

Revista
JURÍDICA
Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Revista da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro, n. 5, p. 1-160, Jan./Jun.2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Reitor

Aloísio Teixeira

Vice-reitora

Sylvia da Silveira de Mello Vargas

Pró-reitora de Graduação

Belkis Valdman

Pró-reitora de Pós-graduação e Pesquisa

Angela Uller

Pró-reitor de Planejamento e Desenvolvimento

Carlos Antonio Levi da Conceição

Pró-reitor de Pessoal

Luiz Afonso Henriques Mariz

Pró-reitora de Extensão

Laura Tavares Ribeiro Soares

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Decana

Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna

Faculdade Nacional de Direito

Diretor

Flávio Alves Martins

Vice-diretora

Ana Lúcia Sabadel

Coordenadora do Curso de Graduação

Luciana Boiteux de Figueiredo

Coordenadora do Curso de Pós-graduação

Margarida Camargo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURÍDICA

Editor científico: *Francisco Amaral*

Editor adjunto: *Marcelo Araújo*

Editores executivos: *José Ribas Vieira, Bianca Tomaino, Miguel Mesquita*

PRODUÇÃO EDITORIAL

Revisão de língua portuguesa: *Renato*

Tradução/revisão de língua inglesa: *Tatiana Santos Peixoto de Macedo (Editorial e Sumário)*

Projeto gráfico, editoração e capa: *Márcia Carnaval*

Agradecimentos: *Roberto Gargarella, Miguel Carbonell, Wanda Capeller, Gilles Ferréol, Eduardo Ribeiro Moreira, Sérgio Branco, Ronaldo Lemos, Carlos Afonso Pereira de Souza, Andrezlane Dias, Antônio Guimarães Sepúlveda, Felipe Chaves Pereira, Flávio Menezes, Pedro do Coutto de Sá Alves.*

A *Revista Jurídica – Faculdade Nacional de Direito – UFRJ* é um periódico semestral, arbitrado, de circulação nacional e internacional, dirigido a advogados, juristas, magistrados e profissionais de áreas afins, professores, pesquisadores e técnicos das áreas jurídicas. A revista pretende ser um instrumento de divulgação e de disseminação de produções atuais e relevantes do ensino, da pesquisa e da extensão, no âmbito do Direito e de suas áreas afins, por meio da publicação de artigos, ensaios teóricos, pesquisas científicas, resenhas de livros, comunicações e relatórios de pesquisas científicas, visando a contribuir para a consolidação da pesquisa em Direito.

Faculdade Nacional de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro - RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224- 8904/Ramal 219

E-mails: revistajuridica@ufrj.br

www.direito.ufrj.br

Tiragem: 500 exemplares
CATALOGAÇÃO NA FONTE UFRJ/REDE MINERVA
Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. v. 1, n. 4,
(nova série), out. 2008 -. Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008

v. : 23 cm.

Semestral.
ISSN 1984-0950

1. Direito – Periódicos.

CDD 340.05

Revista JURÍDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
ISSN: 1984-0950

EDITOR CIENTÍFICO: Francisco Amaral
EDITOR ADJUNTO: Marcelo Araújo
EDITORES EXECUTIVOS: José Ribas Vieira
Bianca Tomaino
Miguel Mesquita

CONSELHO EDITORIAL:

- Professores titulares na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Francisco Amaral
Leonardo Greco
Nilo Batista

- Professores associados na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

José Ribas Vieira
Juliana Neuenschwander Magalhães

- Professores convidados

Raffaele De Giorgi
(Universidade de Lecce - Itália)
Antônio José Avelãs Nunes
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
André Jean Arnaud
(Universidade de Paris)
Wanda Capeller
(Universidade de Toulouse)
Friedrich Müller
(Universidade de Heidelberg)

Revista JURÍDICA SUMÁRIO

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

7 [EDITORIAL]
Bianca Tomaino

[TEORIAS DA DECISÃO E DESENHOS INSTITUCIONAIS]

- 11 El primer derecho constitucional latinoamericano
.....*Roberto Gargarella*
- 37 Por um Sul: América Latina *Miguel Mesquita Fernandes*
- 47 Políticas de habitação no espaço urbano: contra o “bom senso” histórico e pela
emancipação social *Luiz Eduardo Chauvet*
- 61 As novas cartas constitucionais da Bolívia, Equador e Venezuela e seu processo de
alteração da constituição *Eduardo Ribeiro Moreira*
- 73 Participação e representação: um estudo crítico das constituições de Brasil, Ve-
nezuela, Equador e Bolívia *Mayra Goulart da Silva*
- 91 A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina
.....*Claudia Paiva*

[DIREITOS HUMANOS, SOCIEDADE E ARTE]

- 105 Um novo olhar sobre a lei para a infância-adolescência
..... *Mariana Sant’Ana Miceli*
- 123 Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva neoconstitucionalista
..... *Miguel Carbonell* (tradução: Bianca Tomaino)

139	[IN MEMORIAM] Lineu de Albuquerque Mello, 1901-1963 <i>Bianca Tomaino e José Ribas Vieira</i>
143	A neutralidade e a segurança coletiva <i>Lineu de Albuquerque Mello</i>
154	[RESENHA] Alteridade, dinâmicas sociais e democracia <i>Jean-Yves Causer</i> (tradução: <i>Wanda Capeller</i>)
158	[NORMAS EDITORIAIS]

Revista JURÍDICA EDITORIAL

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Neste ano de 2011, a Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, edição de número cinco, ao voltar sua temática para a América Latina, presta homenagem ao reconhecimento do passado como base para a sólida construção de um pensamento crítico contemporâneo. Em um momento marcado pela pretensão de universalidade do conhecimento, a reflexão sobre a identidade latino-americana corrobora não apenas a potencialidade sócio-política da região, mas, igualmente, nos adverte de que o olhar para além do imaginário do cientificismo moderno talvez seja a chave de resposta a muitos dos problemas enfrentados pelo continente.

Uma abordagem teórica aqui é representada pelos professores doutores Roberto Gargarella, das Universidades de Buenos Aires e Torcuatto Di Tella e Miguel Carbonell, da Universidade Autônoma do México – UNAM. Em textos inéditos, ambos dedicam-se a reconciliar a América Latina com sua própria história. Isto se dá, respectivamente, através do prestígio conferido a grandes constitucionalistas, junto à identificação do papel da Constituição perante as vicissitudes dos Estados latinos e através da exposição neoconstitucional dos Direitos Fundamentais.

Valorizar o ponto de vista subjacente aos núcleos de produção dos fenômenos sociais consolida a linha de pensamento característica de renovada parcela de estudiosos. O mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas da UFRJ e membro da editoria executiva, Miguel Mesquita, sob o marco teórico de Boaventura Sousa Santos, acompanha a metáfora “Do Sul para o Sul”, percorrendo valioso caminho de investigação, ao problematizar o colonialismo epistemológico incorporado na construção do conhecimento latino-americano.

A dinâmica comparativa entre países de contornos jurídicos tangentes é ratificada em pesquisa elaborada por Cláudia Paiva, mestre pela UFRJ, sobre a recepção do instituto *amicus curiae* no Brasil e Argentina, por suas respectivas cortes constitucionais. Em igual medida, o professor do Programa de Pós-Graduação da UFRJ, Eduardo Ribeiro Moreira, traça breve análise sobre as reformas das constituições bolivarianas, diante dos percursos e modelos constitucionais sul-americanos dos últimos anos. Temática complementada pelo trabalho da mestre pelo IUPERJ Mayra Goulart da Silva, cujo objeto traduz ao leitor as nuances de-

mocráticas condizentes aos modelos representativos segundo as constituições do Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia.

O prestígio atribuído ao direito comparado é consolidado pela homenagem ao professor catedrático de Direito Internacional da UFRJ, Lineu Albuquerque de Mello, na sessão *in memoriam*. Em 1943, no curso da Segunda Guerra Mundial, professor Lineu defende, perante a congregação da Faculdade Nacional de Direito, tese em que não apenas questiona a neutralidade dos Estados não beligerantes, mas visa readequar o papel da doutrina internacionalista, com base em argumentos de ordem política e instrumental. A extensão e a qualidade da obra elaborada são simbolizadas pela reprodução do capítulo quarto da tese, intitulado Neutralidade e Segurança Coletiva.

A multidisciplinaridade é a tônica das investigações presentes nesta edição: O mestrando da PUC-Rio, Luiz Eduardo Chauvet, em linha teórica respaldada pelas obras de Michel Foucault, demonstra as contradições na prestação do direito fundamental à moradia, através de estudo dirigido às políticas públicas de habitação, na cidade do Rio de Janeiro.

Assim como o diálogo com a sociologia, Nicos Poulantzas intermedia, por Mariana Sant’Ana, a discussão entre direito e filosofia, no que tange à problemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Intermediar distintos campos de conhecimento, na busca de uma produção acadêmica qualitativa, tem sido o objetivo das últimas edições da Revista Jurídica. Com linhas de pesquisa voltadas às Teorias da Decisão e Desenhos Constitucionais e Direitos Humanos, Sociedade e Arte, o Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito visa consolidar-se como um centro de excelência em pesquisa jurídica no país. Para tanto, é imprescindível destacar a contribuição trazida por publicações que, ao longo dos 120 anos da FND, tiveram como colaboradores nomes do porte de Clarice Lispector, Rubem Fonseca e Afonso Arinos de Melo Franco.

Logo, é com grande honra que o Conselho Editorial apresenta a edição de número cinco desta nova fase da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, agradecendo a todos os que colaboraram com o sucesso desta empreitada, na expectativa de que iniciativas como esta sirvam para além de arquivos e catálogos, mas, sim, para a instrumentalização de um conhecimento produzido no caminho da formação de um real pensamento jurídico brasileiro.

Esta edição da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito é dedicada ao Professor Doutor José Ribas Vieira, por seu esforço e dedicação plenos à realização deste trabalho.

Bianca Tomaino

Editora Executiva – Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito
 Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas – UFRJ



[TEORIAS DA DECISÃO E DESENHOS INSTITUCIONAIS]



[El primer derecho constitucional latinoamericano]

Roberto Gargarella*

Introducción

Cuando alguien revisa la historia del constitucionalismo americano, centrándose especialmente en el fundacional período del siglo XIX (1810-1890), se encuentra con un enorme número de Constituciones que, fácilmente, hacen pensar en una situación de caos constitucional. Desde las primeras Constituciones, dictadas en Nueva Granada y en Venezuela en 1811, y hasta casi el fin del siglo, se dictaron 103 Constituciones, en dieciséis países. Algunos de esos países (es el caso de países como Bolivia o la República Dominicana) superaron largamente la decena de Constituciones durante dicho lapso (Loveman 1993, 370). Se trata de demasiadas Constituciones para un período relativamente breve, y sobre todo para un tipo de documento que tiene la pretensión de caracterizarse por su permanencia en el tiempo. Peor aún, la extendida imagen de América Latina como un continente dominado por *caudillos* autoritarios y caprichosos termina por opacar la temprana historia del constitucionalismo regional: las Constituciones tienden a ser vistas, entonces, como una expresión más de la arbitrariedad propia de líderes personalistas, ansiosos por dejar su propia marca en la vida jurídica de “sus” territorios.

Por fortuna, apenas uno se involucra en el estudio del constitucionalismo americano, reconoce de inmediato que el panorama es muy diferente al sugerido. Es allí que uno puede advertir, entonces, la diversidad de proyectos legales en disputa y, sobre todo, la notable abundancia de ideas que distinguió a la época, de la que todavía hoy tenemos mucho para aprender. A esto quisiera dedicar, entonces, las páginas que siguen: a dar cuenta de la vitalidad y riqueza propias del primer constitucionalismo latinoamericano.



.....
* Post-Doctor Studies, Balliol College, Oxford, 1994; Catedrático de Filosofía do Direito na Universidade de Alicante (Espanha). Tradução de Eduardo Moreira, professor adjunto do PPGD/UFRJ, livre docente da Universidade de São Paulo (USP) e palestrante na Universidad de Alicante. Endereço eletrônico: eduardomoreira@terra.com.br

Una Constitución para qué, y contra qué?

Contra la idea de un mundo constitucional caótico, producto de la voluntad discrecional de unos pocos, lo primero que destaca es la existencia de proyectos jurídicos claramente definidos en cuanto a dos de las preguntas centrales que merece hacerse cualquier Constitución: una Constitución *para qué*; una Constitución *contra qué*. Más precisamente: muchas de las Constituciones que aparecieron en la región, durante este período fundacional, surgieron a partir de la identificación de ciertos problemas (sociales, políticos, económicos) básicos, y la convicción de que era posible y conveniente disponer de las energías constitucionales de modo tal de hacer frente a tales dificultades.

Un modelo crucial, que muchos tuvieron en mente a la hora de pensar en la reorganización jurídica de las nuevas sociedades, fue el del constitucionalismo norteamericano. En efecto, un ejemplo como el de los Estados Unidos dejaba en claro que la Constitución podía representar un medio excepcional para hacer frente a una situación de crisis grave. Dicho ejemplo enseñaba, además, que el contenido de la Constitución debía definirse conforme a las peculiares circunstancias que daban sentido a su aparición. Decir esto no era lo mismo a decir que la Constitución debía ser movida, exclusivamente, por propósitos de corto plazo. En todo caso, lo que se hacía era negar lo contrario, es decir, negar la idea de que una buena Constitución era aquella capaz de desentenderse de las características particulares del contexto dentro del cual nacía.

En el pionero caso de la Constitución norteamericana, el planteo al que me refiero quedó claramente expuesto por James Madison, en los papeles de *El Federalista*. En particular, en el texto históricamente más influyente de entre todos aquellos papeles, *El Federalista* n. 10, Madison dejó bien en claro el *por qué* y *contra qué* de la Constitución. Madison identificó entonces, de manera precisa, un grave problema que aparecía socavando las bases de la organización común, y que exigía a los diversos estados federales un replanteo acerca del acuerdo que definía a la Unión. Según el político virginiano, el gran problema que estaba poniendo en crisis la vida institucional de la Confederación era el problema de las *facciones* – definidas como grupos mayoritarios o minoritarios, movidos por la pasión o el interés común, y orientadas a actuar de modos contrarios al interés del conjunto o los derechos de los particulares. El accionar de las facciones resultaba, en efecto, una novedad decisiva en la vida política de numerosos estados (por caso, y de modo notable, en estados como Rhode Island, Vermont o Pennsylvania), en donde – y según la descripción de los “federalistas” – grupos de “deudores” habían alcanzado posiciones de poder, desde las que ponían en crisis los derechos de propiedad de sus opositores (Brown 1955; Schuckers 1978; Wood 1969, 1992). Madison, entre muchos otros, entendió que la llamada “crisis del papel moneda” desatada entonces, resultaba mucho más grave a partir de sus manifestaciones legales, que a partir de las confrontaciones armadas a las que diera lugar. Finalmente, los alzamientos armados (simbolizados por la “rebelión de Shays”) eran generalmente reconocidos como ilegales, y reprimidos por las tropas armadas de la Confederación (Brown 1970, 1983; Feer, 1988; Szatmary 1987; Wood 1966). El problema surgía, en cambio, cuando las mismas demandas

que en su momento se planteaban con la fuerza de las armas (y que, por tanto, podían ser señaladas y combatidas en su ilegalidad), comenzaban a ganar peso con el respaldo de la ley. Aquí aparecía, según Madison, el gran desafío institucional del momento: ¿Cómo hacer para evitar que el sistema institucional diera fuerza de ley a lo que aparecía como el mero producto de la pasión, o el cegado interés de unos pocos? La respuesta se encontraba, en su opinión, como en la de muchos, en una Constitución Federal capacitada para filtrar o diluir la creciente ingerencia de las facciones en la vida pública. La Constitución, de este modo, era reconocida como una herramienta crucial para enfrentar un problema grave y concreto, al que se identificaba como el más acuciante del período.

Ahora bien, lo propuesto y lo hecho por una mayoría de los pensadores del constitucionalismo, en América Latina, puede leerse en claro paralelo con lo que planteara Madison, para el caso norteamericano. Es decir, ellos tendieron a identificar algún o algunos grave/s problema/s social/es, y a reconocer en la Constitución una herramienta valiosa en la lucha contra tales males. Por supuesto, uno puede considerar, en todos los casos, que los problemas identificados, o las herramientas constitucionales seleccionadas para confrontarlos no eran los apropiados, pero este solo reconocimiento nos permite pensar, desde un comienzo, en la complejidad de la tarea que se emprendía, y en el serio compromiso con que se hacía frente a ella.

Un caso interesante, al respecto, es el de Simón Bolívar, figura central en la lucha militar por la independencia política de la región, y también protagonista en la tarea intelectual de pensar la reconstrucción constitucional de Latinoamérica. En este doble carácter, a Bolívar le interesó insistir en que las nuevas naciones debían utilizar todas sus energías constitucionales con el objeto de consolidar institucionalmente el triunfo que se había obtenido, dificultosamente, a través de las armas. Para Bolívar, la consolidación de la independencia era el gran objetivo político del momento, mientras que la respuesta constitucional que se ofrecía, en tal sentido, resultaba ser, una y otra vez, equivocada. En 1812, en su conocido “Manifiesto de Cartagena,” y luego de hacer un examen de la crisis de la independencia venezolana, Bolívar sostuvo que “entre las causas que han producido la caída de Venezuela, debe colocarse en primer lugar la naturaleza de su constitución; que repito, era tan contraria a sus intereses, como favorable a la de sus contrarios.”¹ Para él, resultaba claro que la única respuesta constitucional sensata que podía darse, frente a la crisis militar que azolaba a la región, era una



¹ Ver, por ejemplo, Bolívar (1950), vol. 3, p. 545. Y agregaba, en la misma dirección: “el más consecuente error que cometió Venezuela, al presentarse en el teatro político fue, sin contradicción, la fatal adopción que hizo del sistema tolerante: sistema improbadado como débil e ineficaz, desde entonces, por todo el mundo sensato, y tenazmente sostenido hasta los últimos períodos, con una ceguera sin ejemplo.” Ibid., p. 541. en su “Discurso de Angostura,” pronunciado siete años después, Bolívar vuelve sobre la misma idea para criticar el modelo federalista adoptado en 1811, el cual, en su opinión, el país no estaba preparado para adoptar “repentinamente, al salir de las cadenas. No estábamos preparados para tanto bien; el bien, como el mal, da la muerte cuando es súbito y excesivo. Nuestra Constitución Moral no tenía todavía la consistencia necesaria para recibir el beneficio de un Gobierno completamente Representativo, y tan sublime cuanto que podía ser adaptado a una República de Santos.” Ibid., p. 681.

que hiciera exactamente lo contrario a lo que se había hecho en Venezuela 1811, en su primer ensayo constitucional. Es decir, para él, la salida constitucional consistía en la concentración de la autoridad política en un Poder Ejecutivo dotado de facultades militares y políticas extraordinarias, políticamente irresponsable, y con capacidad para elegir a su sucesor.

Ésta fue una mirada sobre el constitucionalismo, influyente, pero en absoluto la única ni la más importante de las que se dieron en la región. Un proyecto alternativo, más exitoso que el de Bolívar (más exitoso, al menos, por el hecho de haberse traducido en una Constitución que se convirtiera en la más estable del siglo XIX, en toda Latinoamérica), fue el propuesto por Juan Egaña – y continuado por su hijo Mariano – para Chile. Según Juan Egaña, el gran problema que enfrentaban las nuevas naciones era el de la disolución – territorial, política, y sobre todo moral – y la única respuesta apropiada frente a la misma era la concentración de la autoridad en favor de un ideal moral compartido – el de la religión católica. “*Desengañémonos* – decía Egaña – *sin religión uniforme no puede haber un gobierno concorde*.”² Sin una religión única – afirmaba luego, pensando en el caso de Inglaterra – era posible crear “una nación de comerciantes, pero no una de ciudadanos.”³

Juan Bautista Alberdi, quien fuera, probablemente uno de los más lúcidos e influyentes juristas de la región, elogiaba, de hecho, a aquellos primeros constitucionalistas, por razones similares a las que aquí presentamos: Ellos habían tenido la sabiduría de ponerse a reflexionar acerca de los graves problemas del momento post-independentista, y habían detectado, de modo apropiado, algunos de esos problemas, que podían ser enfrentados a través del dictado de una nueva Constitución. En el capítulo 2 de su obra más influyente, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Alberdi reconocía los méritos del “primer derecho constitucional” de la región, en los siguientes términos:

✎.....

² En “Estado social del hombre. Principios filosóficos de la legislación,” Egaña agregaba que “*la religión es el eje, y casi absoluto móvil, no sólo de la moralidad de un pueblo, sino de su carácter nacional, de sus costumbres, y del apego y respeto a las instituciones civiles*. La mayor parte de las naciones orientales han tenido una existencia y conservación casi inmemorial (a pesar de los enormes defectos de su gobierno) porque la religión ha formado sus costumbres...*En todo acto público y aun doméstico, por pequeño que sea, deben mezclarse formas religiosas, que recuerden la presencia de Dios, auxilien la moral y sostengan las costumbres. Sus funciones deben ser las principales del estado: su culto, magnífico, decoroso, augusto y festivo*. Si nuestras instituciones no permiten que los magistrados civiles sean los primeros sacerdotes, por lo menos deben autorizar y personarse siempre en todos sus actos solemnes.” En Silva Castro (1969), p. 81 (la cursiva es mía). Sin religión uniforme, en su opinión, la tranquilidad pública resultaba amenazada, aumentando enormemente los riesgos de una guerra civil, y la misma destrucción del Estado.

³ Citado en Collier (1967), p. 270. Siendo las disposiciones constitucionales sobre la religión objeto de múltiples objeciones, Egaña dedicó numerosos escritos a la defensa de las mismas. Varios de ellos aparecen compilados en la “Memoria política sobre si conviene en Chile la libertad de cultos.” Allí, Egaña distingue entre la tolerancia religiosa –el respeto a las opiniones privadas y secretas de los ciudadanos, la libertad política religiosa –esto es, la tolerancia al culto público de una religión- y la tolerancia a la irreligiosidad. En su opinión, sólo la primera debía ser objeto de protección estatal. Donoso (1967), pp. 136-137.

Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia, fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje: y como medio de garantizar su completa extinción, se iba hasta arrebatarle cualquier clase de ascendiente en estos países. La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla (Alberdi 1981, 26).⁴

Alberdi reconocía también, acertadamente, que las preguntas y respuestas encontradas por el constitucionalismo, en distintas áreas, y frente a problemas parcialmente diferentes, no habían sido unívocas. En ocasiones, decía,

se han hecho con miras interiores, unas veces de robustecer el poder en provecho del orden, otras de debilitarlo en beneficio de la libertad; algunas veces de centralizar la forma de su ejercicio, otras de localizarlo; pero nunca con la mira de suprimir en el derecho constitucional de la primera época lo que tenía de contrario al engrandecimiento y progreso de los nuevos Estados, ni de consagrar los medios conducentes al logro de este gran fin de la revolución americana (ibid., 25-6).

Era tiempo, entonces, de modificar las búsquedas iniciales, conforme a las nuevas necesidades, y de modificar las respuestas constitucionales entonces dadas, conforme a estas nuevas inquietudes.

En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo: hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos (ibid., 123).

De lo que se trataba ahora, entonces – y según su particular opinión – era de poblar el país, asegurando su crecimiento económico, lo cual requería de un ordenamiento constitucional por completo diverso, orientado a atraer a la población extranjera, y capacitado para limitar los excesos de un Estado opresivo, amenazante.



⁴ Aquella primeras respuestas, reconocía Alberdi, habían sido adecuadas en el reconocimiento de la *contra qué* debía pensarse la Constitución: “Se hacía consistir y se definía entonces todo el mal de América en su dependencia de un gobierno conquistador perteneciente a la Europa: se miraba por consiguiente todo el remedio del mal en el alejamiento del influjo de la Europa” (ibid).

En definitiva, y otra vez, no se trata de coincidir o no con el diagnóstico y los remedios definidos por alguien como Alberdi, sino de tomar nota de un proceder común en muchas de las principales figuras del constitucionalismo regional. Podemos disentir con ellos, radicalmente, en relación con sus peculiares análisis y propuestas, pero lo que debe resultar claro es que había allí un tomarse en serio al constitucionalismo, que se traducían en una diversidad de modelos constitucionales, que todavía hoy nos sirven de apoyo para pensar sobre las bases de nuestra organización constitucional.

Dos ideales fundacionales, tres modelos constitucionales

Una vez identificados ciertos graves dilemas (la crisis de la independencia, la angustia económica, el desorden político, la injusticia social), ¿cómo hacer para enfrentarlos, entonces, desde la ley? Más precisamente ¿qué organización constitucional era la más promisoría, frente a tamaños desafíos? Aquí, notablemente, las respuestas vuelven a diferir. En parte, sin duda, porque distintos sectores identificaban problemas diversos – como los primeros problemas a combatir. Sin embargo, las diferencias aparecían, también, en relación con problemas comunes, a los que todos reconocían como tales.

En este punto, lejos de la pintura descalificadora que algunos presentan, lo que uno encuentra es la existencia de grupos que confrontaban entre sí, muy especialmente, a partir de su diferente entendimiento acerca de cómo adecuar la Constitución a problemas como los citados. Por supuesto que había disputas personales, manejos autoritarios, líderes carismáticos, caudillismo y pintoresquismo. Pero mucho más interesante que todo ello era la existente confrontación entre concepciones constitucionales parcialmente opuestas – concepciones diversas que aún hoy siguen marcado su presencia en nuestra vida pública. Aquellas décadas que siguieron a la independencia, nos muestran en todo su dramatismo a una batalla de ideas en pos de la reconquista de otro territorio crucial, que no era el geográfico, sino el territorio del constitucionalismo.

El reconocido jurista colombiano José María Samper, abre su libro sobre *Los partidos en Colombia*, dando cuenta del tenor de las disputas constitucionales que se sucedían en su país, y de la diversidad de respuestas en juego. Según su lúcida, descripción, dicha confrontación no tenía ninguna vinculación con la mera disputa entre líderes autoritarios y autointeresados sino, claramente, con una disputa entre proyectos constitucionales comprensivos, diferentes. Samper refirió, entonces, a la existencia de una pluralidad de controversias en juego: el debate sobre la “mayor o menor libertad para los ciudadanos;” el debate sobre la “mayor o menor amplitud del poder central;” o el “ensanche de las entidades municipales;” el debate sobre la “mayor o menor intervención de las masas populares, por medio del sufragio, en el gobierno del país;” el debate sobre el “mayor o menor desenvolvimiento de las fuerzas sociales” (Samper 1893, 16). Ése era el tipo de batallas constitucionales que estaban en juego, y no, meramente, una serie de disputas motivadas por la ambición de poder. Se trataba de disputas en torno a la libertad individual, el alcance de la democracia y el federalismo, la concentración de la autoridad, el peso de las organizaciones sociales.

Dada la diversidad de proyectos constitucionales vigente en América Latina, al momento de la independencia, propondría una manera simple, y según entiendo, también fructífera, para pensar y clasificar esa diversidad. Una manera posible de hacerlo es la de clasificar a las mismas de acuerdo a qué respuesta dieron frente a dos de las preguntas más importantes que se enfrentaron en aquellos años fundacionales: primero, una pregunta *relacionada con el lugar constitucional del ideal de la autonomía individual*, y segundo, una pregunta referida al *lugar que reservaran para el ideal del autogobierno colectivo*.

La selección de estos dos ideales, el de la *autonomía individual* y el del *autogobierno colectivo*, no es azarosa. Ellos nos refieren a dos reclamos básicos, que ocupan un lugar primordial en la política moderna, y que resultaron de capital importancia en la discusión política que se abrió en América desde el momento independentista. Muchas de las principales batallas militares que se dieron en la región, desde la independencia, no tenían inscritas en sus banderas la idea de autonomía, pero sí, claramente, (y para referir sólo a un ejemplo importante) consignas como “religión o muerte,” o “viva la religión.” Esa batalla – acerca del papel que debía o estaba autorizada a ocupar la Iglesia en la vida pública – fue decisiva durante décadas (y aún lo sigue siendo hoy), en sus múltiples ramificaciones: en general, la discusión sobre separación entre Iglesia y Estado; y luego, y a partir de allí, las discusiones sobre la influencia de la Iglesia en la educación; la tolerancia de ideas y cultos diferentes; la autorización de funcionamiento a asociaciones hostiles a la religión; el patronato; el nombramiento de obispos y sacerdotes; las múltiples relaciones entre función pública, ciudadanía y religión (debe el Presidente, por caso, ser de una cierta religión? Puede condicionarse el reconocimiento de los derechos ciudadanos a la pertenencia a un determinado culto?); etc.

También resulta sencillo identificar la influencia ejercida por el ideal del autogobierno colectivo, en toda América, y desde los albores de las revoluciones independentistas. Baste con mencionar, simplemente, que esas mismas revoluciones se basaron, antes que nada, en una reivindicación republicana del derecho a decidir de los locales, frente al dominio de potencias extranjeras dominantes –Inglaterra, en el caso de los Estados Unidos; España para el resto de casi toda América Latina; Portugal para el caso del Brasil. Desde el famoso reclamo de *no taxation without representation*, que levantaran los primeros colonos americanos frente a Inglaterra, la demanda por el autogobierno siempre ocupó un lugar privilegiado en las nuevas sociedades independientes. Lo más interesante de toda esta historia es el modo en que dicho ideal – bandera principal en las luchas por la liberación americana – siguió jugando un papel relevante una vez terminada la etapa de las revoluciones independentistas. No es de extrañar que, luego de años en que se convocara a poblaciones enteras a entregar su vida, su libertad, y sus propiedades por la causa del autogobierno, esas mismas poblaciones – como dijera el historiador Gordo Wood – terminaran por utilizar contra sus propios maestros, las doctrinas que aquellos les habían inculcado con el fin de llevar a cabo la revolución. De allí que muchos de los nuevos debates políticos surgidos al calor de la independencia se organizaran en torno del ideal del auto-

gobierno colectivo. Así: qué lugar darle a los órganos mayoritarios en el proceso de toma de decisiones? Cómo expresar la voluntad colectiva en el nuevo sistema institucional? Qué límites (cuándo, y de qué tipo) imponer sobre los órganos de representación popular?

En síntesis, no caben muchas dudas acerca del enorme impacto ejercido por estos dos ideales constitucionales (autonomía individual, autogobierno colectivo), desde los albores de la independencia. Frente a ellos resaltaría las siguientes tres posiciones posibles, a su vez representativas de formas diferentes de pensar la Constitución:

– *Una posición conservadora*, que desde los comienzos de la lucha independentista asumió la defensa de la visión más restrictiva, frente a ambos ideales. Se trató de una propuesta que propugnó organizar todo el sistema constitucional en torno a una particular concepción del bien (normalmente, una religión particular); a la vez que asumió la postura más restrictiva y elitista, en cuanto al papel que debía corresponderle a la voluntad mayoritaria, en el control de la vida política de la comunidad.

– *Una posición republicana*, que se distinguió por su enfrentamiento directo con la posición anterior, a partir de su compromiso fundamental con el ideal del autogobierno; y que tendió a considerar a la autonomía individual como un ideal desplazable en nombre del bienestar general, o las exigencias propias de una política mayoritaria.

– *Una posición liberal*, que vino a invertir el orden de prioridades de la anterior, para concebir todo el orden constitucional en torno a la idea del respeto a las libres elecciones individuales; y que se mostró por ello mismo dispuesta a fijar restricciones severas frente al mayoritarismo político, que era visto como amenaza grave frente al ideal de la autonomía individual.

En síntesis, nos encontramos con tres posiciones: una que tendió a reivindicar el ideal del autogobierno, aún en sacrificio del ideal de la autonomía individual (el republicanismo); otra que, por el contrario, se mostró ampliamente dispuesta a sacrificar el autogobierno colectivo, en nombre de la preservación de la autonomía individual (el liberalismo); y una tercera, que vino a desafiar ambos ideales (el conservadurismo), en nombre del mantenimiento de una concepción comprehensiva del bien.

En lo que sigue, apoyaré el estudio de diferentes modelos constitucionales en esta clasificación inicial, en torno a estos tres modelos constitucionales principales. A favor de este enfoque, podría decir que el mismo encaja bastante bien con entendimientos habituales que la teoría política tiene, sobre el significado de los ideales respectivos,⁵ a lo cual se suma el apoyo que encuentra esta distinción tripartita, dentro de la historia del constitucionalismo.⁶

☞.....

⁵ Ver, por ejemplo, el modo en que se define las ideas de conservatismo, mayoritarismo y liberalismo en la *International Encyclopedia of Social Sciences*, Sills 1968. El conservatismo es definido como

El modelo conservador

El modelo constitucional conservador quedó simbolizado como el de “la Cruz y la espada,” el de la religión y el orden.⁷ Como dijera el publicista argentino Félix Frías: “El orden a la sombra y al amparo de la Cruz, es todo mi programa político.”⁸ Se trata de la visión del constitucionalismo con más arraigo en

una ideología que reivindica ciertos patrones de moralidad tradicionales y heredados, y que a la vez se mantiene escéptica frente a la eficacia del gobierno popular (“celebrate[s] inherited patterns of morality and tested institutions, that are skeptical about the efficacy of popular government, that can be counted upon to oppose both the reforming plans of the moderate Left and the deranging schemes of the extreme Left, and that draw their heaviest support from men who have a substantial material and psychological stake in the established order”), *ibid.*, vol. 3, 291; el mayoritarismo estricto como una postura que considera que la decisión mayoritaria es decisiva para el grupo entero (“not only may a minority never override a majority but also it can never check a majority: a majority vote is conclusive for the whole group”), *ibid.*, vol. 9, p. 536; y el liberalismo, como reivindicando fundamentalmente dos temas, el rechazo de la autoridad arbitraria, y la defensa de la libertad de expresión y la personalidad individual (“One is the dislike for arbitrary authority, complemented by the aim of replacing that authority by other forms of social practice. A second theme is the free expression of individual personality”), Sills (1968), vol. 9, p. 276.

⁶ Una primera muestra del apoyo que ofrece la historia a este esquema inicial, surge de la notable influencia simbólica, política, intelectual adquirida por los dos grandes eventos del constitucionalismo moderno, esto es, las Revoluciones Francesa y Norteamericana, y las Constituciones que siguieron a ellas (Elster 1993). Ambas Revoluciones tuvieron un extraordinario impacto en todo el mundo, y sus principales obras jurídicas dejaron una indudable impronta a lo largo de todo el continente americano. El primer constitucionalismo revolucionario proveniente de Francia, con sus antecedentes rousseauianos, y sus continuidades jacobinas, vino a representar en la región al constitucionalismo radical, anti-conservador; constitucionalismo que encontraría continuidades en el mundo anglosajón a través de los escritos de radicales como Thomas Paine. Mientras tanto, y frente al mismo, la Constitución norteamericana comenzó a simbolizar el modelo de los límites, del control al poder, de la separación de la Iglesia y Estado, es decir, de aquello que hemos llamado liberalismo. Junto con el radicalismo constitucional francés, y el liberalismo constitucional asociado con la Constitución norteamericana, la otra gran fuente de inspiración para el constitucionalismo regional estuvo dado, sin lugar a dudas, por el derecho proveniente del Imperio Hispano. Cuatrocientos años de colonización, impuestos por la fuerza de la espada, representaron una base de apoyo extraordinaria para el desarrollo de un pensamiento de carácter indudablemente conservador: conservador de las tradiciones; de la religión impuesta; de un orden político estamental, y de un orden económico desigual. Tenemos así, entonces, una primera y clara sustentación histórica para afirmar la idea según la cual el constitucionalismo americano estuvo fundamentalmente marcado, desde un inicio, por tres cosmovisiones diferentes, a las que podemos asociar con el pensamiento conservador, republicano y liberal.

⁷ Según entiendo, nadie superó al presidente ecuatoriano Gabriel García Moreno en la traducción constitucional de esos ideales políticos. Así, en la presentación que hiciera frente a la Asamblea Constituyente de su proyecto constitucional extremadamente conservador, García Moreno sostuvo: El proyecto de Constitución que os será presentado, contiene las reformas que en mi concepto demanda más imperiosamente el orden, el progreso y la felicidad de la República. Dos objetos principales son los que he tenido en mira: el primero, poner en armonía nuestras instituciones políticas con nuestra creencia religiosa; y el segundo, investir a la autoridad pública de la fuerza suficiente para resistir a los embates de la anarquía. (García Moreno 1887, 275-6). La posición de García Moreno resulta, así, muy clara: esta breve frase resume perfectamente el doble compromiso constitucional del conservador. Por un lado “la Cruz,” es decir, en este caso, la necesidad de poner a la Constitución al servicio del proyecto moral perfeccionista. En torno a este proyecto moral es que debía orbitar, luego, todo el resto de la organización institucional. De allí que García Moreno proclamara la necesidad de “poner en armonía nuestras instituciones políticas con nuestra creencia religiosa.” Por otro lado, y frente a la grave amenaza de que mayorías (asumidas como) incultas y brutales desafiaran a los ideales morales correctos, para imponer sus propias demandas, debía darse lugar a la “espada.” En otros términos, y tal como lo describiera García Moreno, la Constitución debía “invertir a la autoridad pública de la fuerza suficiente para resistir a los embates de la anarquía.”

⁸ Y también: “Yo soy del partido de los católicos, esto es, del partido de Jesucristo; estoy por las facultades extraordinarias, por la omnipotencia de Nuestro Padre que está en los cielos”. Tal como sostuvo en un texto titulado “Vagancia,” publicado en “La Religión,” Buenos Aires, 8 de agosto de 1857 (Halperín Donghi 1980), 42-3.

Latinoamérica; una de las dos más influyentes en toda la región; y la que apareció en respaldo de las Constituciones más duraderas. En efecto, la propuesta conservadora ha venido habitualmente de la mano de una promesa efectiva de estabilidad que, en su momento – en el contexto de repúblicas fragmentadas, y sistemas políticos caracterizados por una gravísima fragilidad institucional– representó una promesa de extraordinaria importancia.

Al nivel constitucional, los ideales de “la Cruz y la espada” combinaban dos aspectos centrales del pensamiento conservador. Por un lado la Cruz, esto es decir, la convicción de que las nuevas sociedades debían reorganizarse en torno de un proyecto moral comprensivo (habitual, pero no exclusivamente, el de la Iglesia Católica). Por otro lado la espada, esto es decir, la certeza de que era necesario recurrir a la fuerza para recuperar o imponer el orden – un orden vinculado con aquel proyecto comprensivo, y que era objeto de resistencias y desafíos constantes por parte de una ciudadanía poco educada. Muchas de las primeras y principales Constituciones aprobadas en la región respondieron bastante claramente a estas premisas: pensemos, por caso, en Constituciones como las de Chile, 1823 y 1833 (una de las más duraderas en la historia latinoamericana); las de Colombia de 1843 y 1886; la ecuatoriana de 1869; la de México 1843; o la de Huancayo, Perú, de 1839.

En términos algo más abstractos (y en relación con los ideales constitucionales definidos en la sección anterior), el modelo conservador implicaba el compromiso con dos posiciones teóricas de extendida influencia, de enorme impacto en toda América: el *elitismo político*, y el *perfeccionismo moral*.

Al *elitismo político* podemos asociarlo con dos ideas fundamentales. Por un lado, un reclamo *ontológico*, central en buena parte de la historia del pensamiento político conservador, que viene a afirmar la existencia de ciertas verdades políticas que deben guiar la vida pública. Por otro lado, un reclamo *epistemológico* acerca de quiénes están capacitados o no para conocer o tener acceso a tales verdades políticas. En este caso, lo que los conservadores asumen es que la mayoría de la población no se encuentra bien preparada para decidir por sí misma, acerca de cómo organizar los aspectos fundamentales de la vida en común.

Una buena muestra de cómo podían operar ambos supuestos aparece en *El Federalista* n. 31, en donde Alexander Hamilton se refiere tanto a la convicción – derivada en su caso de John Locke – acerca de la existencia de ciertas “verdades políticas primarias,” como al hecho de que no todos estaban igualmente preparados para conocer el contenido de las mismas. En un breve y revelador párrafo al respecto, Hamilton escribió que:

en todo tipo de disquisiciones, existen ciertas verdades primarias, o primeros principios, de los cuales debe depender todo el razonamiento posterior. Estos principios contienen una evidencia interna que, previa a cualquier reflexión o combinación, determina el asentimiento del entendimiento. Cuando no produce este efecto, ello debe resultar ya sea de algún desorden en el órgano per-

ceptivo, ya sea por la influencia de algún interés extraño, alguna pasión, o algún prejuicio.⁹

La discusión que llevaba adelante Hamilton era eminentemente política: de lo que se trataba entonces era de definir los principios que habrían de regular las instituciones básicas de las nuevas sociedades, y lo que él pretendía, a través de su escrito, no era tanto participar en una discusión filosófica de larga data, sino intervenir en una discusión política urgente, íntimamente imbricada con el dictado y aprobación de la Constitución Federal.

En todo caso, Hamilton proveía una versión más sofisticada y laica de una manera de pensar que tenía y seguiría teniendo enorme peso en toda la región. Otra versión de dicho enfoque, también común, pero más descarnada y estrechamente ligada con la religión, es la que presentara el religioso Bartolomé Herrera, en Perú, en su famosa polémica con el liberal Benito Laso, en torno a los principios fundamentales de la política, y las capacidades de la ciudadanía para conocerlos. Otra vez, en este caso, nos enfrentamos a una disputa crucial – sino la más importante en la historia temprana del constitucionalismo peruano – acerca de cómo fundar las nuevas instituciones de la Nación ahora libre. Decía Herrera:

Las leyes...son principios eternos fundados en la naturaleza de las cosas, principios que no pueden percibirse con claridad, sino por los entendimientos habituados a vencer las dificultades del trabajo mental y ejercitados en la indagación científica. La mayoría de un pueblo se halla en estado de emprender la difícil tarea, indispensable para descubrir esos principios? No: no tiene tal capacidad y quien no tiene la capacidad para hacer algo, no se puede decir sin caer en un absurdo, que tiene derecho de hacerlo. El derecho de dictar las leyes pertenece a los más inteligentes – a la aristocracia del saber, creada por la naturaleza” (Herrera 1929, 131; Basadre 1949).

El planteo de Herrera resume bien la versión más extrema, y clerical, del elitismo propio del conservadurismo constitucional americano.

Lo que es más interesante, de todos modos, es la forma en que este elitismo político adquirió traducción constitucional. Él implicó, fundamentalmente, la concentración de la autoridad en un territorio y sobre una persona, esto es decir, el *centralismo político*, y el *híper-presidencialismo*. Fue el conservadurismo, en efecto, el principal proyecto constitucional que estuvo detrás de la lucha contra el federalismo, y el que más defendió la autoridad concentrada en Ejecutivos todopoderosos: ya sea como en el caso del Presidente vitalicio, propuesto por



⁹ Ver un análisis al respecto, por caso, en White 1987.

Bolívar; ya sea según el modelo teocrático, surgido en el Ecuador de García Moreno; ya sea a través de la figura del Emperador, devenido “Poder Moderador” en Brasil (Calmón 1959, vol. 4; Gilmar Mendes et al., 2008).

Concentremos nuestra atención, ahora, en la otra “pata” central de esta propuesta conservadora, relacionada con su perfeccionismo moral. Decir que el conservadurismo asume una posición *moralmente perfeccionista* implica sostener – de modo paralelo al caso anterior – que el mismo reconoce la existencia de ciertas verdades morales acerca de la vida buena (i.e., formas de vida mejores que otras); a la vez que asume que una mayoría de ciudadanos tiene dificultades para alinear su comportamiento en los términos exigidos por aquellas pautas. Esta última circunstancia dejaba a una mayoría de personas a la merced de engaños o confusiones y, por tanto, a las puertas de la degradación personal, de una vida en el vicio o la corrupción. De allí, otra vez, la necesidad de guía externa y de correcciones externas.

Obviamente, estos fuertes compromisos morales, normalmente asociados con la religión católica, encontraron una pronta traducción constitucional.¹⁰ Típicamente, el constitucionalismo de la región propició cláusulas favorables a la religión católica, ya sea declarando a la misma como religión oficial (el 81% de las Constituciones dictadas durante el siglo xix); ya sea prohibiendo el culto público de otras religiones (el 54% de las mismas). En casos extremos, como en el de Ecuador 1869, la Constitución estableció que la ciudadanía misma quedaba reservada para los que profesaran la religión católica. En otros casos, como en el de Chile 1823, la Constitución vino acompañada de un Código Moral, de más de seiscientos artículos, a través de los cuales el Estado pretendía regular hasta los más elementales aspectos de la vida privada. El Código establecía regulaciones, entonces, sobre el tenor que debían tener los vínculos entre padres e hijos; sobre el modo de celebración de las fiestas públicas y privadas; sobre el uso del alcohol; sobre el ocio y la vagancia; sobre los modos de la música popular; sobre las danzas nacionales; sobre las conductas que debían ser exaltadas como virtuosas, o perseguidas y reprimidas como viciosas.

