “parceiros de vida”, assim como à pensão não são questionáveis constitucionalmente.

- a) aa) Segundo o art. 1, § 9 LPartDisBG ao companheiro de um(a) genitor(a) pode ser conferido, mediante sua aquiescência, o poder de decidir conjuntamente sobre a criança em assuntos cotidianos. Também foi criado um poder familiar de emergência em função do bem estar da criança. Com a constituição desse “pequeno poder familiar” para o companheiro homossexual (*kleines Sorgerecht*) o legislador não interveio no direito de família do(a) genitor(a) que não possui o poder familiar. Exame da área de proteção do art. 6, II, 1 GG. Cabe ao legislador, no âmbito do direito de família, criar as regras do poder familiar. Se um genitor tiver sido excluído de tal poder familiar em virtude de tais dispositivos e sua aplicação por varas judiciais de família, o “pequeno poder familiar”, que deriva no poder solitário do companheiro homossexual, não interveém no direito de família daquele que, de qualquer forma, já tinha sido dele excluído.
- bb) Subsunção: Não violação aqui também do art. 3, I GG. Pela nova regra, genitores sem poder familiar que não vivem com o detentor do poder familiar em uma união juridicamente estável não sofrem desvantagens injustificadas. Outras possibilidades jurídicas continuar-lhes-iam abertas.
- b) aa) Art. 1, § 10, VI LPartDisBG não viola a liberdade testamentária protegida pelo art. 14, I GG. Segue interpretação da liberdade testamentária como elemento pertinente à área de proteção do art. 14, I GG e referência à competência de conformação

infraconstitucional pelo legislador ordinário (também o direito de herança tem uma área de proteção de cunho normativo e não comportamental).

bb) O art. 14, I GG também não seria violado pelo fato da parcela da herança que cabe aos legítimos sucessores ser diminuída com a participação do(a) companheiro(a). Ela também o seria se o morto tivesse se casado.

c) As obrigações alimentícias baseadas no art. 1, §§ 5, 12 e 16 LPartDisBG também não violam o art. 3, I GG. Segue fundamentação.

C. (CONCLUSÃO)

“Essa decisão foi tomada por maioria de 5 a 3, no que tange à conformidade da LPartDisBG com o art. 6, I GG; por maioria de 7 a 1, no que tange à conformidade com o art. 3, I GG; no mais, unânime.”

Papier	Jaeger	Haas
Hömig	Steiner	Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem	Bryde	

Opinião discordante do Juiz Papier
(...)

Opinião Discordante da Juíza Haas

1. (...)

2. (...)

a) (...)

b) (...)

c) (...)

(1) (...)

(2) (...)

>> NOTAS

- ¹ Cf. para a parte inicial: Martins, 2013.
- ² Um aprofundamento dessa crítica pode ser encontrado em Dimoulis e Lunardi, 2011: 290-296.
- ³ Como bem pontuaram Dimoulis e Lunardi, 2013: “É comum qualificar as uniões em questão como ‘homossexuais’ ou ‘homoafetivas’. Contudo, nem a Constituição, nem a legislação comum brasileira mencionam a orientação ou atividade sexual como critério relevante para a união familiar. Somente o sexo biológico é mencionado. Assim sendo, é juridicamente correto se referir à união de pessoas do mesmo sexo”. Como se verá, essa confusão terminológica, com repercussões jurídico-dogmáticas, entre orientação sexual e união de pessoas do mesmo sexo permeia toda a decisão em pauta, daí chegar-se à conclusão precipitada de se entender a configuração de um instituto jurídico pelo legislador como um ato de discriminação de grupos com orientação sexual supostamente minoritária. Linguisticamente, é interessante notar o câmbio entre homossexual e homoafetivo para fazer jus ao código da *political correctness*, tendo em vista a carga axiológica negativa do termo homossexual que poderia, todavia, ser usado como aqui em um contexto axiológico neutro. No plano da vida social, certo é que não se trata necessariamente de afeto ou afetividade familiar, mas sim de expressão de sexualidade como elemento do livre desenvolvimento da personalidade de cada um. E isso como também se verá nada tem a ver com a relativa discricionariedade legislativa na configuração de institutos do direito de família. Para se evitar a fórmula muito longa sugerida por Dimoulis e Lunardi (*ibidem*), optou-se aqui simplesmente por união homossexual.
- ⁴ Cf. STF, ADI 4.277/DF, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011:2607-3, p. 611-880 (serão citados os números das pág. da publicação impressa oficial). Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 30/03/2013.
- ⁵ Cf. STF, ADPF 132/RJ, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011: 2607-1, p. 1-274. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 30/03/2013.
- ⁶ Como o relator verificou (cf. STF, ADI 4.277/DF, p. 623), trata-se de uma prevenção por coincidência de objetos (hipótese normativa do art. 77-B do RISTF), no caso: a interpretação do art. 1723 do Código Civil.
- ⁷ Ocorre que o pedido do autor na ADPF 132/RJ de se interpretar conforme a Constituição normas pré-constitucionais, quais sejam os art. 19, II e V e 33 do Decreto-Lei estadual n. 220, de 1975, restou prejudicado por perda de objeto, porque foram derogadas pela vigente lei estadual 5.034, de 2007. Cf. STF, ADI 4.277/DF, p. 625 s.
- ⁸ Nesse ponto do juízo de admissibilidade, o relator, se examinou, deixou de consignar no seu relatório o resultado de seu exame do pressuposto processual da comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado prescrito pelo art. 3, V da Lei da Lei 9.882/99, que regulamenta o procedimento da ADPF. Talvez se tenha omitido em razão da decisão preliminar de julgamento conjunto das APDF 132 e ADI 4277. Sem querer adentrar às minúcias processuais constitucionais de delimitação dos juízos de admissibilidade dos dois instrumentos do controle normativo abstrato (a respeito v. Dimoulis e Lunardi, 2011: 120-140 e 158-178), apresentar a controvérsia de maneira sistemática a partir das lides originárias seria no mínimo uma boa preparação para o exame do mérito. As vagas informações prestadas por alguns Tribunais de Justiça (cf. STF, ADPF 132/RJ, p. 13 s.; e STF, ADI/DF 4.277-DF, p. 620 s.) não bastam.
- ⁹ Isso porque nos processos originários, com suas lides entre pessoas físicas e órgãos administrativos, os pedidos referiam-se, provavelmente (como assertado na nota anterior, esses não foram apresentados no relatório do acórdão, como comum nas decisões do TCF alemão - vide

ref. no anexo abaixo - o que dificulta o alcance de precisão da presente análise), em sua maioria, à concessão de benefícios previdenciários e outros que poderiam ser deferidos a despeito da não equiparação, pretendida em abstrato, pois todos os conceitos jurídicos indeterminados ou passíveis de mutação conceitual, como é o caso do conceito de família, implicam o dever judicial de interpretá-los à luz do sistema constitucional dos direitos fundamentais (cf. Martins, 2012: 100-102).

- ¹⁰ Sem ter aqui como se proceder à análise de cada dispositivo atacado na inicial da ADPF 132 da lei estadual pré-constitucional (arts. 19, II e V e 33, I - X do Dec.-lei 220/1975), há que se adiantar que todos os dispositivos, à exceção do inc. V do art. 19 que fala em “cônjuge”, deveriam ser interpretados à luz do sistema normativo jusfundamental, que apesar de semelhanças não se confunde com a interpretação conforme a Constituição (a respeito: Schlaich e Koriath, 2010: 274; Dreier, 2004: 285 s.; e Martins, 2013) para o efeito pretendido de se estender os benefícios previdenciários às uniões estáveis homossexuais. Vem à tona uma peculiaridade da cultura jurídico-constitucional brasileira na análise sistemática entre, por exemplo, a informação prestada pelo TJ-BA, por exemplo, segundo a qual “[...] o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, [...]” e a aqui reivindicada generalização dos efeitos da coisa julgada. Na prática administrativa e jurisprudencial cotidiana, ninguém vê problema no fato de normas infralegais serem interpretadas ao arrepio da lei e da Constituição e da interpretação da lei não se dar como deveria de forma orientada dogmática metodologicamente pela Constituição em favor de uma discricionariedade administrativa à qual o Judiciário deva se render. Por outro lado (e na contramão da racionalidade do respeito à hierarquia das fontes normativas), em nome de um muito vago “constitucionalismo solidário” busca-se relativizar os objetos e parâmetros legais e constitucionais para o efeito de tornar o exercício da democraticamente lastreada função legislativa estatal ainda mais irrelevante do que ela já se tornou. Há uma esquizofrenia baseada no apego a um processo contraproducentemente complexo e na forma naqueles *loci* do ordenamento jurídico, nos quais ela é mais prejudicial para a efetiva concretização constitucional, relegando ao segundo plano a correta aplicação do sistema jurídico-constitucional que pressupõe a rigorosa observância das hierarquias normativas.
- ¹¹ Como consequência, alguns autores propugnam como aqui pela introdução de uma fundamentação colegiada. Cf., por exemplo, com referências à doutrina brasileira e estrangeira: Dimoulis e Lunardi, 2011: 108 e sua constatação dos problemas de incongruência derivados da falta de fundamentação conjunta no caso em comento, em: Dimoulis e Lunardi, 2013.
- ¹² Cf. a ótima sistematização dos argumentos utilizados pelos julgadores no presente caso apresentada por Dimoulis e Lunardi, 2013.
- ¹³ Na parte dispositiva da decisão (acórdão em sentido estrito), quanto ao mérito fixou-se o seguinte: “[...] por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, [...]”. (cf. STF-ADI 4.277-DF, p. 615).
- ¹⁴ Cf. STF, ADI 4.277-DF, p. 632-635.
- ¹⁵ A respeito, vide Martins, 2012: 30-33; 47-55 e Dimoulis e Martins, 2012: 49-51 e 110. O princípio da legalidade, assim como a igualdade formal perante a lei, também não traz consequências para o vínculo do próprio legislador às normas constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais.
- ¹⁶ A mal recepcionada teoria da eficácia horizontal dos direitos e, ultimamente, também dos deveres estatais de tutela contribui para esse mal-entendido jurídico-dogmático, sendo que o resultado é um processo de constitucionalização de todo o ordenamento jurídico e

consequente enfraquecimento da força normativa da Constituição, que, em primeira linha, é Constituição do Estado e não da sociedade, em favor de seu caráter simbólico. Sobre os fundamentos teóricos do argumento: Martins, 2012: 9 e 28–43. Sobre as principais repercussões jurídico-dogmáticas, cf. Dimoulis e Martins, 2012: 90–108 e, novamente, Martins, 2012: 89–119. Com pressupostos teóricos diferentes dos daqui, mas perpetrando uma análise do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, vide em geral: Silva, 2005. Sobre o entendimento brasileiro da teoria da eficácia horizontal cf., por todos: Sarmento, 2004: 279–289 e a tão apertada quanto clara síntese do debate de Novelino, 2012: 403–405.

¹⁷ Cf. a mesma constatação de Dimoulis e Lunardi, 2013.

¹⁸ A situação da inconstitucionalidade seria politicamente improvável, dada a maioria qualificada da EC comparada à maioria simples necessária para adaptação de toda legislação infraconstitucional, a não ser em um cenário de morosidade legislativa e troca de legislatura ou ainda de inconsistências político-partidárias.

¹⁹ Crítica esposada há anos e fundamentada pelo autor do presente em diversas publicações. Cf., por exemplo, ultimamente Martins, 2011: 100 s., Martins, 2012: 240 s. e 304; e Martins, 2013.

²⁰ O uso exagerado da referida fórmula na jurisprudência parece ser reflexo de uma concepção judicial que não se entende vinculada à ordem constitucional vigente, pois toda vez que textos normativos não lhe convêm, o STF traz a fórmula de maneira puramente retórica, uma vez que não ocorre um debate entre as diversas interpretações possíveis da norma objeto do controle normativo e uma fundamentação da escolha da interpretação mais compatível com o parâmetro constitucional. Agrava esse quadro a aplicação da tese de mutação de normas constitucionais, i.e., tornando não somente os efeitos da coisa julgada, como também as normas objeto e parâmetro do controle, mitigáveis. Exemplo mais contundente disso foi a interpretação de uma norma de outorga de competência (!) do art. 52, X, da CF, que, por excelência, não contém nenhum conceito aberto que fosse passível de sofrer mutação histórica em sua compreensão, na decisão do STF sobre a Reclamação 4335, cujos principais excertos, seguidos de uma precisa discussão, podem ser encontrados em Dimoulis e Lunardi, 2011: 281–296.