El influyente Bolívar, mientras tanto, y desde sus primeros escritos constitucionales, defendió una versión laica del Código Moral propiciado por Juan Egaña, para Chile. En su conocida “Carta de Jamaica,” ya sugería que la división de poderes tradicional debía ser completada con la creación de una institución destinada a cuidar de la educación y salud moral de la ciudadanía. Según Bolívar, el nuevo organismo se basaba en el Areópago ateniense y sus “guardianes de las costumbres;” en las prácticas austeras de los espartanos, y en los censores romanos



¹⁰ Los modos adquiridos por el perfeccionismo moral, dentro de Latinoamérica, y a partir de la extraordinaria influencia ejercida por la religión católica, fueron notables. La religión era vista, por muchos de ellos, como un componente esencial de la vida pública. Se trataba, en definitiva, del único lazo que mantenía unido al país, tal como sostuviera el monarquista mexicano José María Gutiérrez Estrada (Fowler 1977, 70). Y, como sostuviera, en igual sintonía, el peruano Bartolomé Herrera, “una Nación tan escasa de vínculos sociales” no podía considerar indiferente el “conservar o destruir el vínculo de la religión” (Paz Soldán 1973, 106).

junto con los tribunales domésticos allí existentes. Este cuarto poder debía ser – en su opinión – una “fuente de Virtud” que tendría por objeto “la infancia y los corazones de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres, y la moralidad republicana” (Belaúnde 1967, 184).¹¹ Según el proyecto ofrecido por Bolívar en Angostura, el Poder Moral debía convertirse en la institución “que vele sobre la educación de los niños, sobre la instrucción nacional...que purifique lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos; que juzgue de los principios de corrupción, de los ejemplos perniciosos”.¹²

La existencia de este tipo de iniciativas explícitas, grandilocuentes o pintorescas, no deben impedir que reconozcamos la que resultara, tal vez, la más importante y perdurable de las influencias del perfeccionismo, a nivel constitucional. La influencia a la que aludo no es la que resulta de la consagración de prohibiciones, religiones oficiales, o códigos morales, sino otra, más indirecta. Me refiero a la vocación por interpretar todo el apartado de los derechos constitucionales, desde el punto de vista de la peculiar concepción comprensiva del bien por ellos defendida.

En tal sentido, y típicamente, los conservadores no vieron en el listado de los derechos constitucionales, una enumeración de los intereses fundamentales que el Estado se comprometía a defender de modo incondicional.¹³ No sorprende, por tanto, que para los conservadores, la garantía y respeto de los derechos resultara condicionada al primordial resguardo de la religión. Como dijera Juan Egaña,

Es un error permitir toda clase de calumnia e insulto, y que se ataquen los principios más sagrados e inviolables de la religión y la moral, con la expectativa de castigar después a sus autores...La suma de los males que produce la libertad de imprenta en la religión, la moral, la mutua concordia interior de los ciudadanos, y aun el crédito exterior de la nación, es mucho mayor que sus bienes. (Egaña 1969, 84-85).

Una operación similar se advierte, por caso, en la Constitución ecuatoriana de 1869, cuando, por caso, tornaba, dependiente el derecho de asociación del debido respeto a “la religión, la moral y el orden público.” Ésta fue, también,



¹¹ El mismo se compondría de dos Cámaras: la primera, la Cámara oral, tenía como jurisdicción debía publicar tablas estadísticas con las virtudes y los vicios, así como listas comparativas con las personas más virtuosas y distinguida; mientras que la segunda, la Cámara de la Educación, debía controlar la educación moral y física de los niños, hasta los doce años.

¹² Ver, por ejemplo, en <http://www.analitica.com/bitblibio/bolivar/angostura.asp>

¹³ Más todavía, muchos de ellos suscribían una *visión organicista, anti-individualista* de la sociedad, que no encajaba bien con el respeto incondicional de los derechos individuales, que muchos de sus rivales reclamaban. Como dijera el conservador colombiano Miguel Antonio Caro (ideólogo de la Constitución de 1886, y futuro presidente de su país): “la sociedad es una entidad moral, con sus derechos y deberes, y no basta que el individuo cumpla los suyos para que ella haya llenado su misión, porque ella no es el individuo” (Valencia Villa 1992, 235).

la aproximación que sugirieron los convencionales conservadores, en la Argentina, durante la discusión de la Constitución de 1853: para ellos, todos los derechos, incluyendo el derecho de trabajar o el de participar en política, debían interpretarse teniendo en cuenta las necesidades de la religión. Una forma de razonamiento similar puede encontrarse, también, en Bolívar, en su reacción frente a lo que denominaba “las máximas exageradas de los derechos del hombre.” En su opinión, no tenía sentido pensar en los derechos de las personas como se pensaba sobre ellos en Francia, es decir, como derechos intangibles e incondicionales: nada era más importante que preservar el orden social, por lo cual todos los compromisos del Estado debían saber acomodarse, primero, a esta circunstancia.

En definitiva, esta peculiar conjugación – elitismo político, perfeccionismo moral – vino a dar contenido a las propuestas constitucionales del conservadurismo, en América, desde su momento fundacional. Una vez reconocidos los rasgos centrales de este primordial modelo, podemos pasar a examinar el contenido y contorno de sus proyectos rivales.

El modelo republicano

El modelo republicano o radical es el que crece con, a la vez que alimenta a, las luchas independentistas.¹⁴ Se trata del modelo del autogobierno, el que nace al calor de reclamos colectivos en pos de la independencia y la auto-determinación. Y si bien es cierto que, conforme a lo dicho, se trató de un modo de pensar la organización constitucional muy apegado al momento independentista, también lo es que el mismo tendió a resurgir frente a los nuevos reagrupamientos que iba mostrando el pensamiento conservador (en Latinoamérica, de modo muy notable, a mediados del siglo xix, y acompañando el “momento rojo,” de las “revoluciones democráticas de 1848”). Se trata, en definitiva, de un modelo que nace en diálogo y confrontación con el modelo conservador, dominante en la región durante largos períodos. No es de extrañar, entonces, que el radicalismo pueda ser reconocido como la contra-cara del conservadurismo, al menos en algunos de sus rasgos fundamentales.

En lo que sigue, vamos a definir al radicalismo a partir de dos de sus rasgos centrales: el *mayoritarismo político* y, lo que denominaré, a falta de un término mejor, el *populismo moral*.

La primera de estas características, el mayoritarismo político, es la que nos revela a la postura republicana en su faceta más crítica y opuesta al conservadurismo. En efecto, el elitismo político que asociábamos con el proyecto conservador vira aquí a una postura de rechazo, de directa confrontación con la anterior, que descansa en la autoridad superior de las mayorías populares. Lo que aquí se afirma enfáticamente, es lo que allí se rechazaba de modo drástico: el derecho de las mayorías a autogobernarse, a darse sus propias reglas y decidir por sí mismas el modo en que quieren llevar a cabo su vida en común.

Por supuesto, las formas que fue adquiriendo este ideal – el ideal del autogobierno – variaron en tiempos diferentes, y de acuerdo con el pensamiento



¹⁴ Usaré, en lo que sigue, y de modo indistinto, las categorías de “republicano” y “radical.”

El primer derecho constitucional latinoamericano – GARGARELLA, R.

de autores diferentes. Sin embargo, de entre ellas descartaría una, por el grado de refinamiento y precisión que alcanzara. Me refiero a la defensa que hiciera del mayoritarismo político el extraordinario radical chileno Francisco Bilbao, a lo largo de su vida itinerante, de exilio en exilio, y en particular en uno de sus escritos más memorables, de 1855, y al que titulara “El gobierno de la libertad.” Dicho escrito representa la respuesta que diera Bilbao (en ese momento, exiliado en Perú), frente a una convocatoria hecha por el general Castilla, para reformar la conservadora carta constitucional vigente, que databa de 1839.

En el texto, que refiere a los contornos que debían caracterizar a la nueva Constitución, el pensador chileno reflexiona detenidamente sobre el constitucionalismo, y el lugar que debían ocupar las mayorías populares en la nueva sociedad, y lo hace con un lenguaje y un ideario claramente rousseauiano, y reivindicando directamente a la única Constitución que considera que “merece ser recordada” en la historia de la humanidad, esto es, la Constitución jacobina de 1793. Dando cuenta de los alcances de su mayoritarismo, Bilbao defiende a la democracia directa frente a quienes consideran que ella es impracticable (Bilbao 2007, 321-22); define a la delegación del poder legislativo como “crimen de lesa humanidad” (ibid., 326), como “esclavitud disfrazada de soberanía” (“La historia de los congresos lo comprueba”, insiste, ibid., 322); y piensa a la representación en vínculo con el mandato imperativo y el derecho de revocatoria de mandatos (ibid., 321-22): “El pueblo nombra el tribunado” – proclama Bilbao – al que presenta como “un agente, dependiente del soberano, con mandato imperativo, con el derecho especial de inicitiva, con el deber de elaborar la iniciativa de todos... El tribunado es revocable, responsable, reelegible en su totalidad o en parte y cuando lo manifieste el soberano” (ibid., 327).

Claramente, el de Bilbao es un ejemplo notable, y en cierto sentido irreplicable dentro de la región, pero convendría no exagerar su excepcionalismo. Sus propuestas, en todo caso, sofistican y extreman las que eran propias de muchos otros activistas, políticos y pensadores de la época, que veían, como él, que las revoluciones independentistas no debían frustrar sus promesas emancipatorias – propuestas que habían dotado a las revoluciones de contenido y, sobre todo, de legitimidad.

Las formas que fue adquiriendo este discurso mayoritarista fueron diversas, pero en todas ellas podemos reconocer, sin dudas, la apuesta de los radicales por *salidas colectivas, anti-individualistas, anti-autoritarias, apoyadas en la regla de la mayoría, e intensamente necesitadas del brazo de la ayuda estatal*. Fueron ellos, los radicales, los que más y mejor abogaron por romper un esquema de toma de decisiones excluyente, autoritario, concentrado en unas pocas manos. Vemos expresadas estas convicciones, por caso, en la *radical crítica a la delegación de poder* que presentara Bilbao, pero también en el fuerte *sesgo anti-presidencialista*, que caracterizara a los propuestas de los primeros radicales en Nueva Granada o en Perú (quienes reaccionaban, muy en particular, contra el militarismo autoritario que proponía Simón Bolívar). Reconocemos estos compromisos mayoritarios, también, en la consistente defensa republicana del *federalismo político* y la *desconcentración de la autoridad* (banderas éstas características del “anti-

federalismo” norteamericano; de los “liberales puros” en México; del liberalismo-radical colombiano de mediados del siglo xix; etc.). Así también, el mayoritarismo radical se manifiesta en la preferencia por una *separación estricta* de los poderes, orientada a librar de indebidas interferencias a la Legislatura, y a asegurar así su predominio (así, por caso, en las iniciativas constitucionales defendidas por el radical británico Thomas Paine, en los Estados Unidos). Advertimos este mayoritarismo, de modo muy especial, en la decisiva campaña impulsada por los radicales, en pos de la *mayor inclusividad del sistema político* (así, por caso, en la indeclinable defensa que hicieron políticos como Manuel Murillo Toro, en favor del sufragio universal; o en la prédica integradora, jacobina, de un Silva Jardim en Brasil, cfr. Murilo de Carvalho 1995). Y ello se reconoce, también, en la audaz y novedosa defensa de las *asociaciones* (“la necesidad de nuestro siglo”)¹⁵ como esquema de organización colectivo, basado en la cooperación entre sus miembros (una defensa de las asociaciones que encuentra varios ejemplos notables, en la región, como los que nos proveen los escritos y discursos de Juan Montalvo, en Ecuador; o el religioso Francisco de Paula González Vigil, en Perú). Se trata de rasgos que terminaron por comprometer a los radicales con un intenso *activismo e intervencionismo estatal* que contrastaba de modo obvio, al menos discursivamente, de la tan común defensa del “dejar hacer, dejar pasar,” propiciado por una significativa porción de la elite de la época (fue esta defensa del activismo la que llevó a muchos radicales a emprender duras polémicas con sus adversarios defensores del libre cambio, como se puede comprobar, por caso, en el brillante debate que enfrentara, en Colombia, a Murillo Toro con Miguel Samper).

El otro rasgo distintivo del republicanismo político, conforme lo definiera más arriba, fue el que denominara *populismo moral*. La noción de populismo moral nos refiere a una extensión del principio mayoritarista al ámbito de la moral y de los derechos. La idea puede entenderse mejor si uno la compara con el perfeccionismo moral que asociamos al conservadurismo. En ese caso, nos encontrábamos con una concepción del bien particular (muchas veces ligada con una determinada religión): una visión comprehensiva, definida de antemano, que servía como principio organizador de la vida pública, y máxima interpretativa fundamental, a la hora de pensar en los derechos de las personas. Así, y para retomar el caso más común en Latinoamérica, los individuos debían sujetar sus comportamientos a las pautas definidas por la religión católica, que era reconocida de ese modo como el modelo de vida correcto, y que debía resultar, por tanto, respaldado por la fuerza estatal. En el caso del radicalismo, la idea es parcial, aunque no completamente, diversa de la anterior: se trata de regular la vida política y social a partir de – y en nombre de – la regla mayoritaria. En comunidades mayoritariamente religiosas, dicho compromiso mayoritario puede implicar el otorgamiento de un respaldo especial a la religión dominante. Ésta era, por caso, la posición que defendiera Richard Henry Lee, frente a James Madison, en 1784, cuando sostuviera que la religión debía actuar como “guardián de la moral,” o

.....

¹⁵ Así, en la opinión de Juan Montalvo (Montalvo 1984, 28).

El primer derecho constitucional latinoamericano – GARGARELLA, R.

cuando bregara por el deber de formar el pensamiento de los ciudadanos “en favor de la virtud y la religión.” (Storing 1981, 22-23). Sin embargo, el fundamento de esta posición no radicaba, como en el perfeccionismo, en el valor intrínseco sino en el *valor instrumental o contingente de la religión*. La asociación entre Estado y religión podía ser defendida, entonces, y como imaginara Lee, de forma tal de honrar la voluntad colectiva, o podía defenderse, en cambio, del mismo modo en que Juan Jacobo Rousseau defendiera a la “religión civil,” esto es decir, en razón del servicio que era capaz de ofrecer la misma a la voluntad colectiva, en tanto “cemento social,” elemento aglutinante y homogeneizador de sociedades en riesgo de fragmentación (Wolff 1996, 95).

No hablamos aquí, entonces (y como lo hará el liberalismo, según veremos a continuación), ni de un ámbito de la moral privada, inexpugnable e impenetrable por el aparato estatal; ni hablamos tampoco de derechos incondicionales, innegociables, y que representan una insuperable barrera de contención frente a los abusos potenciales del Estado. La distinción entre voluntad colectiva y voluntad individual aquí resulta diluida, y esas barreras de contención entre individuo y Estado vuelan por los aires. Posiblemente, el mejor ejemplo para ilustrar lo dicho tenga que ver con el caso de las *virtudes cívicas*, seguramente el aspecto más distintivo en la extensa historia de la teoría política republicana – uno de los pocos aspectos que parecen formar parte del núcleo duro, común, del pensamiento republicano, desde sus orígenes y hasta hoy (Pettit, 1997; Skinner 1983).

La idea es la siguiente: el Estado republicano necesita de una ciudadanía caracterizada por ciertos rasgos de carácter, ciertas cualidades morales, que son las que permiten el sostenimiento de una nación libre, frente a la amenaza de potencias y comunidades externas (Sandel 1996, Murilo de Carvalho 1995, cap. 1). Tales rasgos de carácter eran los que habían hecho posible todo el movimiento independentista, durante el cual grupos amplios de ciudadanos aceptaron sacrificar todas sus pertenencias y hasta su vida, en pos de la independencia política de su país. De allí que, para los republicanos, resultase inconcebible un escenario público marcado por la presencia de una ciudadanía políticamente apática, no identificada con la vida de los demás, indiferente frente a la suerte del prójimo, desapegada del destino de su comunidad.

Por lo dicho, los republicanos rechazaron la idea del “Estado neutral” y, contra el mismo, defendieron como posible, deseable y justificada la existencia de un Estado activista, dispuesto a instar a sus miembros a un compromiso más intenso con la vida en común. Un ejemplo tal vez extremo en este respecto se encuentra en la radical y efímera Constitución mexicana de Apatzingán, de 1814, que adoptando un lenguaje rousseauiano, definía de modo muy estricto las dimensiones que debía asumir el compromiso ciudadano frente a su comunidad. En el art. 20 de la Constitución se consagraba entonces, y por ejemplo, un *absoluto predominio de la voluntad general sobre la particular*: “La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general.” Del mismo modo, el art. 41 definía, entre las obligaciones de los ciudadanos, la absoluta obediencia a las autoridades constituidas, a la vez que “una pronta dis-

posición a contribuir a los gastos públicos, un sacrificio voluntario de los bienes y de la vida cuando sus necesidades lo exijan.”

Ahora bien, lo dicho hasta aquí puede sugerir, equivocadamente, que los republicanos mantenían una idea simplemente hostil frente a la noción, más tradicional, de los derechos constitucionales como derechos inviolables e incondicionales. Conforme viéramos, los republicanos aparecían dispuestos a sacrificar intereses individuales importantes en nombre de las necesidades del conjunto. Sin embargo, la aseveración anterior es cierta sólo de manera parcial. En realidad, ellos sostenían una aproximación más bien heterodoxa en torno a los derechos, que en parte restringía, pero en parte también expandía las nociones más comunes en torno a los mismos. Más que pensar en la lista de derechos como un modo de atrincherar ciertos intereses fundamentales, para así tornar posible la vida privada, los republicanos veían en la declaración de derechos un modo de asegurar las condiciones que harían posible la vida pública.

Buena muestra de lo dicho se advierte cuando prestamos atención al modo en que los republicanos pensaron parte de lo que hoy consideramos el catálogo de derechos constitucionales básicos. Me refiero al área de los derechos políticos y a la de los derechos sociales. En relación con los primeros, sostuve ya que los republicanos tuvieron un papel protagónico en la discusión acerca de los mismos, y claramente en defensa de una visión más expansiva al respecto.

En momentos en que el derecho al sufragio era objeto de enfoques fuertemente restrictivos, y se privaba de la ciudadanía plena a la mayor parte de la población, ya sea por su condición económico-social, su género, su raza, o su nivel educativo, la labor de los republicanos en pos de expandir la ciudadanía resultó de primera importancia. Conforme dijera, pocas posiciones fueron tan influyentes y articuladas al respecto – aquí, específicamente, en la defensa del sufragio universal – como la que sostuviera el colombiano Murillo Toro. Murillo no sólo fue una figura crucial en el avance de la iniciativa universalista, sino además su principal y aislado defensor, cuando parecía que la propuesta se caía definitivamente, ante el aparente fracaso de la primera experiencia con el sufragio extendido.

Frente a tales críticos, Murillo sostuvo que,

es de esencia del sufragio perfeccionarse a medida de su uso... si aceptáramos [la fuerza de tal afirmación], tendríamos que la república democrática es imposible entre nosotros. Si la república ha de ser el gobierno de todos por todos, o más bien, el gobierno de cada uno por sí mismo, y conviniésemos en que la mayoría no está en la posibilidad de gobernarse por sí misma... deberíamos despedirnos del sistema democrático y proclamar una dictadura (Murillo Toro 1991, 93).¹⁶

.....

¹⁶ Agregaba, por lo demás, que “eso de hacer depender el derecho de la capacidad es lo más arbitrario y vago y daría lugar a mayores fraudes que los que ahora se cometen. En efecto, cuál es la medida de la capacidad de los individuos para hacer uso del sufragio? Nadie puede determinarlo, porque apenas

El otra área donde la influencia del radicalismo político fue decisiva, dentro de la batalla latinoamericana en pos de una expansión en materia de derechos, fue la relacionada con lo que hoy llamamos derechos sociales. En tal respecto, son muchas las iniciativas que destacan, comenzando por la temprana y notable iniciativa del líder independentista uruguayo, José Gervasio Artigas, quien dictara un *Reglamento Provisorio de la Provincia Oriental para el Fomento de la Campaña*, destinado no solamente a asegurar una redistribución de la tierra, sino también a hacerlo a partir de un criterio progresivo e igualitario, por medio del cual se beneficiaba, en primer lugar, a los grupos más desaventajados de la sociedad, incluyendo a “negros libres,” “zambos,” “americanos nativos,” “viudas con hijos” y “criollos” (Petit Muñoz 1956; Sala de Touron et al., 1978).

Medidas como la citada, orientada a asegurar ciertos derechos fundamentales para todos, pero en particular para los que estaban peor, y a pesar de que no fueron las más comunes, se repitieron a lo largo de toda la región durante todo el siglo xix. Uno puede alistar, entre otros ejemplos similares, las fuertes medidas redistributivas exigidas por los radicales mexicanos, desde los comienzos de la independencia (así, en la labor de los primeros “curas revolucionarios”), hasta muy avanzado el siglo, como se demostrara, de modo especial, en las profundas reformas agrarias exigidas por los liberales-radicales en la Convención Constituyente de 1857 – en especial a través del trabajo de Convencionales como Ponciano Arriaga, Castillo Velasco o Ignacio Ramírez (Reyes Heróles 1957; Sayeg Helú 1972; Zarco 1957).

Ejemplos como los citados, según entiendo, nos ayudan a reconocer la influencia – moderada, pero no menor – ejercida por el republicanismo americano en el diseño de las Constituciones de las nuevas sociedades independientes. Cumplida esta tarea, podemos ahora concentrar nuestra atención en el último de los modelos constitucionales a los que hiciéramos referencia, es decir, al modelo liberal.

El modelo liberal

El tercer proyecto importante, dentro del temprano constitucionalismo americano, fue el propuesto por el liberalismo. Revisar al mismo luego de haber explorado los dos modelos anteriores – el conservador y el republicano – facilita grandemente la tarea de entender al constitucionalismo liberal, dado que el mismo creció en un permanente diálogo con los dos modelos rivales, de los que intentó siempre, y con éxito, diferenciarse.

Definimos aquí al modelo constitucional liberal a partir de un doble compromiso: *equilibrar al poder*, y asegurar la *neutralidad moral* del Estado. Este

puede haber una cosa más sujeta a disposición que lo que se llama capacidad intelectual. En ella hay tales gradaciones y diferencias, que sería añadir mayores dificultades a la cuestión de reglamentar el sufragio (ibid. 95). Y concluía: “no hay mejor sistema para hacer la educación política de los pueblos que el de ponerlos a la obra en que quiere formarseles. Ningún pueblo se educa en abstracto, es funcionando que acaba por aprender. El sufragio educa a los pueblos, y los abusos mismos del clero y de los propietarios de la tierra aceleran las más de las veces la independencia e instrucción” (ibid.).

doble compromiso puede leerse en perfecta sintonía con lo señalado. Esto es decir, la parte orgánica de la Constitución debía servir para imposibilitar los abusos y excesos políticos que parecían propiciar los modelos rivales; mientras que la parte dogmática de la misma – la Declaración de Derechos – debía hacer posible el establecimiento de barreras infranqueables, capaces de asegurar que los individuos pudieran vivir sus vidas del modo elegido por ellos mismos.

Ese doble compromiso, que ahora revisaremos con algún detalle mayor, aparecía erigido sobre un valor nuclear, primitivo y definitorio del proyecto liberal, como lo es el de la protección de la *autonomía individual*. Podemos vincular a la idea de autonomía individual con la capacidad de los individuos de escoger y llevar a cabo, libremente, sus propios planes de vida (Nino 1991). La irrestricta defensa de la autonomía individual, propiciada por los liberales, contrastaba radicalmente con lo sostenido por las posturas rivales. Por un lado, y de este modo, los liberales contradecían el perfeccionismo moral de los conservadores y – en especial, en Latinoamérica – su vocación por organizar a la sociedad en torno a los dictados de una religión particular. Por otro lado, y al mismo tiempo, la defensa liberal de la autonomía implicaba un directo desafío de la disposición republicana a desplazar la voluntad individual en casos de colisión con el interés general de la sociedad.

La manifestación institucional más importante de este compromiso liberal con el respeto de la libre elección, apareció en la propuesta de una lista de derechos individuales, inviolables e incondicionales. Como dijera el notable liberal chileno Juan V. Lastarria (uno de los principales críticos de la Constitución de Chile de 1833),

al sancionar todos estos derechos...debe la constitución hacerlo de una manera incondicional, como la de los Estados Unidos; porque si adopta el método de las demás constituciones modernas, limitando cada una de aquellas libertades con las cláusulas de ‘salvo la represión de los delitos cometidos por el uso de estas libertades’ o de ‘en la forma determinada por las leyes o los reglamentos de policía’ u otras del mismo sentido, incurrirá en el gravísimo error de dejar los derechos individuales y sociales al arbitrio del poder político” (Lastarria 1906, vol. 2, 271, el subrayado es mío).

Esta defensa de una lista de derechos incondicionales contrastaba directamente con la aproximación a los derechos que parecía caracterizar a las posturas rivales. Por un lado, dicha postura era diferente de la que tenían los conservadores que, típicamente, y según viéramos, tendían a interpretar el sentido y alcance de esos derechos en sintonía con las necesidades de la religión. Y contrastaba con la idea republicana, que veía al bienestar general como límite frente a los reclamos hechos en nombre de los derechos individuales, y no a la inversa.

La irrestricta defensa liberal de la autonomía individual, llevó a que se identificara la postura del liberalismo, apropiadamente, con una visión *indivi-*

El primer derecho constitucional latinoamericano – GARGARELLA, R.

dualista, esto es, una visión que metodológicamente reconocía la primacía del individuo, como unidad de análisis y punto de mira para pensar y organizar a la sociedad. La otra crucial manifestación pública de esta postura (estrechamente vinculada con la anterior) se reconoce en la visión *espontaneísta*, *anticolectivista*, y sobre todo *antiestatista*, defendida por los liberales (Jaramillo Uribe 1964, 50). Lo dicho implica señalar que, para los liberales, el Estado debía abdicar de sus pretensiones perfeccionistas y regulatorias, para permitir, en cambio, que la organización de la sociedad surgiera, espontáneamente, a partir de los acuerdos y contratos libremente firmados, entre sí, por sus integrantes. El punto es importante ya que nos ayuda a advertir lo que, por entonces, resultaba un presupuesto fundante del liberalismo: ellos reconocían al Estado como principal amenaza frente a la libertad individual – la gran fuente de abusos a la que debía contenerse, ponerse límites. De allí que el gran jurista colombiano José María Samper pudiera declarar, en su momento:

es menester legislar lo menos posible, renunciar a la manía de reglamentación e imitación. En las viejas sociedades donde los intereses son tan complicados y donde tienen tan profundas raíces, la reglamentación de la vida social, sin ser justificable en sus excesos, es algo comprensible. En las sociedades nuevas, exuberantes e incorrectas, reglamentar la vida es estancarla. La manía de los gobernante hispano-colombianos de gobernar a la europea, plagiando sistemas impropios del Nuevo Mundo ha conducido las cosas al contraste más absurdo: *la reglamentación en la democracia*, ideas que se excluyen esencialmente. Si se quiere, pues, tener estabilidad, libertad y progreso en Hispano-Colombia, *es preciso que los hombres de Estado se resuelvan a gobernar lo menos posible, confiando en el buen sentido popular y en la lógica de la libertad*; que se esfuercen por simplificar y despejar las situaciones, suprimiendo todas las cuestiones artificiales, que sólo sirven de embarazo (Samper 1881, 486-88).

En sintonía con su par colombiano, el jurista argentino Alberdi, como tantos pensadores de su época, propiciaba una política de *laissez faire*. Los límites en que Alberdi pensara, frente al Estado – los límites capaces de inducir al mismo a concentrarse en la “seguridad” y en las “garantías protectoras” – quedaron claramente expresados en la Constitución argentina de 1853, de la que él fuera principal ideólogo. De lo que se trataba era de consagrar un listado de derechos y “libertades civiles” inviolables, que operasen como barreras infranqueables frente a las ansiedades regulatorias propias del Estado. Según Alberdi, tales libertades (que incluían la libertad de industria, la de contratar, la de comerciar, etc.) debían ser “ilimitadas y abundantísimas”, a diferencia de lo que debía ocurrir con las “libertades políticas” (vinculadas, sobre todo, con el derecho al sufragio), que la ciudadanía no parecía bien preparada para recibir, y que por tanto debían ser reconocidas con extrema prudencia.

Esta mirada concentrada en la protección de la libertad individual, trascendía obviamente la sección constitucional reservada para los derechos, y encontraba inmediata traducción en los modos en que los liberales proponían organizar el poder. Una excelente puerta de entrada, para reflexionar sobre la postura liberal, en este respecto, nos la proporciona una metáfora permanentemente por los liberales de la época. Me refiero a la idea que decía que el buen sistema de gobierno era, exclusivamente, aquél capaz de evitar la doble amenaza impuesta por el riesgo de la *tiranía*, y el riesgo de la *anarquía*. Esa simple idea, que recorrió de un lado al otro toda la región americana, durante décadas, representa un excelente resumen de la mirada liberal sobre la división de poderes constitucional.

Una interpretación plausible, más o menos obvia, de dicha frase, nos permite vincular al mal de la tiranía tanto con los abusos impuestos por el poder de la Corona – ya sea que hablemos de la Corona de Inglaterra, España o Portugal – sobre las colonias americanas; como con la arbitrariedades propias de los gobernantes y caudillos autoritarios. Es decir, el “mal de la tiranía” tenía mucho que ver con escenarios que, de modos diversos, resultaban defendidos o auspiciados por el conservadurismo. “El mal de la anarquía,” mientras tanto, nos refiere a otro tipo de males, que podemos asociar con la actividad de las tropas rebeldes de Daniel Shays en Springfield, levantándose contra el orden legal; el temprano saqueo “del Parián,” en México independiente; la “guerra social” encabezada por Juan Boves y sus masas de desharrapados, en Venezuela 1814; o tantos otros eventos conflictivos de raíz claramente popular. Es decir, hablamos en este caso de masas de gente desafiando y poniendo en crisis el orden legal establecido – un escenario que, según muchos, los radicales propiciaban, a la vez que se mostraban incapacitados para limitar.

La propuesta liberal sobre cómo organizar la relación entre poderes emergió, en buena medida, a partir de una reflexión sobre esos mundos posibles, conocidos, reales. En particular, su preocupación mayor fue la de evitar que el nuevo sistema institucional, que entonces comenzaba a emerger, resultara funcional a la producción de aquellas pesadillas o, lo que es peor, sirviera para darle autoridad legal a los atropellos. Ésta fue, sin embargo, exactamente la situación que muchos vislumbraron, en los Estados Unidos, en los años fundacionales del constitucionalismo, y luego de un difícil período definido por las rebeliones armadas de quienes se sentían traicionados por la revolución. Victoriosos en elecciones locales, muchos de ellos impulsaron la sanción de leyes (en particular, leyes que permitían la emisión de “papel-moneda”), que daban respaldo jurídico a los mismos proyectos que antes habían exigido, con las armas en la mano, y en desafío a la ley.¹⁷ Es ésta situación la que marca distintivamente al proyecto constitucional del liberalismo: rediseñar las instituciones, de forma tal de cerrarle la puerta a los abusos cometidos por “uno” o por “muchos”.



¹⁷ Ahora, y como sostuviera Gordon Wood, las leyes de “confiscación de propiedad, los programas por el papel-moneda... los diversos medios destinados a suspender el recobro de deudas” no eran el producto de la furia enloquecida de algunos, ni de una “magistratura irresponsable y tiránica,” sino el resultado de legislaturas perfectamente representativas (Wood 1969, 405-6).

El *sistema de frenos y contrapesos* aparece, entonces, como un excelente ejemplo – una prístina manifestación – del compromiso liberal con la libertad individual, y de su certeza de que ninguna de las concepciones rivales sería capaz de evitar las peores amenazas que se cernían sobre la misma. En efecto, el sistema de “frenos y contrapesos” no vino a significar otra cosa que un decidido esfuerzo por organizar al sistema institucional contra los riesgos que las propuestas alternativas dejaban abiertos. Así, y contra la vocación conservadora por concentrar la autoridad política en una persona (sino de transferirle directamente poderes extraordinarios), los liberales prohibieron la delegación de facultades extraordinarias, auspiciaron la descentralización del poder, y limitaron estrictamente los poderes normativos del presidente. A la vez, y contra la disposición republicana a convertir a la Legislatura en un órgano soberano, todopoderoso, prácticamente ilimitado, los liberales tendieron a dividir a la Legislatura en dos secciones, y sujetaron a la misma a complejos mecanismos de controles y vetos cruzados. Se trataba de pasar desde un sistema de “separación estricta,” a un modelo de “frenos y contrapesos” entre las diversas ramas del poder. Constituciones como la chilena, de 1823; Colombia, 1853 o 1863; México, 1824; Perú, 1828 y 1834, representan ejemplos, en ocasiones tímidos, hechos por los liberales latinoamericanos, en su intento por seguir – entre otros – al viejo modelo de la Constitución norteamericana de 1787, y comenzar a fijar límites significativos a una dura historia de abusos cometidos desde el poder.

Breves comentarios finales

Las páginas anteriores nos permiten reconocer la variedad y riqueza de ideas que distinguieron al primer constitucionalismo latinoamericano. Este auspicioso panorama contrasta con lecturas simplistas que pueden ver, en la potencia y los cambios frecuentes propiciados por el constitucionalismo regional, síntomas de su debilidad o su falta de sustancia, o una manifestación de su pura dependencia de proyectos de poder personalizados. Lo cierto es que tenemos mucho que aprender, todavía, de los constitucionalistas que nos precedieron. Ellos supieron plantearse, con libertad mental, creatividad y agudeza, respuestas ingeniosas frente a problemas que todavía enfrentamos. El análisis presentado en este escrito puede ser visto, por ello, tanto como un reconocimiento al valor de sus ideas, como una invitación a seguir estudiándolas.

REFERÊNCIAS

- Alberdi, J. B. (1920), *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad.
- Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Basadre, J. (1949), *Historia de la República del Perú*, Editorial Cultura Antártica, Lima.
- Belaúnde, V. (1967), *Bolívar and the Political Thought of the Spanish American Revolution*, New York: Octagon Books.
- Bilbao, F. (2007), "El gobierno de la libertad," en *Francisco Bilbao, 1823-1865*, Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio.
- Bolívar, S. (1950), *Bolívar. Obras Completas*, La Habana: Editorial Lex, 3 vols.
- Bolívar, S. (1819), *Discurso de Angostura*, en <http://www.analitica.com/bitlibio/bolivar/angostura.asp>
- Bolívar, S. (1976), *Doctrina del Libertador*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Brown, R. (1983), "Shays's Rebellion and its Aftermath: A View from Springfield, Massachusetts, 1787," *William and Mary Quarterly*, vol. XL, n. 4, Octubre.
- Brown, R. (1955), *Middle-Class Democracy and the Revolution in Massachusetts*. Ithaca: Cornell University Press.
- Brown, R. (1970), *Revolutionary Politics in Massachusetts. The Boston Committee of Correspondence and the Towns, 1772-1774*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Calmón, P. (1959), *Historia de Brasil*, BR J Olympio, Río de Janeiro: vols. 4 y 5.
- Collier, S. (1967), *Ideas and Politics of Chilean Independence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Donoso, R. (1967), *Las ideas políticas en Chile*, Santiago: Facultad de Filosofía y Educación.
- Egaña, J. (1969), *Juan Egaña. Antología*, ed. Por Raúl Silva Castro, Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Elster, J. (1993), "Constitutional bootstrapping in Paris and Philadelphia", *Cardozo Law Review* 14, 549-76.
- Feer, R. (1988), *Shays's Rebellion*. New York: Garland.
- Fowler, W. (1966), *Mexico in the Age of Proposals, 1821-1853*, Connecticut: Greenwood Press.
- García Moreno, G. (1887), *Escritos y discursos de Gabriel García Moreno*, Quito: Imprenta del Clero.
- Halperín Donghi, T. (1980), *Proyecto y Construcción de una Nación*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Herrera, B. (1929), *Escritos y discursos*, Lima: Librería Francesa.
- Jaramillo Uribe, J. (1964), *El pensamiento colombiano en el siglo xix*, Bogotá: Editorial Temis.

El primer derecho constitucional latinoamericano – GARGARELLA, R.

- Lastarria, J.V. (1906), *Estudios políticos y constitucionales*, Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, vols. 1 y 2.
- Lira, A. (1997), “Lucas Alamán y la organización política de México,” en *Lucas Alamán*, México: Ediciones Cal y Arena.
- Loveman, B. (1993), *The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Mendes, G., et al (2008), *Curso de Direito Constitucional*, San Pablo: Editora Saraiva.
- Montalvo, J. (1984), *Selections from Juan Montalvo*, ed. por MacDonald Spindler, F. & Cook Books, Tempe: Center for Latin American Studies: Arizona State University.
- Murilo de Carvalho, J. (1995), *La formación de las almas*, Buenos Aires: Univ. de Quilmes.
- Murillo Toro, M. (1979), *Obras Selectas*, Bogotá.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Noriega, A. (1972), *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, México: Universidad Nacional Autónoma.
- Paz Soldán, J. (1973), *Derecho constitucional peruano*, Lima: Ediciones Librería Studium.
- Petit Muñoz, E. (1956), *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- Pettit, P. (1997), *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.
- Reyes Heróles, J. (1957), *El liberalismo mexicano*, México: Universidad Nacional de México.
- Rossiter, C. (1982), *Conservatism in America*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sala de Touron, N., y Rodríguez, J. (1978), *Artigas y su revolución agraria, 1811-1820*, México: Siglo XXI.
- Samper, J. (1893), *Los partidos en Colombia*, Bogotá: Imprenta Echeverría Hermanos.
- Sandel, M. (1996), *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sayeg Helú, J. (1972), *El constitucionalismo social mexicano*, México: Cultura y Ciencia Política.
- Schuckers, J.W. *A Brief Account of the Finances and Paper Money of the Revolutionary War*. Philadelphia: John Campbell and Son, 1978.
- Silva Castro, R. (1969) *Juan Egaña. Antología*, Santiago de Chile: Editora Andrés Bello.
- Sills, D. (1968), ed., *International Encyclopedia of Social Sciences*, The Macmillan Company & The Free Press.
- Skinner, Q. (1983), “Machiavelli on the Maintenance of Liberty,” *Politics*, 18: 3-15.

- Storing, H. (1981), *What the anti-Federalists were for*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Szatmary, D. (1987), "Shays' Rebellion in Springfield," in M. Kaufman ed., *Shays' Rebellion: Selected Essays*. Westfield State College.
- Valencia Villa, A. (1992), *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- White, M. (1987), *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Wolff, J. (1996), *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Wood, G. (1966), "A Note on Mobs in the American Revolution," *William and Mary Quarterly*, vol.XXIII, n.4: 635-642.
- Wood, G. (1969), *The Creation of the American Republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company.
- Wood, G. (1992), *The Radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred Knopf.
- Zarco, F. (1957), *Historia del Congreso Constitucional de 1857*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos.

[Por um Sul: América Latina]

Miguel Mesquita Fernandes*

Resumo: O conhecimento eurocêntrico é a marca de toda uma colonização da América Latina que sofre, até os dias atuais, dos males sociais referentes à dominação europeia. Dessa forma, o artigo traz a tentativa de uma reflexão acerca da produção do conhecimento nas áreas sociais, chamando o leitor à atenção acerca de uma epistemologia voltada para o Sul global, a pensar os seus problemas através de um saber que respeite a integração do pensamento europeu, conjunto ao pensamento dito marginalizado.

Palavras-chave: Eurocentrismo; Colonialidade do Poder; América Latina; Ecologia dos Saberes

Resumen: El conocimiento eurocéntrico es la marca de toda una colonización de Latinoamérica que sufre, hasta los días actuales, de los malos sociales referente a la dominación europea. De esta manera, el artículo trae un intento de una reflexión acerca de la producción del conocimiento en las áreas sociales, llamando al lector la atención con respecto a de una epistemología volvida al Sur global, a pensar sus problemas a través de un saber que respete la integración del pensamiento europeo, conjunto al pensamiento dicho marginal.

Palabras clave: Eurocentrismo; Colonialidad del Poder; Latinoamérica; Ecología de los Saberes

I – Introdução

A compreensão do conhecimento, sua formação e validade são de grande importância para, não só poder haver uma análise acerca das conclusões que serão tiradas para questões que envolvem escolhas e decisões futuras, ou seja, formas em que esse conhecimento irá sustentar as bases para resolução de novos conflitos sociais, como para explicar a própria emergência e permanência desses conflitos na sociedade global moderna.



* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob a linha de pesquisa em Teorias Jurídicas Contemporâneas.

Data do Envio: 30/10/2010
Data do Aceite: 20/12/2010

Sendo assim, o conhecimento ganha uma validade em meio às relações sociais, possibilitando o seu acontecimento e sendo, ao mesmo tempo, sua gênese, formando-se da interação social entre indivíduos, e, ao mesmo tempo, sustentando uma intencionalidade e inteligibilidade, ou, ao menos, uma expectativa a tal intenção.

Através desse conceito de conhecimento, denominado epistemologia, ou, mais especificamente, noções ou ideias, refletidas ou não, que baseadas na força pilar de uma interação social¹ é que se atinge a comunicação é o limiar para muitas outras áreas, como o direito, a sociologia, a economia, enfim, todas as interações humanas voltadas para um determinado fim.

Diante do exposto aqui feito, passa-se agora a traçar mais alguns conceitos que serão de extrema importância para a manutenção da leitura de entendimento desse artigo. Dessa forma, tentar-se-á atingir uma reflexão gradual à formação e problematização das sociedades latino americanas num contexto atual e sua inter relação à formação de conhecimento que há séculos vem sendo a única epistemologia dominante em contra razão à douta ignorância, ou seja todo o saber restante que se ignora².

Sua compreensão traz luz um pensar ponderoso acerca de soluções, ou mesmo caminhos que o povo do Novo Continente pode traçar para que erros do passado, como moínhos de epistemologias eurocêntricas a serem derrubados por Dom Quixote³, ou mesmo Quimeras, sejam evitados e mesmo vencidos por anti-heróis do “Sul global”⁴.

Trata-se, então de uma reflexão acerca da própria formação do pensamento da sociedade da América Latina em toda sua diversidade, da formação colonial e exploração aos dias de hoje e com o intuito de manutenção de uma sistemática social europeia, o capitalismo.

II – Eurocentrismo: a Epistemologia da Submissão

O título apresentado para este tópico possui um caráter de iniciar uma reflexão acerca dos fatos de produção do conhecimento voltados para uma produção de dominação histórica e de interesses na manutenção de um sistema imposto a quase todo o mundo global, mas, de certo ofereceu um impacto altamente concentrado nas sociedades que se encontram ao Sul da linha do Equador.

Para essa análise, é necessária uma retrospectiva temporal histórica acerca das formações do Velho Continente. Já nessa fase, nos idos de muitos séculos, as sociedades europeias já haviam conquistado uma superioridade indiscutível em razão de outros povos e locais, pela conjunção de seus quesitos bélico-militar,



¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, MENEZES, Maria de Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. Almedina – CES – Coimbra: 2009. pp. 9

² SANTOS, Boaventura Sousa. A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal. In Revista Crítica de Ciências Sociais. Lisboa: Centro de Estudos Sociais, Março 2008. p. 25.

³ QUIJANO, Aníbal. “Dom Quixote e os moínhos de vento na América Latina”. Revista de Estudos Avançados. Dossiê América Latina, Vol. 19, N.º 55. São Paulo: outubro 2005. p. 16.

⁴ SANTOS, Boaventura Sousa. Op. cit. p. 29.

econômico e políticos. Esses padrões, assim como os que favoreceram o início das grandes navegações, possibilitaram a alta superioridade de submissão dos europeus em relação a todos os dominados.

Contudo, grande importância carrega o fato de analisar que tal binômio dominação/ dominado não favorecia apenas a exploração material. Mas também um dominação epistemológica. É de fácil compreensão a aplicação dessa dominação: quem domina controla, e a melhor forma de se controlar é trazendo a verdade do conhecimento.

Assim, conseguiu-se aplicar um modelo de pensamento que advinha da sociedade europeia, e, por conseguinte, abarcava todos os seus interesses. Uma arma de dominação silenciosa e tão cruel quanto qualquer outra forma de conquista. Nesse sentido, não só os grupos sociais do Sul global estavam sendo massacrados, mas também aqueles grupos excluídos da própria sociedade europeia, menores e sem interesse expressivo, perante um gigante interesse de manutenção da vida como desejavam os possuidores do poder.