²¹ Na decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão a respeito da constitucionalidade de lei ordinária, que criou o instituto paralelo ao casamento da união registrada homossexual (cf. BVerfGE 105, 313 *et seq.* e a apresentação do sumário da sua estrutura no anexo abaixo), partindo-se da combinação dos sexos (não) correspondente ao conceito constitucional de casamento e não dos sexos dos candidatos ao casamento, muito menos da orientação sexual de cada um deles, firmou-se esse entendimento que, *prima vista*, pode causar estranhamento na leiga opinião pública. Salvo exceções, na dogmática jurídico-constitucional alemã não se enxerga um problema de correspondência entre a livre configuração de um instituto jurídico pelo legislador e um tratamento desigual a ser constitucionalmente justificado. Os parâmetros dos direitos fundamentais à igualdade (todos no art. 3 GG) foram trazidos à pauta em razão de o novo instituto da união registrada de pessoas do mesmo sexo não ser estendido aos heterossexuais que poderiam se valer, como sempre, do tradicional instituto do casamento (cf. BVerfGE 105, 313 [351–353] e, no anexo, ponto B II. 2.) Cf. entre muitos: Heuer, 2004: 482; Gröschner, 2004: 774–778; Jarass e Pieroth, 2011: 239–242; Manssen, 2012: 122 e 127; Papier e Krönke, 2012: 145; Schmidt, 2010: 231 s.; Schroeder, 2011: 128; Epping, 2012: 229; Ipsen, 2012: 98; Fisahn e Kutscha, 2011: 89; Degenhart, 2012: 130; Pieper, 2012: 159 s. e Pieroth e Schlink, 2012: 168 s. Com certo distanciamento crítico e sob influência da jurisprudência comunitária europeia, mas ainda assim sem se despedir da dogmática: Michael e Morlok, 2010: 146–147.

²² O passo jurídico-dogmático seguinte seria investigar em que medida se atualiza o vínculo

do legislador ao direito fundamental como garantia institucional, pois “que o legislador precise configurar um direito fundamental não pode significar que ele possa [livremente] dispor sobre ele” (Pieroth e Schlink, 2012: 56). Cf. BVerfGE 105, 313 (344-346); e abaixo, anexo, B.II.1.b), além da ampla discussão na literatura jurídica especializada, como em Gröschner, 2004: 768-772; a sucinta análise, mas dogmaticamente muito bem feita e instruída com muitas fontes de Jarass e Pieroth, 2011: 238-241; além das referências trazidas na nota anterior. Como também aludido na nota anterior, em parte defendendo opinião um pouco dissidente, mediante referências ao direito comunitário europeu para o caso específico da igualdade geral e alegando “proximidade funcional” entre família e vida privada: Michael e Morlok, 2010: 146-148. Mas mesmo tal dupla de autores mais simpáticos àquela, sob ponto de vista dogmático, menos rigorosa jurisprudência europeia não abandonam o entendimento do casamento como direito fundamental de caráter também institucional com suas consequências ora apresentadas.

- ²³ Razões jurídicas para uma discriminação positiva no sentido das ações afirmativas sequer em tese podem ser vislumbradas no caso e tal discriminação positiva nem corresponde ao desiderato político insito à questão: mais um motivo a corroborar o *nonsense* jurídico da argumentação em torno de uma suposta omissão legislativa inconstitucional.
- ²⁴ Cf. BVerfGE 105, 313 (351 s.) e, abaixo, no anexo: B.II.2.a). Cf. sobre a dogmática específica dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade do art. 5º, *caput*, da CF: Martins, 2012: 44-62.
- ²⁵ Todas as demais condições estabelecidas pelo legislador civil, por mais questionáveis, obsoletas, conservadoras etc. que sejam, atingem de igual forma todos aqueles que queiram se casar sem aceção de pessoas, o que revela a peculiaridade de direitos fundamentais institucionais em relação a direitos de cunho comportamental. Fosse a orientação sexual de fato o *discrimen*, esse poderia ser estendido *ad absurdum*, tornando impossível qualquer configuração legislativa do instituto. A vedação de bigamia ou poligamia, os limites de idade, o casamento com animais ou com coisas, tudo teria que ser medido com base no suposto parâmetro da igualdade.
- ²⁶ Pieroth e Schlink, 2012: 167.
- ²⁷ Cf. com amplas referências: Gröschner, 2004: 772-779.
- ²⁸ Embora não esteja em seu *locus* sistemático apropriado, o do rol dos direitos fundamentais do art. 5º ao art. 17 da CF, todo o art. 226 da CF pertinente ao capítulo da família e ao título “da ordem social”, contém, devido ao seu teor, posições jurídicas decorrentes de norma jusfundamental. No constitucionalismo alemão, chamam-se tais direitos fundamentais esparsos de direitos iguais a direitos fundamentais (*grundrechtsgleiche Rechte*). Cf., por exemplo, Pieroth e Schlink, 2012: 18.
- ²⁹ Cf. Pieroth e Schlink, 2012: 55 s.: “No caso deles [direitos cujas áreas de proteção são cunhadas normativamente], o indivíduo ainda não é apto ao exercício de direito fundamental só mediante sua natureza [individual] e também não mediante sua natureza sociável, mas somente por intermédio do ordenamento jurídico. Exemplos: viver (art. 2, II 1 GG) e fixar residência aqui ou acolá (art. 11, I GG), isso faz parte da natureza do indivíduo; intercambiar opiniões (art. 5, I, 1 GG) e se reunir (art. 8, I GG), isso faz parte de sua sociabilidade natural. Pelo contrário, apenas o ordenamento jurídico faz de qualquer vida conjunta de mulher e homem um casamento (art. 6, I GG) e de, qualquer ter, uma propriedade (art. 14 I GG).” Cf., no vernáculo, a recepção do conceito em Dimoulis e Martins, 2012: 145 s.
- ³⁰ Segundo o qual é o Estado quem deve justificar sua atuação interventora em direitos e não os particulares o seu exercício. Cf. Martins, 2012: 29, com referência ao mentor do princípio, Carl Schmitt.
- ³¹ Cf., por exemplo, por todos, somente: Jarass e Pieroth, 2011: 249.

- ³² Cf. Martins, 2012: 57-59 e sobre a relevância jurídico-dogmática dos conceitos de área de regulamentação X área de proteção para os direitos de liberdade: Dimoulis e Martins, 2012: 127-131.
- ³³ Trata-se, tendo em vista entendermos a R.F.B. como um Estado democrático e constitucional de direito, de um tabu tão óbvio que o Estado não deve se imiscuir, excluindo-se o dever de proteção em face da problemática da violência doméstica, que as muitas páginas dos votos na decisão do STF dedicadas à verificação do óbvio só servem para se desviar do foco, ou melhor, no caso para revelar uma incompreensão por parte dos julgadores a respeito do objeto de sua decisão.
- ³⁴ Ressalva apresentada com muita propriedade por Dimoulis e Lunardi, 2013: “Os ministros utilizam a interpretação sistemática para introduzir, no raciocínio, fundamentos constitucionais diversos do art. 226 § 3º, buscando justificar a decisão de interpretação conforme a constituição. Observe-se que esse método deveria ter levado à declaração de inconstitucionalidade do próprio texto constitucional, como conclusão lógica da prevalência de certos princípios sobre normas taxativas. Mas o Supremo Tribunal Federal não [o] fez [...], preferindo a incoerência”. Não se pode também, em razão do teor exclusivo do dispositivo, falar em cooperação ou fortalecimento de tutela segundo a técnica da aplicação sistemática (art. 1 III c.c. art. art. 226, § 3º da CF). Porém, essa aplicação poderia se dar em face do elemento funcional da socialização implícito, como mencionado no texto no conceito de família, com notórias implicações para o legislador no campo da adoção, por exemplo. Cf. o resultado bastante palpável dessa premissa na recente decisão do TCF alemão, publicada em 19/02/2013: BVerfG, 1 BvL 1/11 – *Sukzessivadoption innerhalb der Lebenspartnerschaft* (“adoção sucessiva dentro da união registrada [entre pessoas do mesmo sexo]”) e sua breve apresentação abaixo no texto e na nota 41.
- ³⁵ Segundo a fundamentação de um dos votos: “Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da *dignidade da pessoa humana*. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano” (grifos no original, cf. STF-ADI 4.277-DF, p. 674-675, Min. Luiz Fux). Apesar da aludida “ordem das ideias” não ter restado clara, quem ousaria discordar de tal argumentação em torno do precípua princípio que deve reger a R.F.B.? E que escrita fácil e linguagem “escorreita”, diria Machado de Assis! Uma pena que não se trata de literatura como espécie das Belas Artes (“beletrismo”) ou de qualquer outra ciência humana, mas de uma decisão judicial em âmbito de controle normativo de constitucionalidade com suas importantes consequências. No mesmo voto (*cit.*, p. 661-663) aparecem várias referências sucessivas, sem concatenação lógico-dogmática, entre as figuras trazidas à pauta, algumas delas como a dogmática dos deveres estatais de proteção com menção explícita ao conceito original em alemão das “(staatlichen) Schutzpflichten” e da doutrina pátria e estrangeira que a recepcionaram. Ocorre que a referida, assim como tantas outras figuras importadas, estão descontextualizadas, não sendo aplicáveis ao caso (a respeito vide Dimoulis e Martins, 2012: 114-122 e Sarlet *et al.*, 2012: 297). De resto, teria, como consequência dogmática, a obrigação legislativa de agir para proteger uma posição jusfundamental de caráter natural e não normativo (vida e saúde principalmente) em face de ameaças provenientes de particulares (nesse ponto, correta a identificação do campo de atuação em Mendes *et al.*, 2008: 267). Ainda que se admita, como quer a opinião pátria dominante, e a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o vínculo direto dos particulares aos direitos fundamentais, tese à qual aparentemente se filia na fundamentação do voto (na verdade há de se apartar dever de proteção e vínculo de particulares, jogados no mesmo balaio pelo voto comentado), o

que teria a ver o vínculo dos particulares com um suposto direito a um estatuto jurídico igualitário? E em que relação isto estaria com a inversão da regra de solução de antinomia da especificidade? Tais despropósitos ocorreram frequentemente nesse e em outros votos que sustentaram o acórdão. É o que acontece quando juízes objetivam persuadir e não decidir com base em parâmetros jurídicos. Tais especulações passam totalmente ao largo do problema da interpretação sistemática do art. 3º com o art. 226, §3º da CF.

³⁶ Sobre a figura, vide, por todos: Dreier, 2004: 81.

³⁷ Primeiro, incide sobre o direito de família configurado infraconstitucionalmente pelo legislador civil com menor frequência a norma do art. 2, I GG; muitas vezes na combinação “art. 2, I c.c. art. 1 I GG” (livre desenvolvimento da personalidade combinado com a ordem de observância e proteção da dignidade da pessoa humana). Com bem mais frequência, o TCF reconheceu a incidência ou tomada de influência na interpretação das normas civis (*Ausstrahlungswirkung*) do art. 3, I; art. 3, II e art. 3, III GG (igualdade geral e igualdades especiais – vedação de discriminações) e, por fim, também o próprio art. 6 GG (proteção do casamento, família, educação dos filhos etc.).

³⁸ Cf. as referências e discussão de tais decisões em Martins, 2011: 455 *et seq.*

³⁹ Cf. BVerfGE 124, 199: “1. O tratamento desigual do casamento [em relação à] união registrada [de pessoas do mesmo sexo] no campo da pensão de sucessores para empregados do serviço público [...] é incompatível com o art. 3, I GG. 2. Se o privilégio ao casamento implicar uma desvantagem de outras formas de vida [conjugais], embora estas sejam comparáveis tendo em vista a matéria da vida social regulamentada e os objetivos do casamento perseguidos pela atividade legislativa [em comento], não se justifica tal diferenciação com a mera menção ao mandamento de proteção do casamento no sentido do art. 6, I GG”.

⁴⁰ A *Transsexuellengesetz* (TSG), epíteto sintético da “lei sobre a alteração do prenome e a declaração da pertinência de gênero em casos especiais” entrou em vigor no dia 17 de setembro de 1980. Partindo do estágio científico do final da década de 1970, a lei previa duas soluções de alteração de registro civil para as pessoas que não se identificam no seu respectivo sexo biológico de nascimento: a mudança do prenome ou, além dessa, também mudança da definição do gênero. Com a promulgação, em 2001, da aqui mais comentada LPartG, a lei para união registrada de pessoas do mesmo sexo, suscitaram-se vários questionamentos, inclusive quanto a possibilidade de transexuais se casarem ou de se registrar uma união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que há casos de transexuais de orientação homossexual, isto é, que após a mudança do registro do gênero para o qual se exigia a intervenção cirúrgica e o requisito da “esterilidade permanente” inclinou-se à preferência homossexual (que seria heterossexual não fosse a mudança civil do gênero). Entre outros, a necessidade de operação de mudança de sexo foi julgada inconstitucional em face do art. 2, I c.c. 1, I GG pela decisão de janeiro de 2011 a ser em seguida comentada, de tal sorte que hoje a situação é de respeito ao “sexo sentido” (expressão de *Heribert Prantl*, ex-juiz de direito e um dos maiores jornalistas alemães da atualidade. Disponível em: <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-kippt-transsexuellengesetz-das-gefuehlte-geschlecht-1.1052344>). Acesso em: 05/05/2013 pelo titular dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado a partir de critérios definidos pelo legislador checar em suma tão somente a consistência da decisão.

⁴¹ Cf. na ordem cronológica: BVerfGE 115, 1- *Transsexuelle III* (27/05/2008); BVerfGE 116, 243- *Transsexuelle IV* (27/05/2008); BVerfGE 121, 175- *Transsexuelle V* (27/05/2008); e BVerfGE 128, 109 – *Lebenspartnerschaft von Transsexuellen* (11.01.2011). Na primeira decisão, o objeto foi o § 7, I n. 3 TSG, a partir de uma proposta de controle concreto do Tribunal Estadual de *Itzehoe*, julgado incompatível com o art. 2 I c.c. art. 1 I GG. Na segunda decisão, o objeto foi o § 1, n. 1 TSG a partir de duas propostas de controle concreto dos Tribunais Superiores Estaduais de Oberbayern e

Frankfurt am Main julgado incompatível com o art. 3 I c.c. art. 2 I e 1 I GG. Na terceira decisão, o objeto foi o § 8 I, n. 2, a partir de uma proposta de controle concreto de um juiz monocrático do fórum de Schöneberg (Berlim) julgado incompatível com os art. 2 I c.c. 1 I G e art. 6, I GG. Na quarta decisão, o objeto foi o § 8, I, n.3 4 a partir de uma reclamação constitucional julgado incompatível com o art. 2 I c.c. art. 1 I GG.

⁴² Cf. BVerfG, 1 BvL 1/11, *Sukzessivadoption innerhalb der Lebenspartnerschaft*, de 19/02/2013, Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/l1s20130219_1bv100011.html>. Acesso em: 07/03/2013.

⁴³ Representação Judicial do Tribunal Superior hanseático (de Hamburg) de 22 de dezembro de 2010, atendidas as condições processuais da prejudicialidade em face da decisão da lide e da convicção do tribunal da inconstitucionalidade do § 9, VII LPartG em face do art. 3, I GG (sobre tais condições processuais, v. Martins, 2011: 22-26).

⁴⁴ Ajuizada por uma mulher (“Dra. K.-W.”) imediatamente contra três decisões das instâncias ordinárias e, mediamente, também contra o § 9, VII LPartG (cf. sobre essa duplicidade de objetos: Martins, 2011: 35 s.).

⁴⁵ Mais uma consequência da diferença entre liberdades “naturais”, isto é, constituídas juridicamente, mas de conteúdo comportamental, e os direitos fundamentais institucionais, pois somente as primeiras são oponíveis contra o legislador e demais funções estatais sem intermediação legislativa ordinária.

⁴⁶ Para parafrasear a expressão muito feliz de Dimoulis e Lunardi, 2013.

⁴⁷ Já que a demonstração de erudição (livresca) parece ser tão cara aos julgadores brasileiros, uma pesquisa em âmbito da história das ideias teria revelado resultados interessantes: a leitura dos comentários ao histórico do conceito de casamento do art. 6, I GG de Gröschner, 2004: 757-760 e 775 revela seu “cerne histórico-institucional”. Segundo ele, “a proteção institucional da possibilidade de reprodução do casamento é totalmente independente de circunstâncias, capacidades e orientações. Por isso, ela não pode ser ligada ao descrédito da homossexualidade. Sabidamente, esse descrédito era estranho à Antiguidade grega. Não obstante, o *oikos* foi lá submetido à especial proteção da *polis* justamente em razão de sua função reprodutiva. Essa tradição histórico-institucional que demonstrou ser em seu cerne religiosa e ideologicamente neutra é o que dá legitimidade constitucional ao art. 6, I GG” (*op. cit.*, p. 775). Isso porque apesar da visão comesinha aristotélica do *oikos* como *oikonomia*, esta em si não se revelou como o critério para a proteção da família e do casamento. À exceção de Esparta, a proteção da comunidade de vida do *oikos* só gozava da proteção da *polis*, “porque ela era responsável por sua perpetuação e bom estado por intermédio da fecundação e educação dos descendentes” (*op. cit.*, p. 757 s.). Tratava-se, portanto, antes de política *demográfica* do que de política *econômica*.

⁴⁸ Entre outras razões, por isso que trazer à pauta o parâmetro do direito à vida privada do art. 5º, X, da CF é incompreensível, pois não se trata em absoluto da proteção da sexualidade, como exercício de autonomia enquanto autoconservação (direito à “esfera íntima”) em face de intromissões estatais. A respeito: Martins, 2012: 49 s. e Pieroth e Schlink, 2012: 91-93.

⁴⁹ Sobre a estrutura em geral de decisões do TCF alemão cf. Martins, 2011: 79-94.

⁵⁰ Abreviações respectivamente de *Lebenspartnerschaftsgesetz* (literalmente: lei de sociedade vital) e *Lebenspartnerschaftsdiskriminierungsbeendigungsgesetz* (literalmente: lei de resolução da discriminação da sociedade vital). São duas alcunhas dadas pelo legislador e literatura político-legislativa à lei. A percepção política de que a lei visa a combater uma discriminação não tem, como se verá na estrutura, respaldo na dogmática do direito fundamental à igualdade geral (art. 3 I) ou à igualdade de gênero (art. 3, II GG), muito menos à igualdade em face de discriminações específicas (art. 3, III GG). Cf. abaixo ponto B.II.2 (parâmetro dos direitos

fundamentais à igualdade do art. 3 GG, subdividido em: igualdade geral, no primeiro parágrafo, de gênero e mandamento de fomento da mulher para equiparação, no segundo parágrafo, e proibição de discriminações, também em razão de gênero - ao lado de outras discriminações não pertinentes ao caso -, no terceiro parágrafo), após o exame exaustivo em face do art. 6, I GG (ordem de proteção estatal especial ao casamento e à família, nos seus efeitos de direito de resistência, garantia institucional e decisão axiológica do constituinte).

⁵¹ Abreviação de *Bundestagsdrucksachen*, a coletânea oficial dos protocolos e materiais legislativos produzidos nas sessões do *Bundestag*, a Câmara Federal, 11ª. legislatura (desde 1949), p. 197. As *BTDrucks.* são encontradas em qualquer biblioteca jurídica, sendo comumente consultadas no bojo de pesquisas jurídico-científicas e da interpretação de normas vigentes, constituindo-se em relevantes fontes.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Degenhardt, Christoph (2012).** *Klausurenkurs im Staatsrecht II: mit Bezügen zum Europarecht. Ein Fall- und Repetitionsbuch für Examenskandidaten.* Hühig Jeh: Müller.
- Dimoulis, Dimitri/Lunardi, Soraya (2011).** *Curso de processo constitucional.* São Paulo: Atlas.
- Dimoulis, Dimitri/Martins, Leonardo (2012).** *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Atlas.
- Dreier, Horst. “Vorbemerkung zum Art. 1 III GG” (2004).** In: Horst Dreier (org.), *Grundgesetz. Kommentar.* vol. 1 (Art. 1 – 19). Tübingen: Mohr Siebeck, p. 39-138.
- Epping, Volker (2012).** *Grundrechte.* Berlin: Springer.
- Ipsen, Jörn. (2012).** *Staatsrecht II: Grundrechte.* München: Vahlen.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (2011).** *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar.* München: Beck.
- Manssen, Gerrit (2012).** *Staatsrecht II: Grundrechte.* München: Beck.
- Martins, Leonardo**
(2013). “ADPF 187/DF: ‘marcha da maconha’”. In: Robério Anjos (org.), *no prelo.*
(2012). *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.* São Paulo: Atlas.
(2011a). *Direito processual constitucional alemão.* São Paulo: Atlas.
(2011b). “60 anos da promulgação da Grundgesetz alemã e proteção comunitária europeia dos direitos humanos: uma relação de complementaridade”. In: Daury Cesar Fabriz et al. *O tempo e os direitos humanos.* Rio de Janeiro-RJ e Vitória-ES: Lumen Juris / Acesso, p. 455 – 479.
- Mendes, Gilmar Ferreira et al (2008).** *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva.
- Michael, Lothar/ Morlok, Martin (2010).** *Grundrechte.* Baden-Baden: Nomos.
- Novelino, Marcelo (2012).** *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.
- Papier, Hans-Jürgen/Krönke, Christoph (2012).** *Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte.* Heidelberg et al.: C. F. Müller.
- Pieper, Hans-Gerd (2012).** *Grundrechte.* Münster: Alpmann und Schmidt.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (2012).** *Grundrechte. Staatsrecht II.* Heidelberg: C. F. Müller.
- Sarlet, Ingo Wolfgang/Marinoni, Luiz Guilherme/Mitidiero, Daniel (2012).** *Curso de direito constitucional.* São Paulo: RT.
- Sarmento, Daniel (2004).** *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan (2010).** *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen.* München: Beck.
- Schmidt, Rolf (2010).** *Grundrechte (sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde): Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur im Öffentlichen Recht.* Grasberg bei Bremen: R. Schmidt.
- Schroeder, Daniela (2011).** *Grundrechte.* Heidelberg et al.: Müller.
- Silva, Virgílio Afonso da (2005).** *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros.

**O CASO DA ADPF 132: DEFENDER O TEXTO DA
CONSTITUIÇÃO É UMA ATITUDE POSITIVISTA
(OU “ORIGINALISTA”)?**

// THE CASE ADPF 132: IS DEFENDING THE
CONSTITUTIONAL TEXT A POSITIVIST (OR
ORIGINALIST) ATTITUDE?

Lenio Luiz Streck

>> RESUMO // ABSTRACT

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado posturas interpretativas que extrapolam os limites constitucionais postos para a sua atividade. Os fundamentos adotados pela Corte para justificar tais posturas ainda se mantêm atrelados à superação do “positivismo”, à superação da razão (do legislador, considerado inerte) pela vontade (do julgador), onde o texto constitucional passa a depender dos juízos subjetivos dos Ministros e tem sua normatividade enfraquecida. O presente artigo pretende, então, demonstrar o que significa, realmente, o positivismo e porque tal viravolta realizada pela Corte não o supera, além de apresentar os efeitos colaterais do ativismo judicial do Supremo. // In the last years, the Brazilian Constitution has been taken by a theoretical line that admits and defends the need for judicial activism to solve political and social problems presented by everyday life. The last attempt was a constitutional lawsuit – known in Brazil as “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” ADPF n. 182 (Claim of Fundamental Principle Violation) – which purposes the judicial regulation marriage of same-sex persons. In this article it is problematized by demonstrating how such intent would express a serious democratic risk because it has become the judicial review in an everlasting constitutional power, although it is founded on good intentions.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Ativismo judicial; hermenêutica; Supremo Tribunal Federal; positivismo; uniões homoafetivas. // Judicial activism; hermeneutics; Brazilian Federal Supreme Court (STF); legal positivism; same-sex marriage.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). // Professor of University of Vale do Rio Sinos (UNISINOS). PhD in Law from UFSC.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar a discussão central que intitula o presente texto, cumpre, de forma sucinta, fazer uma reconstrução das ações constitucionais que firmaram o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito ao status jurídico das uniões homoafetivas.

O STF julgou conjuntamente¹ a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277² e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132³, que foram ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Ambas as ações tinham como objetivo o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

O Ministro-Relator Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal (CF) ao artigo 1.723⁴ do Código Civil, excluindo qualquer possibilidade de compreensão que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. Segue uma breve exposição dos principais fundamentos do acórdão objeto deste estudo.

O relator argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF, veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, assim, ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Sentenciou que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta para desigualação jurídica”⁵. Destarte, concluiu que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o supracitado artigo da Constituição e com um dos principais objetivos da Carta Magna, qual seja, a promoção do bem de todos.

Ademais, sustentou que o silêncio normativo da Constituição quanto às formas de uso dos órgãos sexuais não poderia ensejar uma compreensão restritiva. Citando Hans Kelsen e sua norma geral negativa, o ministro Ayres Britto declarou que aquilo que “não está juridicamente proibido ou obrigado, está juridicamente permitido (*idem*)”⁶. Desse modo, entende, sob o paradigma do constitucionalismo fraterno⁷ e em consonância com o pluralismo sócio-político-cultural tutelado pela Constituição brasileira, que a liberdade sexual deveria ser compreendida como direito fundamental, tendo em vista a autonomia da vontade, a privacidade e a intimidade, o direito à busca da felicidade, o direito a possuir uma família, entre outros. Acerca do conceito de família⁸, o relator defendeu que, longe de se ter um conteúdo ortodoxo, fechado, unívoco ou delimitado pela técnica jurídica, trata-se de uma categoria sócio-cultural e de um princípio espiritual. Dessa forma, diante da expressa proteção constitucional, a família deveria ser tutelada nas diversas formações e possibilidades encontradas no cotidiano. Nesse prisma, o direito deve tratar de modo isonômico as famílias, sejam essas heteroafetivas ou homoafetivas, avançando, assim, na seara dos costumes e contribuindo para a eliminação de preconceitos.

Em referência aos vocábulos homem/mulher⁹, presentes nas normas constitucionais atinentes ao tema, o ministro declarou que esses tinham

como função principal asseverar a horizontalidade dessas relações. Dito de outro modo, igualar, na família, o homem e a mulher, afastando-se da hierarquização do patriarcalismo presente na cultura brasileira. Ainda defendeu a inexistência de diferenciação terminológica entre “família” e “entidade familiar”, sendo os mesmos sinônimos perfeitos.

De um modo geral, todos os ministros acompanharam o entendimento do relator. Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso suscitaram uma divergência quanto à fundamentação do acórdão, pois entendiam que as uniões homoafetivas não se enquadravam nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Não obstante, as duas ações foram julgadas procedentes, sendo realizada uma “interpretação conforme a Constituição” do art. 1.723 do Código Civil, permitindo que as uniões contínuas, duradouras e públicas de casais homoafetivos sejam consideradas como uniões estáveis, enquanto família.