A essa arma epistemológica deu-se a denominação de “eurocentrismo”⁵. Esse, de forma mais sucinta, pode ser explicado como todo o conhecimento advindo das sociedades europeias que, não só dominam a vida de seus cidadãos, termo o qual já carrega uma grande carga acerca da dominação desses interesses e inclusão no sistema produtivista, mas também, uma forma de pensar, de idealizar o conhecimento verdadeiro como o europeu para todos aqueles que se submetiam e submetem-se ao seu poder.

Por esse pensamento é possível construir a noção de sempre haver um binômio tratado pelo incluído *versus* excluído das sociedades. De forma que, todos aqueles que pensam diferente dos que detêm o poder, estão automaticamente excluídos do sistema de produção de conhecimento pautado na verdade. São sistemas marginalizados. Daí aproveitando a expressão de Boaventura de Souza Santos, a “douta ignorância”⁶, e, seguindo sua ideia, fazem parte de um Sul global em contraposição ao Norte, autenticando, assim, a validade eurocêntrica.

Eis a grande face construída para a dominação. A dominação do conhecimento que assolou a América Latina, assim como muitos outros locais que não fazem parte desse momento de reflexão crítica, mas que seguem os mesmos moldes apresentados.

Fica, então clara, a posição de pensamento que acomete os conquistados, ou melhor, dominados, em relação ao conhecimento de verdade introduzido pelos dominadores, colonizadores. Afinal, esse foi o início da imposição: o colonialismo, momento mais exatamente definido por Aníbal Quijano com a expressão “colonialidade do poder”.⁷



⁵ QUIJANO, Aníbal. Op. cit. p. 14.

⁶ SANTOS, Boaventura Sousa. Op. cit. p. 25.

⁷ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. p. 228.

Essa indução de verdade nas interações sociais justificavam todas as exclusões das minorias que desrespeitavam a manutenção capitalista de dominação. O poder de dominação procurava a sua justificação perante o mundo, com o fator lógico de vencedor, colonizador, portanto propagador da verdade a ser seguida. No que cabe a exemplificação, observa-se a religião, as formas de governo, os sistemas jurídicos, as organizações sociais, e o próprio capitalismo.

Desta forma, o eurocentrismo possui sua principal função como a forma de produzir conhecimento verdadeiramente incontestável a partir de ideologias pré-determinadas e voltadas para a colonização social de todos aqueles que não compartilhavam as mesmas ideias e noções. Uma arma, talvez a mais estável, de dominação social.

III – Sul Global

As marcas da dominação social nas sociedades conquistadas perpetuam feridas e cicatrizes que, mesmo depois de todas as independências físicas em relação às sociedades do Velho Continente, sentidas, ainda, de forma dolorosa e, muitas vezes, irreparáveis. Esses são os formadores do Sul global, não só os países, que em época não passavam de colônias, mas os conhecimentos marginalizados que advinham dos grupos excluídos no binômio dominador *versus* dominado.

As grandes buscas por riquezas e a exploração desenfreada e sem planejamento fez com que as sociedades latino americanas fossem construídas ao signo de sua sorte. Uma sorte extremamente problemática e frágil. Os diversos habitantes da então terra recém descoberta, divididos em muitas culturas, crenças, terras, ideais foram reduzidos a simplesmente índios – notar que até a expressão índio, aceita pela maioria dos pensadores das Américas, é um termo totalmente errôneo criado pelo próprio pensamento europeu, já que índios são os nativos das Índias, e corrigido o engano de não serem nas Américas essa região, o porquê de se continuar com a utilização da expressão? Mesmo fortuito e desprazer sofreram os habitantes do continente africano, que ora capturados e subjugados ao trabalho forçoso, ora de milhares de etnias diferenciadas, foram transformados simplesmente em negros, que em determinada época acreditava-se serem diminuídos até de sua alma. Tendo como um dos fatores iniciais a esse padrão de dominação, o padrão de raças, quando a superioridade da raça europeia sobrepujava as outras ditas menos evoluídas, exportando, assim, as diretrizes de verdade e conhecimento válido.

Esses dois exemplos demonstram a fragilidade das sociedades recém formadas para justificar a colonialidade do poder. Foram criadas verdadeiras ilhas sociais de subjugação na América Latina, com poucos brancos que definiam-se como os portadores de direitos e verdadeiros descendentes da gênese epistemológica eurocêntrica, em detrimento às excluídas minorias que se atreviam a contrapor o sistema de dominação.

Dessa forma, os dialetos foram trocados pelo português, espanhol, francês, inglês, a religião passou de pagã, para cristã romana, a sociedade tribal para a colônia burocrática, e depois republicana, o direito consuetudinário para aquele

positivado, provindo de uma pessoa, ou um Estado-nação, que ditava o certo e o errado vendendo terrenos no Céu.

Mas essa exclusão custou um preço caro a ser pago em moedas de dor e sofrimento pelas sociedades da América Latina, como a guerras civis, as ditaduras, a miséria e exclusão de muitos dos personagens sociais, a má distribuição de riquezas, de terras, e a grande dependência aos países eurocêntricos, tanto em termos econômicos, quanto epistemológicos.

Tudo o que é pensado no Sul global é pensado utilizando modelos de conhecimento pré existentes, ditos epistemológicos, pautados nas reflexões vindas dos ascendentes europeus. Pensamentos de dominador versus dominado, colonizador versus colonizado, que carregam, ainda, disfarçadamente, toda uma ideologia de manutenção de um sistema de vida importado e utópico para a sua existência numa sociedade latino americana.

Dessa forma, a visão de pensamento volta-se de uma provocação a qual é um tanto irônica, justamente por se pautar em um pensador eurocêntrico como Boaventura, mas que é carregada de encorajamento: aceitar a ideia de que “existe um Sul”⁸. Torna-se assim, uma provocação ilustrada para pensar as sociedades do Sul global, mais especificamente neste artigo, as sociedades latino americanas, através de seus problemas, sejam eles herdados, ou mesmo resultantes, do eurocentrismo. Aceitar que os fatos existentes genuinamente do Sul não são encontrados no Norte global, de onde se espera encontrar respostas.

A partir desse reconhecimento, é possível refletir a noção de que, para a construção de respostas a tais problemas deve-se partir do próprio Sul. Desaconselhando a importar padrões que não se encaixarão perfeitamente. Aqui, de suma importância o pensamento de “se ir para o Sul”⁹, e pensar “a partir do Sul”¹⁰ como uma tentativa de restauração do conhecimento marginalizado daqueles esquecidos herdeiros do colonialismo e da dominação capitalista.

IV – A América Latina e o Anti-herói

A construção metafórica do termo Quimera, advindo da mitologia europeia propõe que os problemas das sociedades da América Latina foram, em muitos aspectos, causados pela colonização dos povos da Península Ibérica, mantendo o Novo Continente sob seus olhares e formando um padrão de dominação para sustentáculo do sistema de vida do Velho Continente. Essa mesma linha de dominação foi estendida aos outros povos que, ao redor do mundo, sofreram a sede de subjugações que a Europa procurava saciar. Essa era a regra do colonialismo, dominar para explorar, criando nas sociedade Latino Americanas os problemas que terão reflexos em suas vidas até os dias de atuais.

O Novo Mundo nasce, então, sob o signo das diferenças, dos problemas sociais, das explorações desenfreadas, dos binômios sociais. E, por eles se apegam,



⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, MENEZES, Maria de Paula (orgs.). Op. cit. p. 9.

⁹ Loc. cit.

¹⁰ Loc. cit.

e deles sofre na liquefação das relações. Novos desafios de sociedades diferentes, com rostos formados pela identidade latino americana.

Dessa forma, a América Latina chegou em seus tempos atuais com problemas sociais de difícil reparação. Um grande abismo aberto por anos de exploração podem justificar os principais problemas sociais que perduram, tais quais como a má distribuição de renda, onde poucos possuem muito e muitos não possuem nada, um sistema democrático deficitário, que encontra problemas em seus sustentáculos saídos de anos de trevas autoritárias, problemas de pobreza e desigualdade profundas, que carregam a triste realidade de acesso aos direitos sociais e humanos como saúde, saneamento básico, educação, nutrição e até o trabalho¹¹. Esses problemas de formação social acabam por acarretar as grandes faltas no acesso aos direitos sociais aqui abarcados.

De certo, alguns avanços podem ser citados, como o início de novas democracias, que, após anos de ditadura militar, trouxeram junto a abertura econômica causadoras de grandes transformações a esses países. De tal sorte que um acesso maior a uma democracia participativa é esperada, os países latino americanos começam a pautar-se em eleições democráticas, apoiando-se na ordem de base constitucional, que se pautam em de um conjunto de instituições e figuras jurídicas modernas¹².

Esses formam as atualidades dessas sociedades que convivem, ao mesmo tempo com sistemas econômicos fundados em livre comércio, situação que acabou ocorrendo em mesmo período das consolidações democráticas, mas que continuaram a acentuar o grande abismo social da desigualdade.

São questões delicadas que colocam a prova a capacidade democrática de solução para tais características arraigadas a uma sociedade colonial, determinadamente dependente dos países do Norte global.

Contudo, com a crise econômica eclodida em findos anos de 2008, é necessária a reflexão acerca da dependência dessas sociedades a um modelo que demonstra graves falha inclusive onde são pensados. Conseqüentemente trazendo a necessidade de se pensar no Sul global pelo próprio Sul. Uma autorreflexão acerca dos pensamentos epistemológicos a serem utilizados para a consolidação de estancas aos problemas sociais individuais a América Latina, não pensados por paradigmas que venham a ser respondidos como verdadeiros tampões de momento, mas sim um estrutura de pensamento visualizando o modelo que se tem, e procurando resolver suas falhas.

Dessa forma, o desafio lançado no início desse trecho era uma forma de conseguir lidar com esses problemas sem a interferência do eurocentrismo. Com ideias e noções puramente latino americanas, com anti-heróis como o Macunaíma de Mário de Andrade. A escolha desse personagem para ilustrar tal trabalho se deve a sua formação problemática, e seu desenvolvimento dificultado, que carac-



¹¹ MARTÍNEZ, Carlos de la Torre. Justicia social, democracia y derechos humanos en América Latina. In Anuario de Derechos Humanos Vol. 6.. Universidad Complutense. Madrid: 2005. Nueva Época. pp. 682.

¹² MARTÍNEZ, Carlos de la Torre. Op. cit. p. 685.

terizam não um herói perfeito, mas sim aquele que, como qualquer humano como um ser portador de problemas, de defeitos. Daí o desafio de se vencer uma Quimera, um monstro mitológico europeu, através de um anti-herói latino americano. Uma verdadeira reflexão pelo próprio pensamento dos marginalizados.

O libertar de uma sociedade, o libertar aqui tratado como a forma a livrar-se de grilhões que impedem a locomoção, não experimentando obstáculos, resistência ou qualquer outro impedimento aos movimentos pretendidos ou concebíveis¹³, tornando uso do conceito apresentado para libertar os grilhões da dominação calada trazida pelo eurocentrismo.

O mais acertado, talvez, seria suscitar a integração dos estudos criados, com o aproveitamento daquilo que aqui cabe, sendo aplicado pelos criadores de conhecimento locais em tentativas de solucionar o modelo, muitas vezes problemático, que é vivido. Aqui se propõe a ecologia dos saberes, quando um respeito por todos aqueles conhecimentos excluídos e marginalizados, reconhecendo que eles também fazem parte da sociedade. Aplicados, assim, juntamente com os estudos que foram trazidos do Norte global, repensados através do Sul. Lembrando que existem novos paradigmas, ou para melhor dizer, que se tratando de sociedade, cada uma possui seu próprio paradigma. Sua própria forma de constituição e, assim, sua individualidade.

A era dos direitos humanos de primeira geração sendo reconhecida a individualidade de cada grupo social, sem a exclusão de seu pensamento por ir em desacordo com o pensamento de dominação. Assim, trazer um pensamento que descobre que existe o Sul, pensando o Sul pelo próprio Sul, em expressão mais que acertada, quando em primeiro passo deve-se reconhecer a dominação que é sofrida, questionando as formas e o conteúdo das teorias existentes, para depois tentar utilizar o que é pertinente, mas levando-se em consideração onde será aplicada, de acordo com as Quimeras enfrentadas, ou os moinhos de vento que deverão ser destruídos. E o principal é que o próprio Sul encontre esse caminho. É necessário que todos aqueles produtores de conhecimento não fujam das Quimeras, em metáfora ao êxodo de pensadores em direção ao Velho Mundo, enfrentando como um exército epistemológico seus próprios monstros. Mas talvez essa utopia seja uma característica do próprio Macunaíma.

Essa é uma questão que não envolve só uma escolha, envolve a libertação de uma epistemologia do conhecimento de dominação, o conhecimento feito e repensado para uma colonização e manutenção de um sistema de oposição entre o “Norte global sobre o Sul global”¹⁴ e a descolonização do poder.

Do exposto, tem-se que o maior desafio latino americano atual é superar os seus problemas sem utilizar de soluções que muitas vezes são advindas de outros países. Ou mesmo se questionar acerca das soluções que são criadas, ou mesmo admitidas pelos países do Norte global em face aos problemas encontrados num Sul global.



¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 23.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, MENEZES, Maria de Paula (orgs.). *Op. cit.* p. 56.

Nesse momento que é de suma importância reflexão a cerca da validade dos pensamentos importados para esses problemas, ou mesmo esses não seria um nova forma imperialista e capitalista de desenvolver e dar continuidade a um sistema de dominação calado. Seriam os mesmos moinhos de ventos criados em terras de Quixote, os que aqui foram edificados?

Mas uma outra visão também deve ser muito bem discutida, trata-se de alguns países, que mergulhados em crises sociais tamanhas procuram soluções que desrespeitam toda e qualquer forma de direito social existente. Na busca incessante de inclusão daqueles que antes foram marginalizados, hoje ocorre o caminho inverso, mas não pode-se esquecer que tais sociedades são plurais e não poderiam, de certo, comportar um único pensamento. Em exemplo a essa situação talvez alguns já estejam encontrando respostas, como a Bolívia, com seu presidente pertencente à raça indígena e que tenta alcançar a inclusão dos excluídos, governando somente para esses, ou mesmo da Venezuela “Chavista”, que, para atingir suas metas suprime direitos humanos e individuais, nos moldes ditatórias como antes já feito, procurando um resultado mais que conhecido, inclusive para os europeus.

Destarte alguns questionamentos ficam, tais quais, como lidar com esses problemas sem posicionar-se através de um visão eurocêntrica, já que todas essas sociedades foram construídas através dessa visão? É, de fato, atingível uma situação de se pensar o Sul somente pelo Sul, ou este, deve ser encarado como uma criação do Norte e, por conseguinte, deve procurar uma solução nesse sistema? Como adequar os pensamentos daqueles que foram marginalizados a conviver de forma pacífica num entendimento de pacto de não vingança àqueles que por muitos séculos os hão massacrados?

Talvez, para a solução desse desafio, a posição mais acertada seja a envergadura de ambos os sistemas. O que se propõe em pensar o Sul, pelo Sul e aceitando que exista um Sul é a ponto de realmente reconhecer que o Sul não é europeu, o Sul não é mais índio, ou negro, ele possui sua própria identidade agora, definida pelos problemas acarretados em todos os séculos e por sua própria construção, seja ela carregada de vícios, ou não.

V – Ecologia dos Saberes: A Era dos Diálogos

Dessa forma nasce a “ecologia dos saberes”¹⁵ defendida por Boaventura em seu livro Epistemologia do Sul, onde o autor dedicará o seu trabalho a demonstrar o pensamento de que é necessário uma reformulação da visão que se tem do Sul global através da inclusão de todos aqueles conhecimentos e epistemologias esquecidas e marginalizadas porquanto iam de encontro com o interesse dos personagens colonizadores.

A ecologia dos saberes não defende assim a ideia de que um conhecimento excluiria o outro, mas sim a ideia de trocas saudáveis de pensamentos, reconhecendo que aquilo que antes foi excluído também faz parte do mundo e



¹⁵ SANTOS, Boaventura Sousa. Op. cit. p. 27.

que, para a construção de uma sociedade mais democrática e menos desigual a ecologia do respeito, a convivência recíproca entre noções de verdade devem ser relativizados, assim como o tempo e os paradigmas da modernidade apresentados por Einstein¹⁶, para proporcionar não mais formações de abismos sociais. Uma forma de lidar com os muitos binômios excludentes que perfazem a sociedade latino americana consolidando não uma forma de pensamento, mas várias formas de pensamento, que mesmo que não estejam em acordo, podem sobreviver em mútuo respeito, criando a era dos diálogos entre as epistemologias.

VI – Longe da Solução, mas um Caminho a uma Resposta

Pelas mudanças apresentadas na liquidez que se enfrenta hoje do mundo não mais dividido em Estados-nação, deve-se repensar a posição das ciências ditas sociais, como o direito, a filosofia, colocando-as em um lugar complexo, como o é, fazendo com que cumpram o papel de pensar novos paradigmas que as ciências exatas, primas ricas de uma vasta família, não deram conta de responder.

Ao mesmo tempo, levando ao reconhecimento desses novos interligados campos do conhecimento os desafios e problemáticas de um pensamento baseado somente na epistemologia eurocêntrica, que serve aos fins destinados à imposição do estilo de vida do dominador aos seus dominados.

Assim, não só um pensamento de integração entre as ciências, mas um fortalecimento do pensamento latino americano, reconhecendo que, realmente existe um Sul, que deve ser pensado por ele mesmo, buscando a resolução de conflitos sociais que emergem de uma sociedade pensada pelos europeus, mas que tomou sua própria forma, portanto criando seus próprios desafios e pedindo sua própria resposta.

Este é o local onde deita o papel do cientista latino americano, de não só importar o que já fora pensado, mas de repensar seus modelos, com a inclusão da doura ignorância, tendo em vista a vida particular de sua região, mas sem desintegrá-la do resto do mundo, afinal, moléculas de água, talvez o símbolo mais concreto dessa liquidez moderna, não se fazem somente se duas ou três, mas de um conjunto complexo e coeso, caótico por verdade, mas organizado e pensado de acordo com a utilidade a que se quer conferir ou configurar no ambiente, assim como o modelo de pensamento da ecologia dos saberes, sendo, talvez, em uma despreensão de solução, mas o caminho para uma resposta.



¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. Porto: Edições Afrontamento, 2002. p. 23.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidade e eurocentrismo*. In *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp.55-70.
- MARTÍNÉZ, Carlos de la Torre. *Justicia social, democracia y derechos humanos en América Latina*. In *Anuario de Derechos Humanos Vol. 6..* Universidad Complutense. Madrid. 2005 Nueva Época. pp. 673-701.
- QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp.227-278.
- _____. *Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina*. *Revista de Estudos Avançados. Dossiê América Latina*, Vol. 19, N° 55. São Paulo: outubro 2005. pp. 9-31.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, MENEZES, Maria de Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. Almedina – CES – Coimbra: 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- _____. *A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Lisboa: Centro de Estudos Sociais, Março 2008. p. 11-43
- SEGRERA, Francisco López. *Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região?*. In *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp.203-226.

[Políticas de habitação no espaço urbano: contra o “bom senso” histórico e pela emancipação social]

Luiz Eduardo Chauvet*

Resumo: O artigo pretende trazer uma discussão sobre políticas públicas de habitação. Nesse sentido, situando a questão no contexto do modelo capitalista de sociedade, pretende-se analisar teorias que tratam de saberes não-científicos desqualificados, como os da organização dos movimentos sociais de luta pela moradia, bem como conceito de Emancipação Social e mesmo da Teoria dos Movimentos Sociais. Todo o estudo tem, por fim, oferecer manancial teórico à análise de visita de campo a uma grande ocupação de um edifício público no Centro do Rio de Janeiro que, frente à falta de destinação social, os seus atuais moradores destinaram-lhe ao exercício do Direito Social à Moradia.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Moradia; Políticas Públicas; Movimentos Sociais.

Abstract: The article intends to bring a discussion about housing public policies. This way, situating the question in the context of the capitalist society model, it is intended to analyze theories that treat disqualified non-scientific knowledges, such as the one verified inside social movements which fight for housing rights, and also the concept of Social Emancipation and even the one about Social Movements Theory. All the study is headed to offer theoretical fountain to the analysis of a field work to a big housing occupation in the Center of the city of Rio de Janeiro that, facing the lack of social destination, its new inhabitants designated it to the exercise of the Social Right of Housing.

Keywords: Social Rights; Housing; Public Policies; Social Movements.



* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Data do Envio: 30/10/2010
Data do Aceite: 20/12/2010

Introdução

O presente artigo pretende trazer um olhar crítico sobre a temática das atuais políticas de habitação sob a ótica da reflexão de alguns autores abordados em Teoria Política, bem como um diálogo com outros autores relevantes.

Nesse sentido, será abordada, primeiramente, a questão da habitação num contexto de formação do modelo capitalista de Estado.

Em seguida, será abordado o conceito de naturalização dos discursos históricos de poder observado nos estudos de Michel Foucault e será demonstrada hipótese sobre em qual medida as políticas de habitação existentes antes da Constituição de 1988 e posterior legislação tem sido analisadas sob essa ótica.

Posteriormente, será trazido o conceito de Emancipação Social de Karl Marx encontrado em estudo de István Mészáros e será refletida a questão das especificidades locais no conceito de produção da emancipação, bem como a necessidade de observância dessas especificidades para o sucesso das políticas habitacionais.

Por fim, será trazido um estudo de caso realizado junto a uma ocupação existente em um edifício público do centro do Rio de Janeiro, ao qual destinou-se função social de moradia e serão analisadas as especificidades da ocupação frente ao modelo tradicional de exercício da habitação no modelo capitalista de sociedade.

1 A Habitação e o Estado Capitalista

Todos os dias, o apito pungente da fábrica cortava o ar esfumado e pegajoso que envolvia o bairro operário e, obedientes ao chamado, seres sombrios, de músculos ainda cansados, deixavam seus casebres, acanhados e escuros, feito baratas assustadas.¹

Em 1906, Máximo Gorki escreveu sua célebre novela – *A Mãe* –, brilhantemente retratando o cotidiano dos trabalhadores das fábricas, sendo estas os expoentes máximos do modelo econômico que viria a dar os contornos da estrutura social a partir de meados do século XVIII, quando a sociedade europeia ocidental passou por uma ‘grande transformação’.