Importante esclarecer que a abordagem seguinte apresenta-se como uma crítica ao modo que o STF encontrou para juridicizar as relações homoafetivas em equiparação às uniões heteroafetivas, já que: a) colidem com disposição constitucional expressa; b) fragilizam a democracia brasileira e a separação dos poderes; e c) reforçam um pragmatism(o) judicial no qual a Constituição, como uma *tábula rasa*, apenas constitui os sentidos que os intérpretes lhe impõem discricionariamente. Ressalto que a análise tem como matriz a Crítica Hermenêutica do Direito e a dworkiniana posição de que “não importa o que o intérprete pensa a respeito de determinado assunto”. Isso é, pessoalmente, sou favorável a que as uniões homoafetivas tenham todos os direitos. Por vezes, a Constituição não diz tudo o que a gente quer... E, quando não diz, não é conveniente torcê-la.

2. A CRÍTICA AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O IMAGINÁRIO “ATIVISTA”

No Brasil, o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado de um modo *tábula rasa*.¹⁰ Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juizes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que o ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *New Deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.¹¹ As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um *sentimento constitucional* acerca desta problemática.

Já no Brasil, esse tema assume feições dramáticas. Basta lembrar, nesse sentido, que *ativismo judicial* aparece como um *princípio* no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao *ativismo judicial* como um “princípio norteador” (*sic*) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.

É nesse contexto que um bom exemplo do tipo simplificado/corriqueiro de *ativismo judicial* que permeia o imaginário dos juristas brasileiros pode ser extraído exatamente do julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, já delineada no início deste texto. Veja-se: a medida foi ajuizada em 2009 pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos reconhecidos às uniões entre heterossexuais.

A ação pretendia, inicialmente, que fosse reconhecida e colmatada a pretensa omissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos dos casais homossexuais, muito embora a própria Constituição, no seu art. 226, §3º, aponte para outra direção. Indeferida liminarmente, a petição foi reapresentada, desta vez buscando uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) do art. 1.723 do Código Civil¹², no sentido de oferecer proteção integral às uniões homoafetivas.

A perplexidade que surge deve-se à seguinte questão: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado *proteger a união entre o homem e a mulher*? A força normativa da Constituição implica ou não a obediência aos limites semânticos?

Onde estaria a omissão, *já que é um comando constitucional* que determina que a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher? Note-se: não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais. Caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Otto Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais. O mais incrível é que a referida ADPF também pretendeu anular as várias decisões que cumpriram literalmente o referido comando constitucional. Trata-se, pois, de um hiperativismo.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung*, que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de *ativismo judicial*. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre *ativismo* e *judicialização*: o primeiro, fragilizador da autonomia do

direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial).¹³ Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custearem tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!

3. LACUNAS NA CONSTITUIÇÃO?

De pronto, deveria ser desnecessário assinalar que não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (*sic*) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela”, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.

Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador. Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretendia fazer isso a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para elaborar legislação a respeito. Mas – permito-me dizer – é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais)*.

O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes” (lembro, aqui, a Recl. 4335-4/AC¹⁴, em que o STF, em decisão ainda não terminada, a pretexto de fazer “mutação constitucional” – *sic*, “eliminou” do texto constitucional o inciso X do art. 52).

A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmata-da”, com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido” (como se Kelsen pudesse ser lido de forma simplista desse modo). Fosse assim, inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões. Observemos: a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, “a”, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E, nem por isso, torna-se possível falar em ADI contra lei municipal em sede de STF. Os municípios poderiam alegar que a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais etc. Mas nada disso pode ser “colmataado” por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por

via legislativa a alteração do estado da arte). Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima “o que não é proibido é permitido”, que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese: não há um “lado b” da Constituição a ser “descoberto” axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) dependia de alteração legal-constitucional e não de uma atitude ativista do STF. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido via legislativo.¹⁵

4. BONS ATIVISMOS?

A ADPF 132, julgada procedente pelo STF, tem efeitos colaterais graves. Por duas razões, para dizer o mínimo:

a) explicitamente, porque há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da Valoração (*Wertungsjurisprudenz*), na medida em que se pretende criar uma “abertura de espaços jurídicos” para a criação de algo que depende da regulamentação do Poder Legislativo;

b) implicitamente, porque a argumentação da Procuradoria Geral da República leva à repristinação da ideia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais, na medida em que o próprio §3º do artigo 226 da Constituição Federal seria inconstitucional (*sic!*) ao declarar que a proteção do Estado se destina à união entre o homem e a mulher, contrariando assim princípios sensíveis da Constituição, como é o caso da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar. Ora, as experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de *ativismo judicial* não apontam para o “bem” ou para o “mal” das atividades desenvolvidas sob este signo.

Certamente, o que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norte-americano, como nos lembra Christopher Wolfe, em seu *The rise of modern Judicial Review*¹⁶, o ativismo judicial pôde nomear desde as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o *New Deal* de Roosevelt tentava operar na primeira metade do século 20, até as posturas tidas como progressistas ou liberais da *Corte de Warren* na década de 1960. Na Alemanha, como já afirmamos, a atividade do Tribunal Constitucional Federal também chegou a ser classificada por alguns autores como ativismo judicial, originando a corrente chamada *Jurisprudência dos Valores* (de se ressaltar que é exatamente a jurisprudência da valoração que será duramente

criticada por Habermas, que a enquadrará como uma postura do Poder Judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática).

Em todos esses casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?

Que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. O risco que exsurge desse tipo de ação – e, agora, da decisão do STF – é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de *ativismo judicial*. O Judiciário não pode substituir o Legislativo.

Explico. Em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin, em seu *A Virtude Soberana*¹⁷, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O judiciário pode intervir, e deve, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a esse poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade. Isso por um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, uma vez que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da “opinião” e da “vontade” daquele que julga a causa. Isto é, e se o STF decidisse o contrário? Estariam, os engajados politicamente na causa, conformes com isso? E o que poderiam fazer nesse caso? Apenas exercer pressão política, via movimento social, que exatamente deve(ria) ser utilizada como mecanismo para solucionar esse problema jurídico!

Se a questão é analisada por um juiz/ministro favorável aos movimentos das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão é no sentido da procedência; por outro lado, um ministro conservador e alheio a essa “mutação dos costumes” pode julgar improcedente o pedido.

E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer. A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada à cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional.

Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função, que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva

todos os segmentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão.

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia Jurisprudência dos Valores pelo Supremo Tribunal Federal (ou pelos demais tribunais da República). Basta notar que a ADI 4277 (inicialmente ADPF 178) foi distribuída por dependência a ADPF 132, que já havia sido ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. As razões de ambas estão fundadas em uma alegada violação de princípios constitucionais (lesão a direito) e nas frequentes denegações de direitos aos homossexuais. Tudo isso porque a união entre pessoas do mesmo sexo é uma “realidade fática inegável”, fruto do processo de “liberalização dos costumes”, já reconhecida em outros países, sendo que a ausência de tratamento “com mesmo respeito e consideração” em relação às uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes representa um “menosprezo à identidade e à dignidade” dos homossexuais. Trata-se da assunção de um sociologismo com roupagens jurídicas, mais do que argumentos que tratem de valores éticos e sua regulação jurídica. A ação menciona, ainda, a violação aos seguintes princípios constitucionais: 1) dignidade da pessoa humana, 2) igualdade, 3) vedação de discriminações odiosas, 4) liberdade e 5) proteção da segurança jurídica.

Não deixa de ser instigante o fato de se mencionar o princípio da segurança jurídica como argumento autorizador da medida ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Não houve, ao que parece, qualquer preocupação com a procedência da ação, que pode, no futuro, gerar uma instabilidade interpretativa no que se refere à força normativa do texto constitucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional. Ou isso somente é motivo de preocupação quando o “ativismo é ruim”? “Bons ativismos” são tolerados?

Em outras palavras, a segurança jurídica mostra-se ofendida não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas, sim, no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte” (*sic*) ou de uma “descoberta valorativa” (*sic*), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma “inconstitucionalidade da própria Constituição” (*sic*), o texto da Constituição, como se Poder Constituinte fosse, gerando um tipo de *mal-estar institucional gravíssimo*.

Importante salientar, ainda, que a própria utilização da ADPF como mecanismo apto a sanar a “omissão do legislador” é equivocada. Isso porque, em casos de omissão, o manejo adequado dos mecanismos de jurisdição constitucional aponta para a propositura de um Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal). Ora, o Mandado de Injunção é ação de efeitos concretos que manteria o equilíbrio institucional entre os poderes da República, ao passo que a ADPF, pela sistemática dos efeitos da decisão, faz que o Judiciário haja como se legislador fosse, criando, efetivamente, uma regra geral e abstrata. Sem contar que, nesse caso, a atuação do Judiciário não atingiria simplesmente a atuação

do legislador ordinário, mas provocaria um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o texto do §3º do art. 226. De todo modo, mesmo o *mandamus* injuntivo não teria espaço constitucional, pelo simples fato de que o texto constitucional aponta para o contrário da pretensão. Ou seja, não é possível superar o limite do texto: levemos o texto (constitucional) a sério.

E note-se que a questão do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo já vinha sendo discutida judicialmente, existindo decisões de primeira e segunda instâncias sobre o assunto. Também nesses casos houve um nítido excesso do Poder Judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição. Isso é um sintoma daquilo que aqui estamos chamando de “represtinação da Jurisprudência dos Valores”. Ora, a despeito do texto da Constituição propiciar um tecido normativo “fechado” demais, setores do direito pensam que é preciso “abrir” esse sentido da normatividade constitucional com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais. Princípios esses invocados a partir de uma espécie de “anemia significativa”, em que a grande revolução operada pelo neoconstitucionalismo — os princípios representam a inserção do mundo prático no direito — acaba por ser obnubilada por algo que se pode denominar pan-principiologismo¹⁸.

5. DISCRICIONARIEDADE VERSUS INTERPRETATIVISMO (ORIGINALISMO)?

Em *Verdade e Consenso e Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, faço, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, severas críticas ao poder discricionário dos juizes. Ataco, fundamentalmente, o positivismo jurídico, entendendo este a partir de seu ponto fulcral: a discricionariedade. Não vou me alongar nesse ponto neste espaço delimitado. Apenas quero registrar que positivismo não é apenas o exegético; há vários outros positivismos “pós-exegéticos”, que apostam em axiologismos e voluntarismos. Ou seja, para mim, é tão positivista o “juiz boca-da-lei” como o “juiz proprietário dos sentidos da lei”. Colocar um no lugar do outro não representa nenhum avanço na teoria do direito. Esse, aliás, parece ser o grande problema das diversas posturas neoconstitucionalistas.

Alguns críticos de meus trabalhos parecem que não entenderam o modo como combato a discricionariedade. É o caso de Eduardo Appio, que, em obra recente, apresenta críticas a pontos específicos de minha obra, catalogando-a – em título específico de seu trabalho – sob o rótulo de “interpretativismo hermenêutico de Lenio Streck”¹⁹. Appio utiliza-se desse argumento para criticar minha posição em relação à decisão do STF no caso da ADPF 132, objeto destas reflexões. De plano, um problema se apresenta. Parece-me claro que há uma articulação equivocada do conceito de *interpretativismo*.

Como é cediço, *interpretativistas* são as posturas teóricas que defendem uma interpretação *originalista* da Constituição. Na medida em que tais teorias surgem nos Estados Unidos, trata-se de um originalismo

com relação à Constituição norte-americana. Sendo mais claro, há uma disputa histórica entre os teóricos norte-americanos – pelo menos desde o clássico artigo de Thomas Grey, que, pela primeira vez, estabeleceu e classificou desse modo a diferença metodológica em relação à interpretação da Constituição²⁰ – sobre como deve ser encarada, metodicamente, a interpretação da Constituição. Segundo Grey, duas são as posições que se contrapõem: o *interpretativismo* e o *não interpretativismo*. O *interpretativismo* relaciona-se à postura originalista, em que os limites de liberdade de conformação do legislador devem se dar nos limites do texto escrito; ou seja, basta a grafia constitucional para que os limites ao processo político sejam determinados e instaurados. Já as posturas *não interpretativistas* postulam uma espécie de política constitucional, aproximando-se das ideias defendidas pelo realismo jurídico. Ora, por certo que, ao defender a possibilidade e a necessidade de respostas corretas em direito (ou, na fórmula que proponho: respostas adequadas constitucionalmente), não é possível ter-me como um *interpretativista* (originalista). Isso por um motivo simples: quando afirmo tal tese, tenho por pressuposto que a dicotomia *interpretacionismo/não interpretacionismo* está, há muito, superada, e que os problemas daí decorrentes já tenham sido sanados. Isso porque, quando, em *Law's Empire*, Dworkin enfrenta o agulhão semântico e o problema do pragmatismo, há uma inevitável superação das teses clássicas sobre a interpretação da Constituição Americana.

Ou seja, o problema da resposta correta não se resume à identificação da sentença judicial com o texto da lei ou da Constituição. Se pensássemos assim, estaríamos ainda presos aos dilemas das posturas semânticas. Quando se fala em resposta correta, há uma série de acontecimentos que atravessam o direito, que ultrapassam o mero problema da “literalidade do texto”.

Daí a confusão operada por Appio: para ele, quando assevero que os limites semânticos do texto devem ser respeitados, como no caso do problema envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, conclui de minha abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma²¹. Ainda no âmbito da série de equívocos e confusões feitas pelo autor no decorrer do texto, veja-se a afirmação no sentido de que a hermenêutica filosófica “não aponta um caminho a ser seguido, pois apenas recomenda que o intérprete deve deixar a interpretação fluir naturalmente”²², como se eu estivesse a propor uma modalidade de *laissez-faire* hermenêutico.

É preciso insistir: a hermenêutica por mim trabalhada é anti-relativista e antidiscricionária, o que significa dizer que o *sentido não está à disposição do intérprete* (o que é diferente de dizer que há uma “exegese de estrita literalidade”). Por fim, cabe anotar que, desde a primeira edição do meu *Súmulas no Direito Brasileiro*, anterior ao lançamento de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, já defendia uma explícita doutrina em sentido abissalmente diverso ao que agora é dito nessa estranha sinopse tipológica, o que me faz cogitar uma incontroversa má interpretação acerca do correspondente conteúdo dos meus textos, que nem mesmo o “deixar fluir” hermenêutico permitiria em tão notórios equívocos.

Por isso, é preciso evitar a seguinte confusão: quando assevero que os limites semânticos do texto devem ser respeitados (minimamente), como no caso do problema envolvendo a união de pessoas do mesmo sexo, não se pode concluir de minha abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma. Longe disso! É preciso insistir: dizer que o sentido não está à disposição do intérprete é diferente de dizer que há uma “exegese de estrita literalidade”.

Numa palavra: temos uma Constituição que é o Alfa e o Ômega da ordem jurídica democrática. Uma Constituição dirigente e compromissória. Viver em uma democracia tem seus custos. Nesse caso um custo básico: os pré-compromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determina (o Poder Constituinte derivado).

Se tudo o que não está previsto na Constituição pode ser “realizado” pelo Poder Judiciário, não precisaríamos sequer ter feito a Constituição: o Judiciário faria melhor (ou o Ministério Público!). A propósito: depois de ter vingado a tese da referida ADPF, há uma série de reivindicações que devem desde já ser encaminhadas ao Poder Judiciário (e que possuem amplo apoio popular...!). Preciso enumerá-las?

Propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, penso que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e para a formulação de leis. Afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveria nos ensinar o preço da regra contramajoritária. Ulisses no comando do seu barco sabia do perigo do canto das sereias...! Ah, os fatos sociais...; o velho positivismo fático. Ah, as maiorias... Mas, como saber a sua vontade, senão pela via do parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! E não nos queixemos depois do “excesso de judicialização” ou de “ativismos”...!

6. A HERMENÊUTICA, O PROTAGONISMO JUDICIAL E O POSITIVISMO JURÍDICO: O PROBLEMA DECORRENTE DA SUBSTITUIÇÃO DO JUIZ BOCA DA LEI PELO JUIZ DOS PRINCÍPIOS (OU OS PROBLEMAS DECORRENTES DO SALTO DA RAZÃO PARA A VONTADE)

Falar de “hermenêutica” é uma tarefa complexa. No senso comum (teórico dos juristas)²³ essa palavra sofre de uma verdadeira “anemia significativa”. Sobre ela se diz “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (para recuperar, aqui, um jargão que cunhei para enfrentar os relativismos próprios das teorias que se pretendem críticas e pós-positivistas).

Dizer que hermenêutica é a “arte de interpretar” ou que “hermenêutica é ciência da interpretação” não resolve nada. Do mesmo modo, dizer que a Constituição exige mecanismos (*sic*) ou métodos próprios para a sua interpretação é absolutamente temerário, além de não resistir a trinta segundos de uma discussão filosófica.

Na verdade, os estudos sobre a interpretação ganharam fôlego nos últimos anos em face do advento das Constituições do segundo pós-guerra. A

partir disso, surgiram as mais diversas concepções. De um lado, diz-se, no atacado, que “estamos na era dos princípios”, que “princípios são a positividade dos valores”, que os “princípios gerais do direito agora estão transformados em princípios constitucionais”, que os princípios são o modo de a moral corrigir o direito, que princípios são mandados de otimização, que “o método da ponderação” (*sic*) é o mais adequado para o enfrentamento da complexidade dos textos constitucionais e que a subsunção agora foi “substituída pela ponderação” (embora ela, a subsunção, ainda seja indispensável para os “casos fáceis” etc). É “o que se diz por aí”. Portanto, são incontáveis os equívocos que colonizam a teoria do direito nessa quadra da história.²⁴

Tão grave é essa problemática que, aos poucos, a regra da ponderação proposta por Alexy foi transformada em um “princípio” (*sic*). Para piorar a situação, a aludida “ponderação” é aplicada diretamente pelos “intérpretes”, colocando um “princípio (ou valor)” em cada prato da balança (*sic*), para, ao final, exsurgir o resultado: o valor (*sic*) que será preponderante. Muitos ainda falam em “ponderação de interesses” (como que a repristinar a *Interessenjurisprudenz* de Philipp Heck). Um princípio supera o outro... E, fruto de quê? A resposta é singela: fruto da discricionariedade (para dizer o menos) do intérprete “sopesador”. E o que foi o julgamento da ADPF 132, senão o exercício de um amplo poder discricionário (ou arbitrário)?

Outro problema advém da confusão feita acerca dos “métodos de interpretação”. Com efeito, por vezes, o jurista-escritor apega-se a Savigny, trazendo os tradicionais métodos gramatical, axiológico, teleológico, lógico-sistemático e histórico-evolutivo. Isso é feito sem qualquer juízo crítico acerca do papel exercido por esses métodos historicamente e sem qualquer observação acerca do que, de fato, ocorreu no século XIX na Alemanha, que lutava entre o historicismo e o pandectismo. Como se estivesse sob um véu de ignorância, o senso comum teórico ignora esse aspecto. Se os juristas soubessem disso, provavelmente não citariam Savigny. Ou, no mínimo, seriam honestos e contextualizariam a obra do mestre.

Outros autores “descobriram” (bem tardiamente) que o juiz não é mais a boca da lei (são os que fazem a dicotomia “positivismo-jusnaturalismo”, ou algo similar, conforme será demonstrado na sequência). Escuto muito em palestras – e leio em alguns livros – que, para esses autores “descobridores”, haveria dois tipos de juizes: o juiz-boca-da-lei e o juiz-dos-princípios. Aqui cabe o “mundo”, por assim dizer, uma vez que, no lugar desse juiz exegeta (positivista primitivo), a vulgata do “pós-positivismo” colocou o “juiz proprietário dos sentidos”, um juiz solipsista (*Selbstsüchtiger*). E por que isso acontece(u)? Porque o campo jurídico (no sentido de Bourdieu) ainda não deslindou devidamente a problemática denominada “o que é isto, o positivismo jurídico?”.

Para a maioria, falar de positivismo é lembrar o velho exegetismo, em que texto e norma são (eram) a mesma coisa, assim como vigência e validade. Por isso, a minha advertência: quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando.

Com efeito, de há muito, minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades²⁵ (ou decisionismos e protagonismos judiciais – enfim, há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado “normativista” porque o “juiz produz norma” e, na medida em que ele tem o poder de produzir normas, o que ele decide vale – eis o cerne do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito²⁶). Na verdade, a discricionariedade é característica de todo e qualquer positivismo.

Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei” etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas da pólvora”. Isso porque essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da Jurisprudência dos Valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), assim como os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual, pelo menos em *terrae brasiliis*, o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc.

Mesmo aqui, em considerações finais, essa questão merece ser melhor explicada: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

Nessa algaravia conceitual, alguns manuais chegam a apresentar a tese kelseniana de separação entre direito e moral na ciência do direito como o desligamento da moral com o direito, o que torna “aplicar a letra da lei” uma atitude positivista. Kelsen, deste modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito. Diz-se, assim, que, para ele, a lei deveria ser aplicada de forma literal (*sic*). De fato, não é raro de se ver, esse tipo de confusão. Não é raro ver também juristas autodenominados críticos (e pós-positivistas ou não positivistas), pregando a máxima kelseniana de que a “interpretação da lei é um ato de vontade”. Já nesse caso, sem saber, tais juristas assumem o “outro lado” kelseniano, isto é, o lado em que Kelsen diz que a interpretação é um ato de vontade, mas assim o diz, porque, para ele, o juiz não faz ciência, e, sim, política jurídica.

A partir disso, a confusão é interminável, chegando até aos debates no Supremo Tribunal Federal. Forma-se uma espécie de “estado de natureza da compreensão do direito”, em que cada um defende sua tese. Resultado: para “fugir” do formalismo exegetico (porque, no imaginário dos juristas, positivismo é sinônimo de exegetismo), parcela considerável da doutrina acaba optando pelo relativismo (filosófico), ou seja, ao confundirem a verdade com um conceito apodídico, dizem que “a verdade é sempre relativa”. É o pragmatism(o) conquistando as últimas trincheiras do direito. A decisão da ADPF 132 parece que se encaixa perfeitamente nesse

contexto. Basta ver algumas posições expressas pelos Ministros durante o julgamento:

Min. Gilmar Mendes: “A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o **sentido normativo original determinado pelo legislador**. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.”²⁷

Min. Luiz Fux: “De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. **A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.**”²⁸

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

Min. Ricardo Lewandowski: “É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera **bouche de la loi**, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.”²⁹

Min. Joaquim Barbosa: “E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. **Aí, sim, estará esta**

*Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.*³⁰

E veja-se como isso é sintomático. No Brasil, há vários autores que sustentam posições ditas “progressistas”, afirmando que o juiz é o canal pelo qual os valores sociais invadem o direito. O intrigante é que muitas dessas posições – e o Brasil é pródigo nesse tipo de produção – falam em pós-positivismo e chegam a citar Dworkin como sendo o autor que “elevou os princípios à condição de norma e, com isso, teria libertado os juizes das amarras da estrita legalidade”.

Ora, é cediço que Dworkin constrói sua tese exatamente para combater as mazelas do positivismo de Herbert Hart (que, por sinal, também pode ser enquadrado como um positivista normativista). O ponto central do combate de Dworkin diz respeito ao poder discricionário que Hart atribui aos juizes para solver aquilo que ele chamava de casos difíceis. Note-se: o autor, tido na unanimidade como um dos corifeus do chamado pós-positivismo, é um antidiscrecionário convicto (e, como corolário necessário, anti-relativista), muito embora certos setores da comunidade jurídica digam que Dworkin é jusnaturalista e que seu “Juiz Hércules” é um subjetivista.³¹ Como veremos, nada mais equivocado e injusto.

Portanto, parece óbvio dizer que, se alguém sustentar sua tese em Dworkin, terá o ônus de ser antidiscrecionário, a menos que reduza sua posição a um sincretismo metodológico ingênuo que permanece cego para as diferenças existentes. Aliás, esse sincretismo não é difícil de ser encontrado na doutrina brasileira, *v.g.* os que defendem ponderação em etapas, citando, para sustentar sua tese, por mais incrível que isso possa parecer, nada mais, nada menos do que o círculo hermenêutico gadameriano. Penso que isso é inaceitável. Isso seria algo como colocar o sujeito da modernidade no seio dos trabalhos aristotélicos. Ou, então, “juntar”, num mesmo balaio, as posições de Alexy e Dworkin; ou tentar fechar os *gaps* da teoria habermasiana com a ponderação de Alexy.

Qual é, afinal, o ponto fulcral da discussão? Tentarei explicar isso mais detalhadamente. No campo jurídico, na era das grandes Constituições, ninguém quer (mais) ser positivista (com exceção, é claro, de Ferrajoli, Peces-Barba e Prieto Sanchis, para referir os mais importantes). Todos se consideram pós-positivistas ou não positivistas. Ouve-se muito, em sala de aula, conferências e seminários, críticas ao positivismo. Quando alguém defende a aplicação de um determinado texto jurídico, logo é taxado de positivista. Defender a aplicação da “literalidade” de uma lei, por exemplo, passou a ser um pecado mortal. Mas fazer a defesa da “literalidade da lei” seria uma atitude positivista?

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada, num primeiro momento, no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. O positivismo era uma postura ideológica feita para sustentar aquilo que foi positivado pelo novo sujeito histórico: o legislador revolucionário. Positivismo quer dizer, então: uma teoria para assegurar o produto que,

de forma discricionária, o legislador colocou como o modo de manter o poder.

Essa primeira fase era o “legalismo”. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual, que se encontra na raiz da chamada Jurisprudência dos Conceitos).

No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direitos privados. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas sim em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Esse texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*.

A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. Aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).

A partir de então, a função de complementaridade do Direito Romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o *dado* positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”.

De algum modo, se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

Esse primeiro quadro, eu denomino de positivismo primevo ou positivismo exegetico (ou legalista). A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap³², poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso no qual

representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*. Aqui há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. Primeiramente, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 30 e 40 do século XX – e a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do Direito aparece, então, em primeiro plano.