Isso significa dizer, nas palavras de Karl Polanyi, que “no coração da Revolução Industrial do século dezoito ocorreu um progresso miraculoso nos instrumentos de produção, o qual se fez acompanhar de uma catastrófica desarticulação na vida das pessoas comuns.”²

Não é demais recordar que “a expressão *Revolução Industrial* designa um processo de profundas transformações econômico-sociais que se iniciou prin-



¹ GÓRKI, Maksim. *A Mãe*. Tradução de Shura Víctoronovna. Editora Círculo do Livro S.A. São Paulo. Pág. 5.

² POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as Origens de Nossa Época*. Tradução de Fanny Wrabel. Editora Campus. Rio de Janeiro, 2000. Pág. 51.

principalmente na Inglaterra do século XVIII e continuou a se realizar em diversos países até o século XX [XXI].”³

Nos dizeres de Raymundo Campos, “entre as principais características da sociedade industrial, podemos citar: a organização das mais diversas atividades humanas pelo capital; a predominância da indústria na atividade econômica e o crescimento da urbanização.”⁴

Tendo por foco esta última característica citada, cumpre ressaltar que as sociedades do século XVIII não eram urbanas. Suas relações econômicas e suas estruturas sociais estavam intimamente relacionadas à terra.

Contudo, num processo que se inicia já no século XV, a partir das grandes navegações e do descobrimento da América, houve um gradual processo de estruturação da sociedade europeia ocidental em direção ao modo de produção capitalista, o qual, posteriormente, seria expandido à quase totalidade do globo terrestre, vez que, com a expansão colonial, a Europa exerceu a chamada “colonialidade do poder”.⁵

Dizer que a sociedade se estrutura sobre o modo de produção capitalista, significa, entre outras afirmações, dizer que a sociedade passa a se desenvolver sobre “precondições [que] ocorreram no seio da sociedade feudal...”⁶

Segundo Aquino *et alli*, “dentre essas precondições da Revolução Industrial, a *acumulação de capitais* e a *liberação da mão de obra* constituem as *mais importantes*, pois representam dois aspectos fundamentais do sistema capitalista: o *capital* e o *trabalho*.”⁷

Nessa esteira, dentre as diversas transformações que decorreram dessa nova configuração econômico-social sobre a qual se estruturava a sociedade, a necessidade de acumulação de capital e de fornecimento de matéria-prima e mão de obra à nascente indústria inglesa, gerou a situação em que, “no setor agrícola, a operação [acumulação de capitais] ligou-se ao *cercamento dos campos* em virtude do qual a burguesia aumentou suas rendas e passou a controlar gradativamente um dos setores de produção econômica: a terra.”⁸



³ CAMPOS, Raymundo. Estudos de História Moderna e Contemporânea. Atual Editora Ltda. São Paulo, 1998. Pág. 126.

⁴ Loc. Cit.

⁵ Segundo Anibal Quijano, “a globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi estabelecido. Implica, consequentemente, num elemento de *colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico*.” [grifos nossos]. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas. Edgardo Lander (org.). Colección Sur Sur. CLACSO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, setembro de 2005. Pág. 227. In: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>. Consulta realizada em 7 de julho de 2010.

⁶ AQUINO, Rubim Santos Leão de *et alli*. História das Sociedades. Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais. Editora Ao Livro Técnico. Rio de Janeiro, 1995. Pág. 126.

⁷ Loc. Cit.

⁸ Loc. Cit.

Esse fenômeno gerou o conseqüente despovoamento dos campos, a desarticulação da população e o êxodo às nascentes cidades industriais, gerando graves problemas sociais, abrangendo todos os setores tangentes às condições de vida dos trabalhadores submetidos ao novo modelo, inclusive a questão da habitação.

Segundo Polanyi,

“a estória já foi contada inúmeras vezes: como a expansão dos mercados, a presença do carvão e do ferro, assim como de um clima úmido propício à indústria do algodão, a multidão de pessoas despojadas pelos novos cercamentos do século dezoito, a existência de instituições livres, a invenção das máquinas e outras causas interagiram de forma tal a ocasionar a Revolução Industrial.”⁹

Nesse sentido, afirma:

Nesse período, foi ainda o progresso na sua escala mais grandiosa, que acarretou uma *devastação sem precedentes nas moradias do povo comum*. Antes que o progresso tivesse ido suficientemente longe, os trabalhadores já se amontoavam em novos *locais de desolação*, as assim chamadas cidades industriais da Inglaterra; *a gente do campo se desumanizava em habitantes de favelas*; a família estava no caminho da perdição e grandes áreas do país desapareciam rapidamente sob montes de escória e refugos vomitados pelos ‘moinhos satânicos’.¹⁰ [grifos nossos]

Se é verdade que a opção pelo modelo capitalista de economia trouxe, desde o seu início, a lógica da precarização do espaço urbano e da concentração de pessoas em torno dos detentores dos meios de produção, cumpre ressaltar que, no Brasil, esse fenômeno toma contornos mais graves a partir da segunda metade do século XX, quando o processo de industrialização toma fôlego no país.

Segundo os geógrafos Eustáquio de Sene e João Carlos Moreira, “podemos afirmar que o Brasil, hoje, é um país urbanizado. Com a saída de pessoas do campo em direção às cidades, os índices de população urbana vêm aumentando sistematicamente em todo o país...”¹¹

Os citados autores ainda afirmam:

Em virtude da modernização do campo, verificada em diversas regiões agrícolas, assiste-se a uma verdadeira expulsão dos po-



⁹ POLANYI, Karl. Loc. Cit. Pág. 57.

¹⁰ POLANYI, Karl. Loc. Cit. Pág. 56.

¹¹ SENE, Eustáquio de; MOREIRA, João Carlos de. Geografia Geral e do Brasil. Espaço Geográfico e Globalização. Editora Scipione. São Paulo, 1998. Pág. 327.

bres, que encontram nas grandes cidades seu único refúgio. Como as indústrias absorvem cada vez menos mão de obra e as atividades terciárias apresentam um lado moderno, que exige qualificação profissional, e outro marginal, que remunera mal e não garante estabilidade, a urbanização brasileira vem caminhando lado a lado com o aumento da desigualdade e a deterioração crescente das possibilidades de vida digna aos novos cidadãos urbanos.”¹²

Disso, conclui-se que a questão urbana, em especial a questão da moradia no espaço urbano é de especial relevância à superação das citadas desigualdades provocadas pelo vigente modelo econômico e social.

Políticas de habitação eficazes, que se articulem com os demais direitos que compõem o rol dos direitos sociais no Brasil¹³, têm a função hercúlea de se opor a um processo histórico e estrutural do sistema capitalista: a desigualdade.

2 Contra o “Bom-Senso” Histórico

Michel Foucault afirma que, no século XIX, formou-se “um certo saber do homem, da individualidade, do indivíduo normal ou anormal, dentro ou fora da regra, saber este que, na verdade, nasceu das práticas sociais, das práticas sociais do controle e da vigilância.”¹⁴

Para o autor, “saberes sujeitados”¹⁵, “saber das pessoas (e que não é de modo algum um saber comum, um bom senso, mas, ao contrário, um saber particular, um saber local regional...)”¹⁶ foram suplantados por saberes eruditos, pretensos discursos da verdade e que se impuseram como mecanismos de exercício disciplinar do poder.

Dessa forma, práticas políticas, baseadas nos discursos do poder das Ciências Médicas, da Higiene, do Urbanismo ou mesmo do Direito, justificaram, através de um discurso de verdade, a configuração de políticas públicas no mundo ocidental, do que se pode ter como exemplo, no Brasil, as reformas de Pereira Passos no início do século XX¹⁷.



¹² Loc. Cit.

¹³ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Nau Editora. Rio de Janeiro, 2002. Pág. 8.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975 – 1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. Editora Martins Fontes. São Paulo, 1999. Pág. 11.

¹⁶ IBID. Pág. 12.

¹⁷ “Por “Reforma Pereira Passos” entende-se um grande número de obras públicas que redefiniram de modo radical a estrutura urbana da cidade do Rio de Janeiro durante o governo do prefeito Pereira Passos. Houve uma verdadeira reconstrução do centro da cidade, rompendo com as características de cidade colonial e fazendo emergir novos traçados mais compatíveis com o uso de trens e bondes, em vez de animais e carruagens.” ÁBREGU, Maurício. Evolução urbana do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: IPLANRIO/Zahar, 1987. In: PENALVA, Angela Moulin Simões Santos; MOTTA, Marly Silva da. O “bota-abaixo” revisitado: o Executivo municipal e as reformas urbanas no Rio de Janeiro (1903-2003). Revista Rio de Janeiro, nº 10, maio-agosto, 2003. In: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_10/10-Angela-Marly.pdf. Consulta realizada em 7 de julho de 2010.

Nessa esteira, a configuração da questão da moradia no espaço urbano que temos hoje é um reflexo do somatório de saberes que se investiram do poder de dizer a verdade – e aí se inclui o Direito, o qual apenas muito recentemente trouxe o estabelecimento do direito de moradia como direito social e as funções sociais da cidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸ – além de políticas públicas baseadas nesses saberes e na manutenção de um status de classe, fruto de um processo histórico estabelecido pelo capitalismo, que impulsionou a segregação sócio-espacial no meio urbano.

Ocorre que um novo momento se apresenta na história do pensamento jurídico pátrio, quando começam a se reestruturar lógicas diferenciadas de aplicação de institutos do Direito, deslocando suas interpretações ou mesmo reformulando-os para se adequarem aos novos valores buscados pela sociedade.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que, a despeito de ter representado o corolário de uma nova era política no país recém-saído de quarenta anos de um regime ditatorial, inaugurou mesmo um novo momento de seu constitucionalismo, sendo exaltada interna e internacionalmente como uma verdadeira constituição-cidadã, tendente a pautar todo o ordenamento jurídico pátrio aos princípios por ela elencados, os quais colocam o homem e os valores de sua dignidade como centrais à construção do Direito¹⁹.

Esse novo foco nos princípios e nos valores que circundam a dignidade humana passou, pois, a permear todo o ordenamento jurídico, inclusive os institutos de ordem patrimonial, inaugurando um processo de constitucionalização ou publicização dos ramos do Direito Privado.

Nessa esteira, teorias publicistas como a do Direito Civil Constitucional²⁰ ganharam eco no Brasil, lançando um novo olhar para os juristas, que passam a dever mitigar direitos até então considerados absolutos, como o Direito de Propriedade, os quais encontraram limites constitucionais à sua concessão e ao seu exercício.

Baseado nesse novo aspecto, vê-se possível avançar contra um “bom senso” histórico de organização do espaço urbano, que procura privilegiar os



¹⁸ O Direito à Moradia passou a fazer parte do já citado rol dos direitos sociais no Brasil, somente a partir da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000. Embora antes já fossem localizadas expressões da proteção do referido direito na Carta Magna, há que se observar que a sua entrada no rol do artigo 6º tem a força de alçá-lo à condição de cláusula pétreia constitucional, recebendo o tratamento privilegiado do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição. A previsão de uma política urbana condizente com as funções sociais da cidade encontra eco no caput do artigo 182 da Constituição Federal.

¹⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...)” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

²⁰ Brevemente, informa-se que o Direito Civil Constitucional é um movimento teórico de análise do Direito Civil surgido na Itália – a partir dos estudos, dentre outros, do professor Pietro Perlingieri – e que é eivado pela chamada “descodificação”, entendida esta não como uma perda do fundamento do ordenamento civilista, mas sim como a perda de sua centralidade, sendo entendido como aquele em que “o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

detentores do capital em detrimento dos que destinam, a esse espaço, verdadeira função social.

Entretanto, embora o ordenamento já aponte saídas hermenêuticas para os novos valores constitucionais trazidos pelo legislador originário, a questão da habitação está intimamente relacionada às políticas públicas referentes à sua efetivação, que estejam de acordo com os anseios sociais, aos anseios dos destinatários das próprias políticas²¹.

Com isso, veremos, ainda neste estudo, um estudo de caso, no qual se apresenta a organização social frente à ausência do poder público na garantia do Direito à Moradia e no desempenho das funções sociais da cidade, bem como a necessidade de se analisarem especificidades no desempenho das diferentes políticas estatais.

Antes, contudo, vejamos um conceito de Emancipação Social, que será fundamental à análise proposta.

3 Marx e a Emancipação Social

István Mészáros, profundo conhecedor da teoria criada por Karl Marx e Friedrich Engels – o marxismo – traz uma discussão sobre marxismo e direitos humanos²², na qual ele analisa os direitos e a emancipação dos indivíduos.

Antes de qualquer contribuição, é imperioso trazer o ponto frequentemente sustentado por Mészáros de que Marx não é contrário aos direitos humanos, mas é crítico “à teoria liberal no contexto dos direitos humanos”.²³

Para Marx, os valores de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘fraternidade’ estão em franca contradição com a realidade da sociedade capitalista, visto que, em última instância, com a concentração da propriedade nas mãos dos detentores do capital, os direitos do homem tornam-se uma verdadeira ‘abstração’, um ‘elemento ilusório’, trazendo a ideia de que a oposição burguesa viu-se *obrigada* a defender os direitos do homem para sobrepor a ideologia feudal, entendendo que

“essa insistência sobre os ‘direitos do homem’ não é mais do que um postulado legalista-formal e, em última instância, vazio. (...) a aplicação da pretendida igualdade de direitos à posse culminou em uma *contradição radical*, visto que implicou necessariamente a *exclusão* de todos os outros da posse efetiva, restrita a um só indivíduo.”²⁴ [grifos nossos]



²¹ No que tange as políticas de habitação no espaço urbano, inseridas no contexto da Política Urbana, tem-se o seguinte: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” [grifos nossos]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

²² MÉSZÁROS, Istvan. Filosofia, Ideologia e Ciência Social: Ensaio de Negação e Afirmação. Tradução: Ester Vaisman. Editorial Boitempo. P. 157-168.

²³ IBID. p. 158.

²⁴ IBID. p. 159.

Marx critica o fato de que as mesmas teorias que defendem os direitos do homem também defendem a “alienabilidade universal e posse exclusiva”²⁵, afirmando que a solução para essa contradição somente pode se dar no terreno da prática social, através da extinção da posse exclusiva.

Para tanto, “Marx formula sua estratégia de transformação social a partir do interesse do conjunto da sociedade”²⁶, através da “emancipação humana universal”²⁷, descrevendo as condições de liberação dos indivíduos esmagados em suas capacidades pela voracidade do capital, instituidor de classes e gerador de dominação de minorias sobre maiorias desprovidas de posses e propriedades.

A visão de Marx, amplamente influenciada pelo contexto pós-Revolução Industrial, momento em que a desregulamentação dos direitos trabalhistas, bem como dos demais direitos sociais era uma realidade universal, é tão radical quanto as disparidades sociais que ele enxergava e para as quais pretendia trazer alternativas eficazes.

Assim sendo, ele cria seu modelo tendente à extinção da sociedade de classes e, portanto da sociedade capitalista mesmo, distinguindo, segundo Mészáros, três maneiras de aplicação dos direitos humanos no contexto do desenvolvimento social:

“(1) sob as condições da *sociedade capitalista*, o apelo aos direitos humanos envolve a *rejeição dos interesses particulares dominantes e a defesa da liberdade pessoal e da autoridade individual*, em oposição às forças de desumanização e de reificação ou de dominação material crescentemente mais destrutivas;

(2) em uma *sociedade em transição*, os direitos humanos promovem o padrão que estipula que, no interesse da igualdade verdadeira, ‘*o direito, ao invés de ser igual, teria de ser desigual*’, de modo a *discriminar positivamente em favor dos indivíduos necessitados, no sentido de compensar as contradições e desigualdades herdadas*;

(3) em uma ‘*fase mais adiantada da sociedade comunista*’ (...), a sociedade obtém, ‘*de cada um, de acordo com sua habilidade*’ e dá ‘*a cada um de acordo com suas necessidades*’, a necessidade de aplicação de um padrão igual não existe mais, uma vez que o desenvolvimento completo de um indivíduo de modo algum interfere na autorrealização dos outros como indivíduos verdadeiros. (...)” [grifos nossos]

Baseado nessas reflexões, procurei refletir sobre a emancipação social no contexto das ocupações resultantes de movimentos sociais de luta pela moradia na atualidade.



²⁵ Loc. Cit.

²⁶ IBID. p. 166.

²⁷ MARX, Karl. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução. In: Crítica da Filosofia do Direito de Hegel. Editorial Boitempo. São Paulo, 2005. p. 154. In: Loc. Cit.

4 Breve Análise sobre os Movimentos Sociais de Luta pela Moradia

Segundo Maria da Glória Gohn, dois motivos foram determinantes para que os movimentos sociais urbanos tenham passado a se tornar, a partir dos anos 1.970, objeto central de pesquisa de cientistas sociais:

“(…) um de ordem estrutural – o agravamento da falta de condições de infraestrutura urbana e o rebaixamento salarial, portanto, o aumento da exploração econômica e da espoliação urbana. O segundo motivo era de ordem conjuntural – o regime político-militar e a ausência ou repressão de espaços já tradicionais de participação popular, tais como partidos e sindicatos.”²⁸

Essa passagem de Gohn é suficiente para analisar as proximidades entre o que vimos no primeiro capítulo e o que estamos analisando agora, pois justamente num contexto de redução salarial e, portanto, de recrudescimento da exploração do capital, bem como num contexto de redução significativa da participação política é que as lutas pela emancipação se tornaram mais atrativas à análise científica.

Os movimentos sociais urbanos, segundo a autora, não são um todo homogêneo, mas uma série de outros movimentos sociais, como, por exemplo, o dos negros ou o dos homossexuais, todos com o ponto em comum da problemática urbana.

Nessa esteira, “são movimentos sociais urbanos as manifestações que dizem respeito à habitação, ao uso do solo, aos serviços e equipamentos coletivos de consumo.”²⁹

Mais à frente em seu estudo, ao tratar de invasões – que aqui, optarei por chamar de ocupações³⁰ – em análise do contexto histórico das ocorrências na cidade de São Paulo, mas que são passíveis de apropriação para o estudo do fenômeno em outros centros urbanos do país, em especial o Rio de Janeiro, Gohn afirma que a prática não se tornou restrita às áreas para moradia, mas também como forma de pleitear interesses diante das autoridades públicas.

Contudo, isso não diminuiu a ocorrência de ocupações com o fim de moradia, em especial num contexto de ineficácia de políticas públicas para esse fim.

À guisa de enriquecimento da análise sociológica, cito o famoso trabalho de Boaventura de Sousa Santos, ‘Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada’, em que, ao analisar o pluralismo jurídico em uma favela do Rio de Janeiro (espaço esse que, ressalta-se, pode ser ele mesmo fruto de um movimento social de luta pela moradia ou então esteio de outros tantos movimentos sociais urbanos),



²⁸ GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e Lutas pela Moradia*. Edições Loyola. p. 33.

²⁹ *IBID.* p. 34.

³⁰ Sem muito me prolongar, optei por chamar as invasões de ocupações por motivo de posicionamento político, no sentido de que, devendo a propriedade exercer função social (Constituição da República, artigos 5º, XXIII; 170, III e 182, §2º), em não a cumprindo, torna-se um espaço desocupado e, portanto, passível de ocupação que lhe destine função social.

conclui que a pluralidade normativa “pode ainda resultar (...) da conformação específica do conflito de classes numa área determinada de reprodução social – neste caso, a habitação.

Portanto, vemos que o pensamento de Marx, em certa medida, se confirma na análise tanto de Gohn, ao entender que a diminuição salarial corrobora o desenvolvimento de lutas pela emancipação, bem como no pensamento de Sousa Santos, ao afirmar que o conflito de classes pode ser responsável por alternativas ao poder vigente, em regra protetor das classes dominantes e incapaz de solucionar demandas da universalidade dos indivíduos que compõem a sociedade.

Nessa esteira, e ciente da existência de ocupações em áreas tanto públicas como privadas para fins de moradia, fui a campo analisar como se organiza uma dessas ocupações, em que medida militam pela emancipação social, lutam pelo direito à moradia, compreendem a relação desse direito com os demais direitos sociais, e, mais importante, como se dá a sua forma de organização entre os membros da ocupação, se existe hierarquia ou não, em que medida reproduzem a organização da sociedade capitalista.

5 Estudo de Caso: Visita à Ocupação Chiquinha Gonzaga

A Estação Central do Brasil é área de passagem comum a milhares de brasileiros que diariamente se utilizam daquele espaço para seu deslocamento para casa, trabalho, atividades em geral.

O que muitos não sabem é que a metros da estação situa-se um edifício de propriedade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que por anos esteve desocupado, sendo espaço livre para o cometimento de atividades ilícitas.

Eis que em 2005, houve a ocupação desse espaço por um movimento de luta pela moradia, contando com uma rede de apoio que incluía desde estudantes a ‘anarcopunks’, o que vemos hoje é um espaço requalificado, onde residem em torno de setenta famílias, destinando, portanto, função social àquele espaço urbano que conta com toda a infraestrutura do Centro da cidade do Rio de Janeiro, facilitando mesmo a efetivação de outros direitos sociais garantidos constitucionalmente, mas que não é efetivado em sua plenitude pelo poder público.

Assim sendo, foi realizada entrevista com um dos mais antigos membros da ocupação e figura envolvida já de longa data com as lutas dos movimentos sociais urbanos na cidade do Rio de Janeiro.

Foi perguntado: qual o histórico da Ocupação Chiquinha Gonzaga? Quais as relações entre a Ocupação Chiquinha Gonzaga e demais movimentos de luta pela moradia no Centro do Rio de Janeiro? Como se dá a organização da ocupação?

O Sr. João Barbosa informa que vem de outros movimentos e que fazia parte de movimentos de esquerda nos anos 80 e início dos anos 90. Àquela época, participou de discussões que culminaram em ocupações na Zona Oeste e na Baixada Fluminense.

Com o enfraquecimento do Leste Europeu, representado pela queda do Muro de Berlin, os movimentos sociais no mundo todo sofreram e, da mesma forma, sofreram os movimentos de esquerda no Brasil.

Sr. Barbosa informou que até hoje os movimentos não conseguiram voltar à organização que apresentavam, mas, a partir de 1.998/1.999, houve uma reorganização de diversos movimentos, como, por exemplo, a Frente de Luta Popular (FLP – não existe mais).

Em 2.000, ele identifica que houve um início de uma discussão mais profícua dentro e entre os movimentos.

Com apoio da FLP e de outros movimentos como as Comissões de Lutas, pessoas do MST e do movimento Anarcopunk, foi realizado um ato no Shopping Rio Sul no ano 2.000, que, inclusive, resultou em um documento cinematográfico.

Depois disso, pela quantidade de moradores de rua no Centro do Rio, os movimentos realizaram intensas discussões para a solução dessa questão.