É nesse ambiente, nas primeiras décadas do século XX, que aparece Hans Kelsen (cuja obra maior, a segunda versão da Teoria Pura do Direito, é publicada em 1960). Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela *Begriffjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos). Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobretudo, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito, por Kelsen, a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica³³.

Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista (veja-se que Habermas, mais tarde, vai construir a sua Teoria da Ação Comunicativa (TAC) como um modo de substituir essa razão prática). Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua obra *Teoria Pura do Direito* (TPD), Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. Trata-se de uma visão procedimental da aplicação do direito. Para Kelsen, o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito seria a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena (berço do neopositivismo lógico). Sem ele, é impossível compreender a complexidade da obra de Kelsen.

Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista e não de um exegetismo que já havia dado sinais de exaustão no início do século passado.

Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”...! Em definitivo: não dá para iniciar uma pesquisa sobre teoria do direito pensando que o positivismo exegético tem em Kelsen um defensor ou corifeu.

Serei mais claro. Desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do Círculo de Viena já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras. Isso nos leva a outra questão:

a) a assim denominada “literalidade da lei” é algo que está à disposição do intérprete?

b) se as palavras são polissêmicas, se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma “interpretação literal”?

A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos. Dizendo de outro modo, não podemos admitir que, ainda nesta quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal.

7. CONCLUSÃO

Quando firmo meu posicionamento em defesa da “legalidade constitucional” (ou de um direito democraticamente produzindo pelo Parlamento, enfim, por uma “integridade da legislação”, em última análise), tenho por superada a ideia de exegese (ou de exegetismo), como já demonstrado. Na verdade, com isso quero dizer que, no Constitucionalismo Contemporâneo, a atuação do Legislativo deve ser compreendida não mais em termos da prevalência de uma legalidade burguesa, mas, sim, de uma legalidade constitucional, na expressão de Elías Díaz. Ou seja, refiro-me ao fato de que saltamos de um *legalismo rasteiro*, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), *para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade*. Afinal, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática.³⁴

Assim, insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata

de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem.

Por isso, quando afirmo, por vezes, a “literalidade da lei”, não sufrago nenhuma postura originalista e tampouco exegética. Ora, a literalidade, com ou sem aspás, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, “natural” dos textos jurídicos. Além disso, não há textos sem contextos. O texto não (r)existe na sua “textitude”. Ele só “é” na sua norma. Mas essa norma tem limites. Muitos. E por quê? Pela simples razão de que não se pode atribuir qualquer norma a um texto ou, o que já se transformou em bordão que inventei há algum tempo, “*não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”. E é Gadamer quem diz: se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo³⁵.

Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático. Por mais justa e simpática que seja a causa. A questão é saber os limites das posturas ativistas. E se, de fato, existe o “bom ativismo”. E, mais do que isso, o problema é saber quem vai dizer o que é isto –“esse bom ativismo?”.

>> NOTAS

- ¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 de fevereiro, 2013.
- ² A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu-se, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011).
- ³ Na ADPF 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis previsto no artigo 1723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011).
- ⁴ CC, art.1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”
- ⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011.
- ⁶ *Verbis*, do voto: “A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice* (p. 614). Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (p.634). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresse, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a ‘preferência’ ou ‘orientação’ de cada qual das pessoas naturais (p.634-635)”.
- ⁷ *Verbis*, do voto: “Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela

imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural (p.632)”.

⁸ *Verbis*, do voto: “O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica (p.612-613)”.

⁹ *Verbis*, do voto: “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros (p.614)”.

¹⁰ Sugiro como leitura obrigatória no sentido de aprofundamento no tema do ativismo judicial, estudando suas origens, a equivocada importação do modelo ativista, os limites da jurisdição e a necessária distinção entre judicialização e ativismo: Tassinari, 2013; também o meu, em especial os capítulos 5 e 6: Streck, 2013.

¹¹ De acordo com Wolfe, 1994.

¹² Ver nota 4.

¹³ Anote-se que há uma parcela considerável de autores brasileiros preocupados com os problemas oriundos dessa equivocada recepção da ideia de ativismo judicial no Brasil. Podemos registrar, nesse sentido, em pesquisa sobre essa problemática: Lirio do Valle/Ribas Vieira, et al. (org), 2009.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 (AC). Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pendente de Julgamento.

¹⁵ Ainda nesse sentido, e para um aprofundamento da temática, ver: Streck/Oliveira/Barretto, 2010.

¹⁶ Wolfe, 1994.

¹⁷ Dworkin, 2005.

¹⁸ Streck, 2011.

¹⁹ Appio, 2009: 297-99.

²⁰ Grey, 1975:703.

²¹ Appio, 2009: 298.

²² Appio, 2009: 299.

²³ A expressão *sensu comum teórico* vem de Luis Alberto Warat, eminente professor argentino que desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de

“retaliações discursivas”, “justificações *ad hoc*” e “neosofismizações”, dado que o jurista, quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização. Fundamentalmente, ainda hoje – ou cada vez mais – a produção doutrinária que se relaciona àquilo que se pode denominar de dogmática jurídica continua caudatária das decisões tribunalícias, em que campos inteiros do saber são eliminados para remeter os homens a uma esfera simbólica altamente padronizada, instituída e capitalizada a favor do modo de semiotização dominante. Ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco. Contra esse tipo de “drible hermenêutico”, Warat construiu este conceito, que vem a ser a maneira pela qual a dogmática jurídica instrumentaliza tais questões. Cf. Warat, 1995.

- ²⁴ Para uma adequada leitura dos princípios, ver o livro: Tomaz de Oliveira, 2008. Nesta obra, o autor problematiza a questão dos princípios sob os aportes da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, afirmando sua normatividade e seu caráter deontológico. Sobre minha crítica ao pan-principiologismo, ver meu debate com Luigi Ferrajoli, em: Streck, 2012.
- ²⁵ Compreendo a discricionariedade de acordo com o que se pode depreender do positivismo *lato sensu*, referindo-se, portanto, à ideia do poder de *escolha* que possui o intérprete no julgamento de um caso. Considero a discricionariedade a principal característica do positivismo pós-exegético (especialmente as propostas de Kelsen e Hart). Claro que a discricionariedade também esteve presente no positivismo legalista (primitivo), na medida em que o legislador tinha total discricionariedade para elaborar a lei. Neste sentido, faço uso da noção de *discricionariedade em sentido forte*, trabalhada por Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*, na crítica ao positivismo de Herbert Hart. Em *terraebrasilis*, existe um infundável terreno onde o poder discricionário dos juizes é aplicado, mormente sob a perspectiva de defesa de maiores poderes ao juiz, objetivando superar o modelo de direito formal-exegético; ou como uma aposta no protagonismo judicial, em que o juiz julga com base em critérios não jurídicos, a partir de um ato de vontade (lembro que Kelsen sustenta que o ato do juiz é um ato de vontade), sendo a discricionariedade compreendida, portanto, como poder imanente à tarefa jurisdicional, diante das vagezas e ambiguidades dos textos normativos. É importante referir que, a partir de uma teoria da decisão – fundada na exigência de respostas corretas no direito – refuto integralmente o poder discricionário dos juizes.
- ²⁶ Kelsen, 2011.
- ²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 755.
- ²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 680.
- ²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 712.
- ³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 724.
- ³¹ Examinando a literatura que trata de autores como Dworkin no Brasil, tenho que os melhores

trabalhos são de Motta, 2012 e Meyer, 2008. Meyer – que foi orientando de Marcelo Cattoni, outro jusfilósofo expert em Dworkin e Habermas –, do mesmo modo que Motta, coloca as “coisas” no seu devido lugar. Além disso, ambos desmitificam as leituras equivocadas sobre Dworkin e fazem uma crítica contundente a Alexy. Cf. Cattoni de Oliveira, 2007.

³² Carnap, 1971.

³³ Para compreendermos bem essa questão, é preciso insistir em um ponto: há uma cisão em Kelsen entre direito e ciência do direito, o que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação.

³⁴ Díaz, 1995:16.

³⁵ Gadamer, 1998.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Appio, Eduardo (2009).** “Direitos das minorias”. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), p. 297-99.
- Carnap, Rudolf (1971).** *Studies in inductive logic and probability*, volume 1. Berkeley: University of California Press.
- Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade (2007).** *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Díaz, Elías (1995).** “Estado de Derecho y Derechos Humanos”. *Novos Estudos Jurídicos* 1/1 (Itajaí), p. 16.
- Dworkin, Ronald (2005).** *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Gadamer, Hans-Georg (1998).** *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes.
- Grey, Thomas C (1975).** “Do We Have an Unwritten Constitution?”. *Stanford Law Review* n 27, p. 703.
- Kelsen, Hans (2011).** *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Motta, Francisco José Borges (2012).** *Levando o Direito a Sério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Meyer, Emílio (2008).** *A Decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método.
- Streck, Lenio**
(2013). *Jurisdição Constitucional e Aplicação do Direito*. São Paulo: RT.
(2012). *Garantismo, Neoconstitucionalismo e Hermenêutica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
(2011a). *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva.
(2011b). *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
(1995). *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Tassinari, Clarissa (2013).** *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Tomaz de Oliveira, Rafael (2008).** *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Valle, Vanice Lirio do/Vieira, José Ribas (Org.) (2009).** *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá.
- Warat, Luis Alberto (1995).** *Introdução geral ao Direito*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Wolfe, Christopher (1994).** *The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. New York: Rowman&Littefield.

RESENHAS
// BOOK REVIEWS

BARROSO, LUÍS ROBERTO (2013).
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO
DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO:
A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL.
BELO HORIZONTE: FÓRUM.

// BARROSO, LUÍS ROBERTO (2013).
[*THE DIGNITY OF THE HUMAN BEING IN*
CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW: THE
CONSTRUCTION OF A LEGAL CONCEPT UNDER
THE LIGHT OF THE WORLD'S JURISPRUDENCE].
BELO HORIZONTE: FÓRUM.

Gilberto Guerra Pedrosa

>> **SOBRE O AUTOR** // ABOUT THE AUTHOR

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. // Master Candidate in Law at Universidade de Brasília.

Trata-se do livro de Luis Roberto Barroso, baseado no artigo “*Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*”, desenvolvido pelo autor no período em que esteve na Universidade de Harvard como *visiting scholar*, no ano de 2011.

Em um contexto jurídico cada vez mais globalizado, “*a dignidade humana seria uma das ideias centrais desse cenário*” (p. 12). Entretanto, essa ideia não estaria muito bem delimitada no discurso jurídico atual, geralmente refém dos sofismas que usufruem de seu caráter amórfico. Tal problema reflete na proposição central do trabalho: estruturar um conceito jurídico de dignidade humana, pressupondo que o mesmo mostra-se potencialmente valioso na resolução de controvérsias em questões moralmente complexas no âmbito constitucional. Para tanto, o autor percorre três objetivos principais: demonstrar a importância da dignidade humana na jurisprudência nacional, internacional e no “*discurso transnacional*”¹; investigar a natureza jurídica da dignidade humana (valor/direito fundamental/princípio), delimitando-a em um conteúdo mínimo; e demonstrar a utilidade do conteúdo mínimo desse conceito.

De início, o autor traça uma narrativa sob diversas perspectivas da origem e evolução do conceito de dignidade humana, delimitando duas representações distintas: uma antiga, da Roma antiga até o século XVIII cujo “*primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta*”; e uma contemporânea, em que “*se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo*” (p. 14), referindo-se às contribuições da tradição judaico-cristã, do iluminismo e do pós-segunda guerra. Justamente, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana é incorporada ao discurso político e jurídico.

Alguns fatores contribuíram para a difusão no discurso jurídico: a textualização da dignidade humana em tratados, documentos internacionais e constituições nacionais; e a “*ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra*.” (p. 19). Barroso traça um informativo da presença do conceito jurídico em vários textos constitucionais, jurisprudências de tribunais constitucionais, além de documentos e tratados internacionais. Isso possibilitou que fenômenos institucionais e discursivos contribuíssem para a difusão e homogeneização do significado jurídico da dignidade humana. Nesse sentido, o autor aponta a “*transposição jurídica*”² e o denominado “*discurso transnacional*”. Democracias recentes (Grécia, Portugal, Espanha, Brasil, Chile, Argentina) tomam, como modelo próprio, desenhos institucionais de democracias mais sedimentadas (Estados Unidos e Alemanha), afirma Barroso, influência também percebida no constante diálogo entre tribunais constitucionais e cortes supremas observado em citações mútuas, conferências de intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos transnacionais, por exemplo, a Comissão de Veneza (p. 34).

Antes de identificar um enunciado mínimo à dignidade humana, Barroso discorre sobre a natureza jurídica desse conceito. Algumas

dificuldades tornam-se evidentes pelas múltiplas influências ao conceito de dignidade humana provenientes da religião, da filosofia, da política e do direito. A ascensão desse conceito no direito estaria relacionada a uma mudança do pensamento jurídico distanciada do pensamento formalista e aproximado de uma perspectiva pós-positivista. Nesse contexto, o autor descreve por consensual a ideia de que a dignidade humana caracteriza-se como valor fundamental implícito nas democracias constitucionais, adentrando no âmbito jurídico sob a forma de “*princípio jurídico de status constitucional*” (p. 64), cujas funcionalidades vão desde fonte de direitos e deveres, a norteador interpretativo e até critério de nulidade (p. 66). Tais funcionalidades estão intimamente relacionadas ao modo como o autor esquematicamente descreve os princípios constitucionais, com dois círculos concêntricos. No círculo interno, próximo ao centro, estaria o “*conteúdo essencial do princípio*” (p. 65), funcionando como fonte de direitos e deveres. Assim, exercido enquanto tal, o princípio da dignidade humana atua como mecanismo de inclusão de direitos não expressamente textualizados em uma determinada ordem jurídica. No círculo externo, como norteador interpretativo, o princípio da dignidade humana atuaria como ponte de comunicação do núcleo essencial de direitos fundamentais, igualdade, liberdade, direito ao voto e o próprio conteúdo essencial da dignidade humana, informando a interpretação correta e auxiliando na definição do sentido de tais direitos fundamentais nos casos concretos. Desse modo, na presença de ambiguidades ou lacunas no ordenamento, ou colisões entre direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana “*pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução*”, e em casos de disposições conflitantes ao princípio da dignidade humana, “*qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula*” (p. 66).

Finalmente, o autor oferece um enunciado mínimo de dignidade humana, um conceito a fim de objetivá-lo e unificando-o no uso do direito. “*Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)*.” (p. 72). O valor intrínseco, de acordo com o autor, seria o elemento ontológico da dignidade humana (p. 76), que se manifesta como direitos fundamentais à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. Já a autonomia seria o elemento ético, a liberdade do indivíduo de auto direcionar seu percurso biográfico, manifestando-se num conjunto de direitos fundamentais: liberdades básicas (autonomia privada, liberdade dos modernos), direito à participação política (autonomia pública, liberdade dos antigos), direito fundamental social a condições mínimas de vida (mínimo existencial). O valor comunitário seria o elemento social da dignidade humana. Problematizado pelo autor, em especial, o valor comunitário apresenta-se em casos polêmicos nas discussões a respeito da dignidade humana pelo seu caráter restritivo a autonomia pessoal. Tal elemento da dignidade humana estaria presente na fundamentação de decisões judiciais controversas, alguns dos exemplos dados pelo

autor: caso do arremesso de anão, decidido pelo *Conseil d'État* da França e confirmado pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; caso do *peep show* do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha; restrições à prática da prostituição na África do Sul e no Canadá, diferentemente da Corte Constitucional da Colômbia, que considera a prostituição como fenômeno social tolerado. Barroso estabelece condições de observância para uma fundamentação adequada do valor comunitário a fim de evitar os riscos de invasão à autonomia pessoal por posições moralistas ou paternalistas por parte das decisões judiciais. Assim, deverão ser observados: “a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e c) o grau de consenso social sobre a matéria.” (p. 95-96).

Delimitados os três elementos mínimos, Barroso passa a explorá-los como três níveis analíticos essenciais das relações entre as temáticas que envolvem os casos difíceis e a dignidade humana. São analisados: o aborto; o casamento entre pessoas do mesmo sexo; e o suicídio assistido. Em cada um dos casos, são ponderados os elementos conflitivos entre os direitos e deveres presentes em cada elemento mínimo da dignidade humana e, ao final, o autor adota um posicionamento definitivo. No entendimento de Barroso, dessa maneira são garantidas “mais transparência e controlabilidade social (*accountability*) para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral.” (p. 112).

Ao final do livro, num *post scriptum* à parte do artigo que serviu de base à presente obra, Luís Roberto Barroso analisa o uso da dignidade humana pela jurisprudência brasileira, elencando um rol de dados jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores. Na concepção do autor, devido à abrangência e grande detalhamento temático presente na Constituição Federal de 1988, além de um longo rol de direitos fundamentais, “muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato de dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica.” A jurisprudência brasileira com base na dignidade humana geralmente apresenta-se como mero “reforço argumentativo” de um outro fundamento ou “ornamento retórico” (p. 115). Apresenta-se principalmente em situações de ambiguidade, de lacuna normativa, e de colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais (p. 115), raramente encontra-se como elemento central no desenvolvimento argumentativo. Dessa forma, seus elementos mínimos raramente são explicitados ou demonstrados nos argumentos jurisprudenciais brasileiros, fragmentando-se uma abordagem do valor fundamental ou princípio constitucional de dignidade humana em diversas temáticas específicas presentes nas diversas instâncias jurisdicionais brasileiras.

>> NOTAS

- ¹ Na nota de rodapé nº 8, o autor explicita o termo: “Com a expressão ‘discurso transnacional’ quer-se significar a menção e o uso argumentativo de uma jurisprudência estrangeira e internacional pelo Judiciário de um determinado país.” (p. 11).
- ² Termo de Frederick Schauer, utilizado pelo autor, cuja definição seria “a importação por um país do direito e das instituições jurídicas desenvolvidas em outro” (p. 33).

CASTRO, MARCUS FARO DE (2012). FORMAS JURÍDICAS E MUDANÇA SOCIAL: INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO, A FILOSOFIA, A POLÍTICA E A ECONOMIA. SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA. // CASTRO, MARCUS FARO DE (2012). [LEGAL ABSTRACTIONS AND SOCIAL CHANGE: INTERACTIONS BETWEEN THE LAW, PHILOSOPHY, POLITICS AND THE ECONOMY]. SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA.

Carina Calabria

>> **SOBRE O AUTOR** // ABOUT THE AUTHOR

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. // Master Candidate in Law at Universidade de Brasília.

Por meio de resgates históricos, análises comparativas entre diferentes tradições jurídicas e uma abordagem interdisciplinar, entrelaçando filosofia, política e economia, o trabalho mais recente de Marcus Faro de Castro, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e mestre e doutor em direito pela Universidade de Harvard, constrói-se sob o esforço de fazer perceber criticamente o direito contemporâneo. Como justifica o autor: “O direito é um meio usado por autoridades do Estado para ordenar inúmeras relações sociais. *É importante demais para ficar entregue a jogos de cena e formalismos intelectuais vazios*” (p. 22). É sobre esta “entrega”, nem sempre deliberada ou consciente, que se desenvolve a narrativa. Percorrendo diferentes cenários e contextos históricos, a realidade brasileira é anteposta como o alicerce onipresente de críticas, de referências cruzadas e de um elemento analítico recorrente: os caminhos alternativos que indicam que qualquer prática particular poderia ser diferente. O autor caracteriza a prática brasileira a partir do conservadorismo de seu meio jurídico. Faz alusão ao “Teatro das Sombras” concebido pelo historiador José Murilo de Carvalho sob a aurora “bestializada” da República para indicar uma possível reconfiguração do desajuste entre as ideias, as instituições e a realidade social do país - uma alegoria interessante se associada ao mito da caverna platônico e ao suposto formalismo imoderado do direito brasileiro.

Este despertar para a crítica é conduzido por meio de algumas desconstruções. Neste trajeto, alguns conceitos são essenciais. Assim como em seu livro anterior¹, o autor traça uma espécie de genealogia epistemológica a partir das duas tradições que considera basilares à formação do pensamento filosófico no ocidente, o platonismo e o aristotelismo. A influência destas tradições sobre a construção de ideias e de realidades será explorada transversalmente e se articulará com os conceitos de *forma* e *matéria*. Tanto o platonismo quanto o aristotelismo estruturam-se a partir de uma predileção pelas idéias e pelas especulações sobre idéias. A transferência desta ênfase sobre a forma para construções jurídicas será alvo de críticas. Não se trata aqui de um desprezo pelas formas, mas de uma rejeição à insistência de usá-las mesmo quando inadequadas ou “insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos” (p. 15). É o descobrimento dos limites da metafísica. A intenção de desconstruir a noção de que o direito deve *necessariamente* buscar apoio na filosofia ou em abstrações e doutrinas “autorreferenciadas” (p. 219), indicando o caminho alternativo - e escudado como mais pragmático - da matéria, é explícita. Esta desconstrução vem acompanhada do afastamento da ideia do direito como ciência, na medida em que isso significa a “construção de certezas superiores e seguras, ou verdades profundas e veneráveis” (p. 17), e do acercamento de uma apreensão do direito como fenômeno social. Trata-se da substituição de um direito conceitual, conservador e intocável por um direito pragmático, deliberativamente moldável, aberto à interdisciplinaridade, à pesquisa empírica, à realidade. Trata-se da *necessidade* de conexão do direito com o social e a sua transformação.

Outro conceito fundamental ao universo argumentativo do livro, que articula a interposição frequente da política e o “jogo com as formas”

(p.41), é o de *problema do poder*. Ele surge com o desafio de coordenar o uso da violência para organização da vida em sociedade, incidindo em um processo de legitimização e alocação institucionalizada da força e na determinação dos limites entre lícito e ilícito. O problema do poder não envolve somente o uso da força bruta. A violência sutil da razão incontestada, do absoluto universal e de dogmáticas pode igualmente servir para fundamentar o exercício arbitrário da autoridade. Nas palavras do autor, “elaborar o direito sempre teve consequências políticas” (p. 87) - e, muitas vezes, fins econômicos. O momento atual, em que se percebe a proliferação de protestos difusos - e, de alguma maneira, interrelacionados em suas reivindicações e geopolíticas - e a repressão violenta a esses movimentos, traz a superfície tanto os impactos do problema do poder, quanto as reverberações do desafio democrático, outro conceito relevante e que se refere a inclusão de novos atores na construção e fruição de direitos.

Repensar o direito e a democracia nestes termos conduz à tensão essencial expressa na identificação do *duplo papel do jurista*. Tal qual um funâmbulo, o operador do direito encontra-se sobre esta linha tênue, continuamente trêmula (vibrando a realidade, continuamente em transformação), na qual deve equilibrar a preservação da ordem - garantindo conquistas históricas, segurança jurídica e estabilidade - e a transformação da ordem, sempre que haja realidades injustas e excludentes. O direito pode ser, sob esta linha, um poderoso instrumento de opressão ou de libertação. Os exemplos trazidos pelo autor demonstram que as respostas ao problema do poder tem sido pouco assépticas. Contaminando-se, apenas realocam poder. Neste sentido, a jurisprudência romana serviu como uma alternativa às narrativas religiosas, mas também serviu para reconfigurar o problema do poder sob os interesses políticos da aristocracia e do imperador. “Não era mais apenas a religião, isso é, apenas a cultura tradicional, que estabelecia as divisões sociais, as hierarquias opressoras, mantidas com o exercício do poder. Era também o direito” (p. 41). Idem para algumas das formas de jurisprudência medieval e para construções jusnaturalistas.

Em relação a sua estrutura, o livro é dividido em cinco capítulos. O primeiro apresenta panoramicamente os capítulos seguintes, a partir da exposição de seu arcabouço conceitual. Parte-se da identificação de desafios práticos: formalismo excessivo, anacronismos entre teoria e prática, equilíbrio entre manutenção e reforma da ordem, desconstrução do direito como ciência. É como se a introdução sugerisse: é sob estas lentes que devem ser lidas as páginas seguintes. Já o último capítulo, denominado epílogo, é, de certa maneira, um convite. Ao elencar desconstruções e sugerir reformas, focando na realidade brasileira, é menos um desfecho do que uma tentativa de iniciar uma construção para além de suas páginas. Não se encerra em si. Parece ser esta a intenção deste livro. Neste sentido, ele é, em si mesmo, aquilo que projeta; é um híbrido: parte teoria, parte convite para a prática, parte exposição de formas jurídicas, parte desejo de mudança social. Entre estes extremos - o panorama de desenvolvimento teórico inicial e o desenlace do convite à prática - o que se explora é a tessitura do direito: a sua estrutura, a sua organização, o seu motivo de ser sob diferentes contextos e tradições jurídicas.

O segundo capítulo é dividido em quatro partes. A primeira descreve o surgimento da filosofia como uma reação intelectual às mudanças na pólis grega, constituindo um modo diferenciado de formação da consciência, embasado na razão. Permanecendo no campo das ideias, os gregos não chegam a dar aplicação prática a sua filosofia. Serão os romanos os primeiros a fazê-lo. A segunda parte deste capítulo evidencia o contraste entre a filosofia grega e o pragmatismo da jurisprudência romana, caracterizada pelo seu casuismo e pela sua despreensão de qualquer organização formal, sistematização ou estruturação lógica. Na terceira parte, descreve-se, a partir do embate entre o costume bárbaro e as pretensões hierocráticas da Igreja, o desenvolvimento do *common law* na Inglaterra. O *common law* é descrito como um modelo alternativo, à margem do direito romano e do direito canônico, mais tolerante a mudanças e mais aberto aos novos interesses emergentes, como aqueles advindos do comércio de longa distância. A última parte do capítulo apresenta outras formas de jurisprudência medieval, identificadas com distintos projetos políticos e associadas a grupos com ideais e objetivos práticos. Entre o direito canônico que dá suporte ao projeto hierocrático da Igreja, o direito comercial das repúblicas holandesas, o projeto monárquico-imperial do sacro imperador e o direito feudal dos príncipes e seus súditos, o direito civil, defendido por coalizões entre príncipes novos e burgueses, é apresentando como projeto político mais exitoso.