O prédio da Ocupação Chiquinha Gonzaga já havia sido ocupado por outro movimento e desocupado posteriormente. Em 2005, integrantes da antiga ocupação, junto a novos manifestantes, ocuparam o edifício da Ocupação.

O Sr. João participou da formação do movimento e foi para a ocupação uma semana após o seu início.

Em seguida, começaram as demandas de moradores sem-teto, que batiam na porta pedindo espaço.

Por conta da grande demanda, houve conversas, que resultaram na decisão de se ocuparem novos espaços para tentar responder às demandas dos que buscavam a Ocupação Chiquinha Gonzaga.

Com isso, surgiram as Ocupações Zumbi dos Palmares (Av. Venezuela, 51), Quilombo das Guerreiras (Av. Francisco Bicalho, 49) e Machado de Assis (Rua da Gamboa, 111).

Elas mantêm contato entre si, o qual, contudo, é mais fraco com a ocupação Machado de Assis, a qual também recebeu demanda de mais duas ocupações, vítimas de incêndio e de despejo. Com isso, alguns encaminhamentos dessa ocupação diferenciaram-se bastante do modelo Chiquinha Gonzaga e que, em maior medida, é reproduzido na Zumbi dos Palmares e na Quilombo das Guerreiras.

Os edifícios foram ocupados através da união de forças principalmente do Movimento das Comissões de Luta (MCL – não existe mais), da FLP (Frente de Luta Popular), parte do movimento punk e estudantes como, por exemplo, Larissa Lima de Azevedo (estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro).

Larissa teve participação direta no movimento de ocupação do edifício do Quilombo das Guerreiras.

Os movimentos têm linhas de atuação bem definidas sem *uma hierarquização, havendo assembleias para as tomadas de decisões*.

O Sr. Barbosa ressalta que há situações em que alguns tomam a frente, mas *não há um presidente que decida pelos ocupantes*.

Existe uma associação de moradores com presidente e membros, *mas eles dirigem a associação subordinados sempre à decisão do coletivo*.

Com relação a outras ocupações do Centro, como a Manoel Congo, eles não têm uma relação muito próxima, embora já tenha havido tentativas de aproximação. Há relação distante com Mem de Sá.

Na tentativa de representar as relações entre a Ocupação Chiquinha Gonzaga e outros movimentos existentes no espaço central do Rio de Janeiro, poderíamos obter a seguinte tabela:



De grande importância para a reflexão do estudo ora em análise é o fato de que a organização da Ocupação Chiquinha Gonzaga, bem como das demais organizações relacionadas a ela, em especial a Zumbi dos Palmares e a Quilombo das Guerreiras, não se administra de forma hierárquica, excludente ou voltada a outros interesses senão o bem comum, a decisão coletiva e a luta pela efetivação dos direitos sociais em caráter universal, diferente do que se observa na coletividade em uma sociedade capitalista, na qual, para que haja o gozo dos detentores dos meios de produção, deve haver a opressão de muitos e a exclusão de outros tantos, pelo simples fato de não se qualificarem como proprietários.

Conclusão

Em sede de conclusão, trago a reflexão de que, embora os dias atuais presenciem uma maior garantia e efetivação de direitos humanos e sociais, inclusive com a emergência de correntes do pensamento jurídico como o Direito Civil Constitucional, o que se vê é a incapacidade do Estado Brasileiro em garantir esses direitos a todos os cidadãos, do que emergem movimentos sociais capitaneados por oprimidos pelo sistema capitalista, desprovidos de posse ou propriedade.

Esses movimentos sociais, em grande medida, buscam romper com a organização tradicional da sociedade que os excluiu baseada num conceito histórico e naturalizado da verdade científica, discurso de poder sobre parcelas da sociedade.

Com isso, reitero as observações sobre a forma descentralizada de tomada de decisões, com respeito às vontades de todos e busca pela garantia dos direitos

Política de habitação no espaço urbano – CHAUVET, L. E.

sociais em escala de igualdade universal no âmbito da ocupação analisada e das que com ela se relacionam.

Não pretendo concluir que esses movimentos veem concretizados os anseios de rompimento com a sociedade disciplinar criticada por Foucault, nem ver concretizada a sociedade pensada por Marx e Engels, ou mesmo dizer que sejam clareiras comunistas em um Estado capitalista.

Pelo contrário, são os movimentos frutos mesmo desse modelo econômico e social e, portanto, demonstram que, apesar da radicalidade e do contexto sócio-histórico analisado por Marx, o qual se difere do hodierno, ele estava certo quanto ao poder excludente do capital.

A Teoria Política tem lançado olhar sobre a propriedade desde longa data. Hobbes, Locke e mesmo Rousseau foram expoentes dessa afirmação. O que nos resta é saber que somos herdeiros de uma História e agentes de outra. Pensar a propriedade é imperioso para o desenvolvimento do nosso modelo econômico e social. Resta-nos ter em claro as nossas escolhas e repensar os modelos, caso façamos as escolhas corretas.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Rubim Santos Leão de et alli. *História das Sociedades. Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais*. Editora Ao Livro Técnico. Rio de Janeiro, 1995.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.
- CAMPOS, Raymundo. *Estudos de História Moderna e Contemporânea*. Atual Editora Ltda. São Paulo, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Nau Editora. Rio de Janeiro, 2002.
- _____. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975 – 1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. Editora Martins Fontes. São Paulo, 1999.
- GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e Lutas pela Moradia*. Edições Loyola.
- GÓRKI, Maksim. *A Mãe*. Tradução de Shura Victoronovna. Editora Círculo do Livro S.A. São Paulo.
- MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução*. In: *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Editorial Boitempo.
- MÉSZÁROS, Istvan. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social: Ensaio de Negação e Afirmção*. Tradução: Ester Vaisman. Editorial Boitempo.
- PENALVA, Angela Moulin Simões Santos; MOTTA, Marly Silva da. *O “bota-abaixo” revisitado: o Executivo municipal e as reformas urbanas no Rio de Janeiro (1903-2003)*. *Revista Rio de Janeiro*, nº 10, maio-agosto, 2003. In: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_10/10-Angela-Marly.pdf. Consulta realizada em 7 de julho de 2010.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as Origens de Nossa Época*. Tradução de Fanny Wrabel. Editora Campus. Rio de Janeiro, 2000.
- QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina*. In: *A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Edgardo Lander (org.). Colección Sur Sur. CLACSO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, setembro de 2005. In: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>. Consulta realizada em 7 de julho de 2010.
- SENE, Eustáquio de; MOREIRA, João Carlos de. *Geografia Geral e do Brasil. Espaço Geográfico e Globalização*. Editora Scipione. São Paulo, 1998.

[As novas cartas constitucionais da Bolívia, Equador e Venezuela e seu processo de alteração da constituição]

Eduardo Ribeiro Moreira*

Resumo: O presente texto analisa a formação de um constitucionalismo sul-americano, do tipo bolivariano com traços essenciais comuns. Os aspectos eleitorais serão primeiramente explorados, o que permite contextualizar com o surgimento do movimento, para em seguida comparar com algumas características petrificadas na Constituição brasileira de 1988. Com o entendimento comum das diferenças, busca-se, ainda que sucintamente, apontar em que pontos houve realmente inovação e em que medida as bases do constitucionalismo ficaram tocadas.

Palavras-chave: Reforma Constitucional; Constitucionalismo Sul-Americano; Constitucionalismo Bolivariano; Poder Constituinte.

Abstract: The present text analyzes the emergence of a South American constitutionalism, of the Bolivarian type, with common essential traits. It initially explores the electoral aspects, in such a way as to contextualize the emergence of the movement, so as to compare, in the sequence, some fossilized characters in the 1998 Brazilian Constitution. While understanding the differences, it attempts to indicate, roughly, in which points there has been true innovation and in which degree the foundations of constitutionalism have been touched.

Keywords: Constitutional Reform; South-American Constitutionalism; Bolivarian Constitutionalism; Constituent Power.

1 Introdução: A Constante Reforma no universo Sul-Americano

O direito constitucional alcança, hoje, patamar maior do que já foi destinado a qualquer outra área jurídica, inclusive ao direito civil de outrora¹. No mundo, acompanha-se a chamada fusão de horizontes², a qual é explicada pelo pós 1945, quando, a partir de então, três quartos das constituições mundiais foram promulgadas ou drasticamente reformuladas, e os sistemas constitucionais³ aproximaram-se. Entre as características que confirmam esse fenômeno são



* Professor Adjunto II de Direito Constitucional da UFRJ. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, pós-doutor pela Castilla La Mancha, visiting scholar pela Fordham e Livre Docente pela USP.

¹ Por todos, San Tiago Dantas, Programa de Direito Civil.

² Prieto Sanchis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.

elementos comuns: um sistema de controle de constitucionalidade – em boa parte de base kelseniana –; um catálogo de direitos fundamentais – de base francesa e alemã –; mecanismos para a efetivação desses direitos – de origem norte-americana –; a irradiação dos direitos fundamentais – de teorização alemã – elementos reunidos sob a perspectiva jurídica constitucional integradora. Essa base comum é que dá origem, no século XXI, ao neoconstitucionalismo⁴.

Um ponto, entretanto, difere entre as nações que comungam do mesmo referencial teórico, isto é, se incluem no paradigma de possuir uma constituição avançada, com todos estes elementos reunidos, é, justamente, sobre a quantidade de emendas que cada país sofre e o seu processo de reforma constitucional. Talvez essa seja a temática constitucional ocidental mais dispar hoje. Em alguns países, sobretudo na América do Sul, o cuidado com o tema deve ser constante, pois as intermitentes reformas das constituições no continente são pontos de tensão político-jurídica que ameaçam qualquer projeto constitucional duradouro e confiável.

O projeto constitucional recém afirmado no Brasil (1988-hoje) é a medida da democracia que encontramos. Não é por acaso que os países, que passaram por ditaduras após a Segunda Guerra Mundial, são denominados de “novas democracias”. Neste quadro político-constitucional, encontram-se os países que, após superarem problemas internos, anunciaram uma nova era democrática, que se iniciou e se cristalizou com uma nova constituição. Foi assim com Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988), Argentina (1990), África do Sul (1994 e 2000), entre outros países saídos de ditaduras em busca do movimento democrático. Não devemos esquecer a lição histórica de Weimar, para assinalarmos que antes do qualificativo liberal ou social, o Estado Constitucional deve ser democrático⁵.

Mais uma vez, não encontramos similitude no número excessivo de reformas constitucionais ocorridas nos últimos 20 anos, o que fica evidente se analisarmos o rol de países que promulgaram recentemente sua constituição. A tensão entre direito e democracia, que geralmente é direcionada para os debates entre direitos fundamentais e ativismo judicial, deve ser direcionada para mais uma questão, a das reformas constitucionais, já que o uso excessivo destas emendas ameaça a democracia constitucional e se interliga com a judicialização da política.



³ Vale lembrar que os juristas formados antes do pós guerra mundial explicavam o direito pelas famílias jurídicas de então, sobretudo as 4 grandes matrizes: o Civil Law, o Common Law, um direito oriental com princípios comuns e um direito soviético de base marxista que era estudado e aplicado por diversas nações. Somente depois da afirmação da supremacia constitucional, o direito constitucional passou a ditar a concepção do direito do país em análise. Isso permitiu que os países copiassem outros modelos na busca de aprimorar o seu. Com a globalização, o fenômeno constitucional trouxe progressiva adaptabilidade dos sistemas constitucionais, e as teorias do direito passaram, cada vez mais a conectar-se com as práticas constitucionais. Vivemos ainda em uma fase de aproximação de modelos, que convivem em mundos constitucionalmente possíveis na cada vez mais visível – sobretudo no continente europeu – fusão de horizontes constitucionais.

⁴ Para maiores esclarecimentos do termo e do tema indicamos nossa pesquisa, Eduardo Ribeiro Moreira, Neoconstitucionalismo, a invasão da constituição.

⁵ Paulo Bonavides, do Estado Liberal ao Estado Social, p. 34.

Sob este viés, a matéria tem recebido pouco destaque e menos preocupação doutrinária do que deveria. Analisando a conjuntura política, poderíamos encontrar justificativas, para que não se mantenha esse constante e perigoso quadro: mais de 3 reformas constitucionais por ano!⁶ As justificativas de tantas reformas com base no discurso político não correspondem – quando não distorcem – os saberes constitucionais. O que nos preocupa é a causa do pouco combate a essa práxis, no Brasil.

Isso se dá, em boa parte, porque não se repete no direito comparado essa instabilidade do texto constitucional. A título exemplificativo, a Espanha em 30 anos somente teve uma única reforma na sua constituição. Mesmo no universo das constituições das “novas democracias” esse dado alarmante é minoritário. A falta desse problema no direito comparado reflete, de alguma maneira, o pouco combate às constantes reformas constitucionais ocorridas no Brasil.⁷ Mais do que isso, a falta de semelhança com o que ocorre na Europa ou na América do Norte – modelos jurídicos a que sempre recorreremos – realça um importante dado: esse é um problema constitucional brasileiro.

A falta de uma teoria constitucional genuinamente brasileira⁸, diferente do que ocorre em outras matrizes⁹, já justificaria o enfrentamento da questão. Ocorre que a problemática se repete em Constituições de países vizinhos, como: a Venezuela, o Peru, a Bolívia, a Argentina. Nota-se, portanto, que estamos diante de um problema não só brasileiro, mas uma questão constitucional sul-americana¹⁰.

2 O Aparecimento de um Constitucionalismo Sul-Americano

Diferentes são as teorizações pelas quais aparece um movimento constitucional. Algumas teorias se baseiam na revolução, muito comum é travar o olhar no poder constituinte. Distante da concepção europeia do início do século XIX alguns autores chegam a afirmar que o poder constituinte é ele mesmo uma ficção jurídica falaciosa¹¹. Não concordamos com isto, por considerar que mais atrapalha do que constrói esse pensamento niilista. Desejamos aqui apenas mostrar que as exceções resgatadas da história constitucional ocidental¹² nos levam à



⁶ De 1988 até 2008, num período exato de 20 anos tivemos 56 emendas à constituição, acrescidas de 6 emendas de revisão promulgadas conjuntamente em 1993, o que totaliza 62 reformas em 20 anos, número que deixa perplexo qualquer constitucionalista estrangeiro.

⁷ Temos ilustres constitucionalistas que se indignam com essa práxis, por todos citamos Paulo Bonavides, que já no seu curso de direito constitucional dedica um capítulo ao tema, com reflexões críticas ao poder reformador no Brasil. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, capítulo 6º.

⁸ Luis Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito, p. 58.

⁹ Como teoriza Ronald Dworkin com seus escritos voltados, majoritariamente, a problemática dos Estados Unidos e da Inglaterra, como aparece em *Life's Dominion*.

¹⁰ Luis Favoreau nos seus escritos sobre cortes constitucionais ao analisar os países que adotam a combinação dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, já fala, sinteticamente, em um constitucionalismo sul-americano. Raros são os constitucionalismos que tentam realçar essa aproximação. Luis Favoreau, *As Cortes Constitucionais*, p. 198.

¹¹ Por todos Fabio Nadal, *o Mito do Poder Constituinte*.

¹² Aqui lembramos que os exemplos trazidos e o estudo comparado do direito constitucional realizado no Brasil parte e se encerra no direito constitucional ocidental, não projetando qualquer estudo ao direito constitucional oriental. Com todas as diferenças que possamos encontrar nos parece mais um déficit do que propriamente uma característica a ser desculpada.

conclusão de que o discurso reproduzido nos manuais de direito constitucional e em outros foros é conduzido de forma pouco refletida. A ilimitação do poder constituinte, por exemplo, não se sustenta plenamente, a uma detida avaliação das influências que a ordem jurídica internacional condiciona, de algum modo, a elaboração das constituições contemporâneas. Não são somente exigências, mas até os juristas renomados, de outras nacionalidades, são figuras influentes em constituintes originários. Aparece a relação de colonização, por conta do idioma, verificada, tanto pelos portugueses influentes na constituinte brasileira de 1988, como os espanhóis se fizeram presentes nas recentes constituições sul-americanas reformadas ou promulgadas. Estas recentes constituições bolivarianas podem ter como destaque alguns traços comuns: a partir de um presidente da república de esquerda eleito as novas constituições tentam reescrever o pacto social, com: uma promoção de uma mudança social, pela posição que o povo ocupa nas camadas de decisão política; uma transformação na concepção de poderes, os quais não são mais só três, mas cinco; um câmbio na concepção de propriedade e nas funções do Estado. Essas mudanças, entretanto, esbarram em críticas, em falta de legitimidade, em populismo, entre outras. Para ver o que se passou na Venezuela, Bolívia e Equador, vamos contrastar com a Constituição brasileira de 1988, no tema das eleições.

3 Desenvolvimento das Eleições no Constitucionalismo Sul-Americano

A Constituição brasileira, como todos sabem, protegeu como cláusula pétreia o voto direto, secreto, universal e *periódico*, elementos que já apareciam nos direitos políticos fundamentais (art. 14 CF). Veja-se que a obrigatoriedade do voto e outras regras de capacidade eleitoral foram excluídas de proteção material ao poder reformador. O voto direto encontra correspondência com o movimento histórico das “diretas já”, que marcaram a reação popular ao final do período antidemocrático, quando ocorreram eleições indiretas ou imposições do poder militar. Para preservar o exercício regular e a livre-consciência do escrutínio, o qualificativo secreto foi gravado, bem como para garantir a participação de todos, ficou gravada como pétreia a característica de universal. Todas as conquistas feitas na esteira de conquistas democráticas do século XX.

O último elemento gravado como pétreo – a periodicidade – impede a perpetuidade do poder. Eleições periódicas e pluripartidarismo complementam a expressão da vontade popular na alternância do poder. A doutrina, em geral, parece despreocupada, chegando a afirmar que a questão da petrificação do voto tem quase nenhum proveito para fins de controle de constitucionalidade¹³.

A característica periodicidade deve ser revista e confrontada com relação às possibilidades de reeleições indeterminadas, que podem ser consideradas uma característica presente no “novo constitucionalismo sul-americano”¹⁴. Essa permissibilidade alcançada por meio de contestada modificação constitucional



¹³ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional, 173.

¹⁴ Dalmau, Asembleas Constitutivas y el Nuevo Constitucionalismo en America, p. 7.

As novas cartas constitucionais da Bolívia, Equador e Venezuela – MOREIRA, E. R.

sujeita a referendo popular atenta diretamente contra o princípio democrático. Isso deve ser lembrado no momento em que algumas constituições da América do Sul foram recentemente alteradas, para permitir tal prática. O populismo aliado à confirmação de referendo – por vezes com votação repetida, após uma primeira derrota nas urnas – pode se tornar instrumento perigoso de manutenção do governante no poder. Aí, a figura do Presidente da República simboliza o exercício do poder e acaba por englobar a vontade constitucional, quando se esquece justamente da primeira função constitucional, a limitação dos poderes.

É bem verdade que, mediante uma interpretação literal, a eleição periódica se mantém, quando o povo é de x em x anos consultado; todavia o populismo político distorce a real possibilidade de alternância no poder, e a ideia de sucessão dos governos em demonstração de oposição política pode ficar diluída. Quando a oposição política torna-se inimiga do Estado – como no exemplo da Venezuela – quem perde é a Constituição que fica submetida à vontade do poder em se manter indefinidamente e fazer das alterações constitucionais sua plataforma política.¹⁵

4 As Reformas Constitucionais na Venezuela, Equador e Bolívia e a participação popular como característica do constitucionalismo sul-americano

Quando dissemos que as constantes reformas constitucionais podem ser identificadas como problema do Brasil e de seus vizinhos, incluíamos outros, que sob o disfarce de uma constituição quase secular, a exemplo do México de 1917, já sofreu mais de 400 emendas. Ao buscar o motivo encontramos o mesmo, o poder político buscando moldar a constituição às suas vontades.

Uma nova percepção, entretanto, surgiu no horizonte, com a constatação de verdadeiras rupturas constitucionais no continente sul-americano. As constituições que se levantaram fundaram-se no povo, afirmaram-se no voto, mas escapam a um conceito de democracia forte.

Não é de hoje a crise em centros urbanos na América Latina; os protestos em Caracas (1997) e a revolta popular no Equador (2005) trouxeram governos populistas, como afirmação a um momento histórico vivenciado na América do Sul¹⁶.

Nos últimos anos, esse movimento organizado, por um ‘presidencialismo sem padrinhos’ obteve grande vitória com a promulgação da constituição do Equador de 2008, da Bolívia de 2009 e a reforma constitucional integral da constituição da Venezuela, aprovada por referendo popular em março de 2009.



¹⁵ Trazemos a Constituição da Venezuela como grande exemplo, pois não observou os limites do sufrágio. Derrotada na primeira consulta popular, conseguiu na segunda tentativa eleitoral e intenso marketing do Governo aprovar as medidas que desejava. A forma como os opositores foram desconsiderados e o não respeito à primeira decisão da maioria, destoam do discurso de preservação da Constituição.

¹⁶ G. Maringoni, A Venezuela que se inventa, p. 29.

A legitimação de tais constituições, aparentemente, fez-se sob articulação popular, afetando as raízes do poder. As novas constituições permitem falar no novo constitucionalismo sul-americano.¹⁷ Essa, aliás, é uma característica de um movimento constitucional-popular de elaboração e defesa das também denominadas ‘constituições bolivarianas’ que têm entre seus criadores, professores de direito espanhóis. Estes professores, de ideologia socialista¹⁸, partem da concepção de que a realidade sul-americana é de uma matriz tão distinta da ideologia europeia que as novas constituições devem buscar soluções, contextualizando a integração das minorias até hoje marginalizadas¹⁹, com as suas especificidades nacionais.

Os recentes textos constitucionais são extremamente analíticos, com 350 artigos na Constituição da Venezuela, 411 artigos presentes no texto constitucional da Bolívia e outros 444 artigos que compõem a constituição do Equador; todos muito maiores do que a Constituição Brasileira.

A participação política do povo é a grande inovação, ao lado do Executivo, Judiciário, Legislativo e Eleitoral, o quinto poder é o cidadão, presente no Conselho Moral da República da Venezuela ou no Controle Social da Bolívia. No Equador, o controle popular ficou simplesmente conhecido como o quinto poder. Todas as três constituições foram ratificadas por referendos aprovatórios, previstos no texto constitucional. O nascimento da constituição tem legitimidade popular.