O terceiro capítulo explora o desenvolvimento do humanismo durante a Idade Média nas cidades italianas. O contexto é o da expansão comercial e o desafio é adaptar o direito às mudanças da época. O autor defende a relevância do humanismo que, ao realçar “o relativismo histórico inerente a qualquer elaboração proposta por juristas” (p. 98), abriu espaço para que se desenvolvessem outros tipos de jurisprudência. Seguindo a construção do capítulo anterior, à descrição do humanismo segue-se a caracterização da contrapartida jusnaturalista, que dará suporte ao projeto das coalizões burguesas. A propriedade, ostentada como direito natural, será o elemento central desta formulação, que entrará em declínio diante de uma matéria cada vez mais dinâmica e complexa. Ao fim, aborda-se a crise da filosofia natural sob a pressão da formação do pensamento econômico, a competição entre a ciência racionalista e a ciência de base empírica e o abandono da base metafísica da ciência, que corresponde, no direito, ao surgimento das abordagens positivistas.

O quarto capítulo ressalta o caráter “purificador” do criticismo kantiano, esta “porta deixada entreaberta” (p.222) para o vislumbre de *novas ortodoxias*. Neste ponto, o livro apresenta uma boa introdução a algumas das principais tradições jurídicas e discussões contemporâneas do direito. Uma leitura recomendável mesmo aos que se iniciam neste campo, uma vez que a intenção sob esta cuidadosa narrativa parece ser menos o saber enciclopédico que o despertar para a crítica, por meio da identificação do que pode estar à sombra de elaborações intelectuais. O foco deste capítulo é demonstrar como alguns debates se configuram como respostas distintas ao desafio democrático deixado pelo vácuo político no pós 1789, ao fim da Idade Moderna.

O ponto de partida representado pela Revolução Francesa deixa dúvidas quanto ao horizonte de chegada do direito contemporâneo, cujas sombras evidenciam insistências extemporâneas e resistências inerciais a rupturas necessárias. “Mudar a ordem da sociedade dinamicamente para torná-la mais justa e mais radicada no sentimento de liberdade de todos sempre foi uma tarefa mais difícil. Sempre foi muito mais fácil receber a ordem do passado e manter no presente as suas injustiças” (p.122). Em seu esforço de fazer perceber criticamente o direito brasileiro contemporâneo, a obra de Marcus Faro de Castro se coloca como um interlúdio. Nessa pausa entre a forma e a matéria, o fácil e o necessário, o passado-presente e o futuro, a possibilidade de uma ordem mais justa e a manutenção de uma ordem “natural”, dois questionamentos ecoam: o que fazer diante da porta entre-aberta do direito e quais devem ser seus guardiões (forma? matéria? juristas? aqueles que protestam? justiça? domesticados? em liberdade? incluídos na presente classificação?). O que está nas entrelinhas de possíveis respostas é a percepção de que muitas decisões poderiam ser outras - e a realidade poderia ser distinta.

>> NOTAS

- ¹ Faro de Castro, Marcus (2005). *Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Editora UnB.

**BENVINDO, JULIANO ZAIDEN (2010). [OS
LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
DESCONSTRUINDO O BALANCEAMENTO E O
ATIVISMO JUDICIAL]. HEIDELBERG: SPRINGER.**

*// BENVINDO, JULIANO ZAIDEN (2010). ON THE
LIMITS OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION:
DECONSTRUCTING BALANCING AND JUDICIAL
ACTIVISM. HEIDELBERG: SPRINGER.*

Gabriel Rezende de Souza Pinto

>> **SOBRE O AUTOR** // ABOUT THE AUTHOR

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. // PhD Candidate in Law at Universidade de Brasília.

É comum que as resenhas se iniciem com um tipo de elogio que destaque a importância de determinada obra para o campo de estudos no qual ela se insere. Não é exatamente o que se pode dizer de *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*, de Juliano Zaiden Benvindo. Não sem alguma complicação; não sem que a noção de campo já tenha sido complicada por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, ainda que o livro, fruto de tese de doutorado apresentada conjuntamente à Universidade de Brasília e à Humboldt University, Berlin, se anuncie como um estudo de direito constitucional, fica muito rapidamente claro para o leitor que estes limites se dissolvem ante à naturalidade e à consistência com que Benvindo passeia por alguns dos mais complexos debates filosóficos da última metade do século XX. Notadamente naquilo que se organiza ao redor dos nomes de Jacques Derrida e Jürgen Habermas. Em segundo lugar, a ideia de *campo* é prejudicada porque toda a proposta do trabalho não é outra coisa senão a de uma crítica ferrenha ao movimento hegemônico que informa o direito constitucional contemporâneo – tanto em sua versão brasileira quanto alemã. Neste sentido, o texto de Benvindo não retira sua importância de uma suposta importância para o campo, mas antes do modo como coloca em xeque a força daquele senso comum, tomando parte de sua desconstrução.

Se o objeto da investigação já está apresentado desde o subtítulo, isto é, certa contraposição à ponderação (de valores, de princípios, talvez de *valores-princípios*) e ao ativismo judicial, ele se torna pensável desde um determinado percurso, um caminho no qual se vê o conceito de *racionalidade limitada*. Trilha e trilhadura em que se desdobra o dever da ponderação e do ativismo judicial como uma só coisa; um mesmo movimento a combinar pretensão à racionalidade e à centralização de decisões políticas de grande monta nas cortes constitucionais. Circula-se, de algum modo, ao redor do que dizia Jean de la Fontaine na fábula *O lobo e o cordeiro*: “a razão do mais forte é sempre a melhor”. Benvindo vai mostrá-lo, “logo em seguida”, na divisão triádica do livro.

No capítulo inicial é discutida a presença do princípio da proporcionalidade como método predominante de adjudicação e em seu interior a ponderação, ponto lógico de chegada dessa processualidade histórica. Três casos são destacados para tanto: o *Caso do crucifixo*, o *Caso da maconha* e o *Caso Ellwanger*. Tendo sido este último julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e os dois outros pelo Tribunal Constitucional Federal (BVG) alemão, marcam-se os contornos da hegemonia que atravessa ambas as culturas jurídicas investigadas por Benvindo, a ponderação como entrada definitiva dos valores na forma-direito. Dissolvendo as margens dessa última, ela delinea a transposição do raciocínio político de alcanceamento do bem comum para o terreno típico da atividade das cortes constitucionais.

É exatamente a isto que Benvindo pretende se contrapor. Os dois capítulos seguintes analisam historicamente a ascensão do princípio da proporcionalidade e da ponderação à condição de metaprincípios constitucionais. Esse movimento enceta uma orientação clara: a mudança na autocompreensão do BVG e do STF em direção a um modelo de ativismo

judicial. Os tribunais constitucionais franqueariam, assim, a passagem dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos para sua concepção em termos de princípios objetivos de uma ordem total. Nestes termos, o direito subjetivo deixa de funcionar como trunfo diante de desígnios das maiorias políticas, sendo posto em relação com formato da ordem de valores que os princípios desenhariam. A totalidade da ordem jurídica é agora a totalidade dos princípios objetivos e toda questão política pode ser manejada como uma questão de otimização dos direitos fundamentais. Se os princípios são mesmo máximas, as cortes constitucionais podem agora descrever a si mesmas como via de direito para sua concretização valorativa.

Benvido defende a interessante tese de que, tanto no Brasil quanto na Alemanha, a mudança para o ativismo judicial se relacionou à necessidade de responder a legados antidemocráticos. Dizer “nunca mais” ao *nazismo* e à ditadura militar comportava, de antemão, desconfiança quanto às instituições legislativas e ao poder executivo, julgados responsáveis pelas devastadoras práticas autoritárias ou, ao menos, incapazes de contra elas fazer frente. Antevia-se a indispensabilidade de um poder forte que suportasse a tarefa de defender os valores da democracia constitucional e realizar os direitos fundamentais. Autoimunidade: aquilo que é erigido para defender a democracia arrisca destruí-la. A ponderação torna-se hegemônica neste contexto porque é capaz de abrir duas diferentes sendas de legitimação: por um lado ela permitia tratar os direitos como se valores fossem, ampliando o escopo e a natureza da atividade judicial no cumprimento de sua nova tarefa – mesmo que isso significasse desconsiderar os limites tradicionais da noção de separação de poderes; por outro lado, ela permitia justificar o ativismo judicial ao dar-lhe aura de racionalidade. Através de inúmeros exemplos e de uma ampla reconstrução histórica do papel do *BVG* e do *STF* nas emergentes democracias alemã e brasileira, Benvido mostra como a ponderação acompanha a crescente centralidade das cortes constitucionais apagando as bordas entre direito e justiça no exato passo em que enfatiza a racionalidade de sua metodologia.

A segunda parte do livro é consagrada ao debate sobre a racionalidade da ponderação. Afinal, o que há de estranho em sua ascensão à condição de guardador de lugar da racionalidade jurisdicional? O quarto capítulo elege o modelo teórico de Robert Alexy como *locus* para a discussão e procura evidenciar os contornos de seus principais axiomas. Já na conhecida *tese do caso especial*, desenvolvida na *Teoria da Argumentação Jurídica*, enxerga-se a problemática dissolução dos contornos do direito num discurso em que os objetivos de uma dada comunidade podem prevalecer sobre garantias constitucionais. Em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy traduz essa lógica num método que supostamente controlaria os riscos de irracionalidade das colisões normativas. O princípio da proporcionalidade e, em seu interior, a ponderação formam a metodologia racional para tempos de ativismo judicial.

Os dois capítulos 5 e 6 vão atacar estas premissas. Benvido adota uma estratégia algo heterodoxa e, por isso mesmo, bastante corajosa: opor-se

à ponderação por meio de um conceito de *racionalidade limitada* construído através da tensão produtiva entre a *différance* de Jacques Derrida e o procedimentalismo de Jürgen Habermas. Como que reproduzindo a resposta do primeiro ao convite de discussão proposto pelo segundo em 1999 – “já é tempo, não esperemos que seja tarde demais” –, Benvindo faz os dois filósofos dialogarem frente a sua necessidade de afrontar e enfrentar a ponderação. Com Derrida, ele esboça um pensamento da justiça que faça justiça ao outro. O direito é, assim, tomado no *double bind*, na aporia entre constitucionalismo e democracia. Entender que o direito é propriamente desconstrutível e que a justiça é a desconstrução significa perceber a indispensabilidade de ambos e o fato de que uma decisão digna do nome é sempre aquela que reside na indecidibilidade – a ser distinguida infinitamente da indecisão –, na diferenciação e no diferimento da presença de seu conteúdo, em sua irredutibilidade a qualquer conjunto de regras. Essa dinâmica de negociações infinitas se ajusta mal a um regramento metodológico que se pretende racional precisamente no controle da *différance*. Há algo de extremamente *logocêntrico* na ponderação.

Com Habermas, Benvindo busca uma espécie de *terapia* para o problema da indeterminação do direito e, portanto, da adjudicação no contexto de sociedades pós-convencionais. Pode-se, então, desenvolver uma crítica à ponderação através da ênfase em procedimentos orientados para o mútuo entendimento. A ideia habermasiana de intersubjetividade e suas consequências para a fundamentação de uma atividade judicial que não recorra a metodologias prévias fundamenta sua crítica. Benvindo não se limita a apontar, a partir dela, como a ponderação introduz elementos valorativos na adjudicação ou como seu critério de discricionariedade reduz direitos de minorias, mas também desaprova a suposta capacidade heurística de seu método de controle do conhecimento.

O conceito de *racionalidade limitada*, finalmente discutido em profundidade na terceira e última parte do trabalho, tenta dar conta de um diálogo possível entre *différance* e intersubjetividade e, por conseguinte, entre uma justiça simétrica e outra assimétrica. A tese defendida é a de que, por mais difícil e improvável que seja essa aproximação, há um jogo de complementaridade e compatibilidade entre elas. Se toda tradução é, a um só tempo, possível e impossível, então há que se enveredar a reflexão por uma resolução sem resolução: a tensão produtiva em seu horizonte de (in)tradutibilidade. Benvindo aposta numa espécie de aproximação entre o filosofar de Derrida e o de Habermas diante de questões institucionais mais concretas, como a adjudicação. A *racionalidade limitada* não apenas se coloca neste espaço, mas dá espaço para que estas questões irrompam numa dinâmica de busca pela justiça. O capítulo derradeiro opera um retorno aos três casos judiciais ao início do trabalho estudados para repensá-los à luz dessa racionalidade que se sabe limitada. Destacam-se três axiomas de sua abordagem: a) enfoque na singularidade do caso concreto para além das fórmulas prévias simplificadoras; b) reconstrução da história institucional para manutenção da consistência do sistema de direitos; c) uma adjudicação que afirme o “outreidade” do outro.

É assim que Benvindo apresenta como alternativa à ponderação uma conexão renovada entre “o mundo empírico” e uma razão limitada. No limite, assunto de limites. Em sendo assim, a racionalidade convida também a pensar a porosidade de sua limitação, o que a atravessa, o que desfaz a pura fronteira. Qualquer que seja resposta, ante o *limen*, é preciso ler *On the limits of constitutional adjudication*.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1 (jan./jul 2014) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,

Faculdade de Direito.

CDU 340