Como ponto comum, as três constituições contêm um alto grau de intervenção pública na economia, quase estatal em evidente oposição ao modelo de intervenção privada liberal. A base de tal modificação é a busca de melhor distribuição de riquezas e a integração das classes marginalizadas, onde os indígenas recebem atenção especial.

Duas fortes críticas podem ser dirigidas ao modelo das constituições bolivarianas, de que, ao preocupar-se em redescobrir seus valores, tradições e movimentos locais, as referidas nações não cuidam com o mesmo zelo da integração global e, conseqüentemente, ficam excluídas de parte do processo de integração internacional.

A outra crítica é relativa à proeminência do Poder Executivo que detém maiores atribuições e sai ainda mais fortalecido, caso tenha apoio do poder popular – o quinto poder – tornando-se mais forte que os demais poderes, afetando incisivamente uma das bases do constitucionalismo clássico.

A forma comunitária da propriedade afeta parte da população – na Venezuela cerca de 45% são opositores do governo de Hugo Chávez – e cria conflitos com outras nações, como, por exemplo, o caso da desapropriação dos canais de gás natural na Bolívia em 2007 de empresa brasileira (Petrobrás).



¹⁷ Entrevista de Entrevista de Rúben Dalmau, Folha de São Paulo de 1º de Março de 2009.

¹⁸ Por todos Fernando Rovetta, professor da Universidade Castilla La Mancha, comunga deste ideal constitucional para as nações sul-americanas, Fernando Rovetta, de unos Institutos Europeos Sobre Derechos Humanos a um Curso Sistemático.

¹⁹ Entrevista de Entrevista de Rúben Dalmau, Folha de São Paulo de 1º de Março de 2009.

A legitimidade democrática reformula os conceitos de representação,²⁰ e o voto popular para todas as decisões constitucionais reescreve as fronteiras do constitucionalismo, aproximando-se do objetivo revolucionário: o reconhecimento dos poderes populares²¹.

Entre aqueles que impulsionaram o processo de reforma constitucional encontram-se os docentes e os estudantes universitários. Uma medida que pode modificar o mandato imperativo é o voto revogatório, que retira o mandato, se aprovado por sessenta por cento dos eleitores na Venezuela (art. 105) e cinquenta por cento dos eleitores na Bolívia (art. 171). Esta medida foi primeiro prevista na Constituição da Venezuela, que também inaugurou a participação popular em todas as reformas constitucionais.

O que se viu, porém, foi que, quando o Presidente da República foi derrotado nas urnas, em dezembro de 2007, e a reforma pretendida não foi aprovada, o resultado não foi respeitado²². Meses depois, nova consulta popular à proposta semelhante em outra reforma constitucional foi levada a novo referendo, quando então prevaleceu a vontade de reforma presidencial.

Ao desrespeito do resultado computado na 1ª eleição some-se o fator que os constitucionalistas venezuelanos, tal qual ocorrido com a Constituição Brasileira de 1969, julgaram que a reforma constitucional implicava nova Constituição. Foram 36 artigos alterados na primeira e única reforma constitucional da Constituição da Venezuela de 1999 – foi logo a primeira emenda, mais uma semelhança à Constituição Brasileira de 1969 – e a forma de governo passou a ser definida como socialista, implicando apropriação dos meios de produção. Como exemplos de uma nova constituição e não somente uma alteração constitucional, temos: a redefinição de propriedade (art. 115); a formação de um país socialista; a reorganização do governo (art. 185 e seguintes); a transformação da natureza do banco central (art. 318) e o novo papel das forças armadas.

A Constituição do Equador, por sua vez, no artigo 411 também exige referendo popular para qualquer reforma constitucional. Um dado perigoso para a defesa da constituição é que poucos são os limites previstos ao poder derivado, que pode quase tudo e poderá, por iniciativa popular, até convocar uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Enquanto na Bolívia só existe a emenda à constituição, três são as formas de alteração constitucional na Venezuela. A emenda, tipo de alteração mais simples, é estabelecida como modalidade que não pode alterar nem a estrutura nem as normas fundamentais da lei maior (art. 340). A iniciativa é da assembleia Nacional ou do Presidente da República (art. 341). A reforma constitucional tem



²⁰ Rúben Matínez Dalmau, *Assembleas Constituintes e novo constitucionalismo em América Latina*, p. 6.

²¹ Rúben Matínez Dalmau, *Assembleas Constituintes e novo constitucionalismo em América Latina*, p. 7

²² Na votação o sim alcançou 49,29% e o não chegou a 50,07%, como reconheceu o Conselho Nacional Eleitoral a proposta de reforma constitucional havia sido derrotada. A abstenção de 33% foi das mais elevadas e muitos eleitores de Chávez declararam que preferiam abster-se ante a apoiar uma proposta de reforma que não lhes convencia.

os mesmos sujeitos que a emenda para a propositura, porém se diferencia por alterar uma dimensão maior de artigos do que a emenda, mas tampouco pode alterar a estrutura e os princípios fundamentais da constituição (art. 342-344). Estes, como todas as mudanças fundamentais, correspondem à convocação da Assembleia Constituinte. É medida democrática, pois se alarga a iniciativa para a possibilidade do povo convocá-la e os conselhos municipais se manifestarem (art. 344-346). Deve-se frisar que nos três mecanismos, o referendo popular é requisito para a confirmação da proposta (art. 347-348).

A única medida realmente aproveitável é que o povo – e deveria ser tão somente ele o titular de tal exercício, excluindo-se, ao menos, o Presidente da República – pode convocar uma Assembleia Constituinte, quando achar por bem, e, assim, atuar como poder que lhe é constitucionalmente outorgado: inicial, permanente e inativo.

As outras modalidades de tênue distinção esbarram nos mesmos problemas levantados para o referendo em geral, com o agravante de que, nas constituições modelo bolivarianas, o poder em torno do Presidente da República é flagrantemente desproporcional, ameaçando a integridade do projeto constitucional.²³

Resta como possibilidade aproveitável, a inscrição, por emenda na Constituição Brasileira, de o povo convocar a Assembleia Constituinte, mas, como o momento brasileiro não é de ruptura, nem agora, nem vislumbramos em um horizonte próximo, esse acréscimo não é premente e para a defesa da nossa constituição devemos-nos preocupar com outras propostas que urgem. A vantagem da disposição direta da possibilidade de convocação da Assembleia Constituinte limita ainda mais o raio de ação de um eventual poder usurpador, pois ele já nasce inconstitucional e é mais fácil de ser combatido. Não por meio da força, mas pela garantia dos tribunais, que, cedo ou tarde, recuperarão o sentido de justiça constitucional.

5 Titularidade do Poder Constituinte como Legado do Constitucionalismo Sul-Americano

O debate sobre a existência ou não de limites implícitos é longo e antigo. Hoje, a quase totalidade de constitucionalistas manifesta-se pela existência dos mesmos; as controvérsias pairam sobre a sua extensão e interpretação.

A proteção aos limites implícitos é de ordem lógica. Sem proteção às regras que estabelecem os limites expressos caem as barreiras em torno dos mesmos e o conteúdo protegido passa a ser passível de vulneração.

A primeira destas barreiras é quanto à titularidade do poder constituinte ‘originário’. Não se pode pensar na promulgação de uma constituição dissociada da soberania popular em pleno século XXI. Esta pode se manifestar diretamente, – por exemplo, com a exigência de referendo popular, para confirmação da nova constituição –, ou indiretamente pela eleição daqueles que vão compor a Assem-



²³ Medófilo Medina, El Lugar histórico del proceso bolivariano en la historia contemporánea de Venezuela, p. 47.

bleia Constituinte, preferencialmente, com eleições prévias de membros para esse fim.

Essa exigência leva a uma importante consequência: toda constituição ditatorial é passível, após o restabelecimento democrático, de vício de origem, por violar o limite implícito da titularidade democrática do poder constituinte. Essa é a correta percepção da validade de uma constituição e está presente nas constituições do constitucionalismo sul-americano, isto é, esse fator nas mãos do povo é o legado a ser aproveitado por outras constituições. Essa posição fica reforçada com a vedação ao retrocesso, como outro fator condicionante. Por isso, não é válida a mudança de sistema de democrático para o ditatorial; todas as relações decorrentes são viciadas. É claro que muitas relações jurídicas teriam de ser reguladas a *posteriori*. O ganho em legitimidade e segurança democrática compensa qualquer outra preocupação de regulação dos efeitos.

Maximizar – na verdade dar efetividade – a este limite implícito fortalece o caráter normativo da constituição em face de arroubos do poder e de guerras. Pode-se até, como foi votado na França, reprecipitar a constituição anterior ao movimento antidemocrático, que causou sua substituição ou desfiguração. Na França, tal proposta foi rechaçada, e uma nova constituição, a Constituição Francesa de 1946 foi aprovada após consulta popular.

Uma boa forma de enraizar este princípio implícito é explicitá-lo no texto constitucional originário. Assim fez a Constituição da Venezuela de 1999, ao estabelecer no corpo constitucional as hipóteses em que a Assembleia Nacional Constituinte será convocada pelo povo para elaborar nova constituição, quando – é bom frisar – será necessária consulta popular para aprovar o texto final.

6 Conclusão

A atribuição mais alta do Congresso Nacional é reformar a Constituição, com a palavra final no feito e na legitimação plena para a iniciativa. Toda reforma constitucional formal deve ser pontual, para que se busque aprimorar os pontos absolutamente necessários, deixando a cargo das mutações constitucionais a tarefa de atualizar a Constituição e para a construção constitucional a sua atribuição de significado. Já houve tempo demais de assentamento, para que mudanças sejam exigidas; saber governar é respeitar a Constituição e se limitar à atuação dentro do contexto constitucional. Ainda assim, continuamos a sofrer um problema de base, que impõe riscos que podem arruinar o projeto constitucional. Um desses riscos é apostar que tudo se resolve com a soberania popular. Essa falácia está sendo sentida no constitucionalismo bolivariano. As lições da história remontam a problemas desde o populismo plebiscitário de Napoleão até os dias de hoje, que aparecem sempre com líderes carismáticos. A penosa consequência é o desvirtuamento do processo democrático, com a manipulação dos instrumentos constitucionais da democracia direta. A referendocracia não empresta colocação alguma à reforma constitucional brasileira, pois legitima o abuso e as distorções que os detentores do poder farão uso.

Diferentemente da participação do povo em qualquer decisão constitucional, apregoada no constitucionalismo sul-americano, a iniciativa em positivar

As novas cartas constitucionais da Bolívia, Equador e Venezuela – MOREIRA, E. R.

a titularidade do poder constituinte nas mãos do povo e exigir sua participação direta é o elo legitimador entre poder político e documento jurídico maior que embasa a promulgação de uma nova constituição. Esse não é o problema brasileiro atual, mas não devemos nos descuidar do legado representativo do constitucionalismo sul-americano. Tanto os excessos promovidos por um quinto poder popular, geralmente destinado a sustentar as decisões do Presidente da República, como a salutar lembrança de positivar a titularidade do poder constituinte nas mãos do povo, demonstram a forma de atuar constitucionalmente da Venezuela, Equador e Bolívia, legítimos representantes do movimento constitucional bolivariano.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista da EMERJ, nº 33, Rio de Janeiro, p. 43-92, mar-jun 2006.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DALMAU, Rúben. Entrevista no jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 1º de março de 2009
- _____. Asembleas Constituintes e novo Constitucionalismo em América Latina. Disponível em http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf.
- Acesso em 21 de março de 2009.
- DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil – Clássicos da Literatura Jurídica. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- DWORKIN, Ronald. Life's Dominion. 1ª Vintage ed., New York: Random House, 1994.
- FAVOREAU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.
- MARIGNONI, G. A Venezuela que se inventa. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008.
- MEDINA, Medófilo. El lugar histórico del proceso bolivariano en la historia contemporânea de Venezuela. In: Agora-Revista de Ciências Sociales. Nº 13. 2007.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.
- NADAL, Fabio. A Constituição como Mito. São Paulo: Método, 2006.
- ROVETTA, Fernando. De unos Institutos europeos sobre Derechos Humanos a un Curso Sistemático. Encontro no NACi com o Professor Dr. Fernando Rovetta em 3 de setembro de 2004.
- SANCHÍS, Luis Pietro. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Ed. Trotta, 2003.



[Participação e representação: um estudo crítico das constituições de Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia]

Mayra Goulart da Silva*

Resumo: O objetivo do artigo será observar os modelos de representação e democracia configurados pelas Constituições de Brasil (1988), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) na tentativa de analisá-los enquanto propostas para um aperfeiçoamento do modelo de governo representativo liberal. Tais Cartas se caracterizariam, contudo, pela intenção de configurar múltiplas formas de representação, com o objetivo de ampliar a participação e a deliberação dos cidadãos na política, de modo a não limitá-la à mera seleção periódica de governantes. Nesse sentido, buscar-se-á contrastar estas iniciativas enquanto possíveis alternativas para a superação da crise que afeta as democracias contemporâneas, a qual decorre, de modo geral, do afrouxamento dos vínculos estabelecidos entre representantes e representados. Busca-se, portanto, uma contraposição em relação às análises que apresentam a tensão entre democracia representativa e democracia participativa como um antagonismo entre termos excludentes ou como uma ameaça de recrudescimento autocrático, pela via de uma democracia plebiscitária.

Palavras Chave: Constitucionalismo; Teoria Democrática Contemporânea.

Abstract: The aim this paper is to analyze the models of representation and democracy set by the constitutions of Brazil (1988), Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009), in an attempt to understand them as proposals for new ways to deal with the increasing problems in representative governments. In these texts emerges the intent of setting up multiple forms of representation, with the objective of increasing citizen participation in politics, so as not to limit it to the mere selection of regular government. Therefore, they will be contrasted as different initiatives to a possible alternative for overcoming the crisis that affects contemporary democracies, which generally follows the stretch in the ties established between representatives and represented. Then it will be developed a critical approach to those analyses that present participatory democracy as a threat to the representative government.

Keywords: Constitutionalism, Contemporary Democratic Theory.



* Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ)

Data de Envio: 31/10/2010

Data de Aceite: 1/11/2010

Introdução

A democracia é a categoria central da pesquisa a ser realizada. Nesse sentido, ela será entendida não como um regime ou sistema determinado, mas como uma utopia impossível de se concretizar de modo completo. Dado o caráter “*inachevé*”¹ desta forma política, a maneira encontrada para estudá-la será encarando-a como um processo contínuo de aperfeiçoamento, situado entre duas premissas antitéticas. Primeiramente, a consideração de que a democracia enquanto ideal remete essencialmente à imagem de uma comunidade que se auto-governa por meio de um sistema de tomada de decisões, do qual participam diretamente todos os cidadãos. A segunda premissa, contudo, se traduz no reconhecimento da impossibilidade da primeira, assumindo o mecanismo da representação como componente inelutável da política em sociedades complexas. O aperfeiçoamento da democracia será pensado, portanto, por meio da aproximação entre termos que no extremo se antagonizam, tendo como objeto a idéia de representação e, como horizonte, o ímpeto inalcançável de torná-la democrática.

Todavia, se o dilema entre democracia e representação é constitutivo da relação conceitual entre ambos, na contemporaneidade ele se agrava, visto que se configura um contexto no qual o processo de individuação é cada vez menos coordenado por instâncias de socialização e agregação das vontades. Como é o caso dos partidos, dos sindicatos e até mesmo das famílias. Ocorre, então, a configuração de um panorama de crise mundial nos mecanismos representativos. Deste modo, conforme assinalado por quase todos os trabalhos sobre o tema², agrava-se ao longo do século XX, o problema da multiplicação das identidades e da “*dessubjetivação*” do povo enquanto totalidade. No final deste período, tal fenômeno fica, contudo, mais visível, uma vez que os partidos políticos perdem a “*centralidade* outrora ocupada na ordenação das identidades e preferências dos eleitores, do mesmo modo, mudanças no mercado de trabalho tornaram instáveis e fluidas as grandes categorias populacionais, que acabaram perdendo a capacidade de efetivamente representar os grupos em virtude de sua posição na estrutura ocupacional e social³.

Esta crise nas instâncias de agregação e associação dos indivíduos cria, contudo, um impasse para as formas de governo democráticas. Pois, somente ao se agregarem os anseios da população tornam-se passíveis de serem transformados em políticas públicas. Neste mundo em que o espaço para o comum, para a vida associativa e para a política se encontra cada vez mais restrito, a *representação*, cujo pressuposto é a existência de vontades compartilhadas, entra em crise. Sendo este um dilema que assombra todos os sistemas políticos contemporâneos, que têm no ideal democrático sua fonte de legitimidade.



¹ O termo é utilizado por Pierre Rosanvallon, em uma discussão que será desenvolvida na primeira parte deste artigo.

² O problema da crise no universo da representação é amplamente abordado na literatura contemporânea. Sobre a perspectiva do Direito e da contribuição que as instituições jurídicas têm a oferecer, consultar: Jürgen Habermas, Peter Habérle, Pierre Rosanvallon, Joaquim Gomes Canotilho, Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti, Antoine Garapon e outros.

³ LAVALLE, HOUTZAGER e CASTELLO; 2006:49

Para lidar com este problema muitos destes sistemas passaram a buscar formas alternativas de lidar com a representação. Diante dessa perspectiva, o presente trabalho analisará as Constituições de Brasil (1988), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) enquanto tentativas de lidar com essa crise no universo da representação, sem por em risco a legitimidade democrática que as alicerça.

No caso da constituição brasileira, a proposta do trabalho é argumentar que a solução encontrada passaria principalmente pela pluralização das esferas de representação, e pela flexibilização do dogma sufragista. O que permitira à população, quando não satisfeita com a representação realizada pelos políticos eleitos, a possibilidade de recorrer a outras instâncias, principalmente àquelas situadas no mundo do direito. Quanto às Constituições andinas⁴, espera-se constatar que a solução apresentada seja algo diferente. Em vez de flexibilizada, a lógica sufragista é, de certo modo, aprofundada a partir da multiplicação dos mecanismos de consulta e participação direta da população na política.

A pesquisa, portanto, visará entender como essas quatro constituições, apontam para uma hipótese de aperfeiçoamento das instituições democráticas. Tal aperfeiçoamento, contudo, não será pensado apenas no que diz respeito ao plano político-formal, isto é, em termos de instituições e processos eleitorais. Nesse tocante, será visada uma crítica às chamadas teorias participativas e deliberativas da democracia, exatamente por restringirem esta reflexão aos aspectos formais da igualdade. Esta crítica visa chamar atenção para o fato de que a igual capacidade de decisão na esfera pública, seja ela entendida em termos de participação ou deliberação, passa pela equidade no plano das condições materiais de existência. Por este motivo, a idéia de *aperfeiçoamento da democracia* é um projeto que necessariamente deve ser desenvolvido também no plano econômico. Nesse sentido, o recurso à análise aos textos constitucionais de Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia, espera ser capaz de apontar para os modos pelos quais estas Cartas buscam um aperfeiçoamento da democracia que não se limita ao plano formal. Daí tais cartas se situarem num horizonte pós liberal, cuja ênfase não se encontra em sua parte orgânica, na divisão e organização dos poderes e, por conseguinte, no imperativo de restringir sua capacidade de atuação e penetração da sociedade civil. Ao contrário, as Constituições de Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia tem sua ênfase na parte dogmática demonstrada pela determinação de uma longa lista de direitos políticos, civis, mas, também, sociais e econômicos.

A hipótese a ser perseguida é a de que, sobretudo no caso das três últimas, haveria um avanço paupável em termos da consideração de formas de concretizar uma igualdade substantiva, isto é, entendida também no plano material. Com isso, espera-se indicar que elas demarcam um avanço que não se restringe aos limites do constitucionalismo, permitindo uma reflexão crítica em termos de



⁴ É fundamental esclarecer, que a referência aos Andes obedece a um propósito metodológico e não geográfico. Embora Chile, Colômbia e Peru também sejam cortados pelas Cordilheiras, eles se encontram excluídos do modelo andino e não haverá qualquer menção a tais países ao longo do trabalho.

teoria democrática e desenvolvendo arranjos que estão para além dos modelos deliberativos, participativos e representativos de democracia.

1 Em busca do *encantamento* perdido: formas de se conceber a relação entre democracia e representação

No livro *La Démocratie Inachevée*, Pierre Rosanvallon realiza um estudo da democracia como forma política. Para fazê-lo, o autor aplica um método histórico filosófico por meio do qual suas camadas de significado, suas dissonâncias e contradições teóricas são analisadas através das distintas configurações que o conceito de democracia recebeu ao longo da história francesa. Tal método é elucidativo porque configurado a partir da mesma concepção que orienta o presente trabalho. Esta é sintetizada por Rosanvallon na conclusão do livro em questão, no qual ele sentencia: *“la démocratie est donc une forme politique par essence inachevée; elle reste toujours une approximation d’elle même que seule une complexification de la souveraineté permet de rendre moins imparfaite.”*⁵

Uma pesquisa orientada por tal convicção a respeito da democracia, não pode, portanto, estudá-la sob a perspectiva de sua consolidação sob um ou outro regime político. Ao ser por definição indeterminada (*inachevée*), a democracia jamais pode ser apreendida estaticamente em um objeto singular. Apenas seu movimento, regressivo ou progressivo, é significativo para o observador. É em seu processo de aperfeiçoamento que ela se mostra e, por isso, a filosofia precisa recorrer às suas diferentes concepções ao longo da história para vislumbrar compreendê-la. No caso deste trabalho, essa é a justificativa para o estudo das Constituições indicadas. Cada uma delas será observada enquanto indicação normativa a respeito de uma determinada forma de conceber a democracia. Assim, ao perceber o desdobramento das diferentes camadas de significado do conceito em cada uma das Cartas estudadas, esta análise buscará colocá-los em perspectiva, delineando um processo de aperfeiçoamento, a partir do qual se espera produzir uma reflexão a respeito da idéia de democracia. Daí à alusão ao método de Rosanvallon ser fundamental, uma vez que este remete diretamente à forma de estruturação desta pesquisa. Mesmo que os objetos de estudo sejam distintos, o pressuposto inicial é o mesmo, isto é: *“il est tout de suite nécessaire de préciser qu’il ne s’agit pas seulement de dire que la démocratie a une histoire. Il faut considérer plus radicalement que la démocratie est une histoire. Elle est indissociable d’un travail d’exploration et d’experimentation, de compréhension et d’élaboration d’elle-même”*⁶.

Porém, todo ordenamento que tem sua validade ligada ao conceito de democracia, arquetipicamente se refere à legitimidade inquestionável de uma decisão que se apresenta como produto de uma deliberação envolvendo todos os possíveis afetados por ela. Como sentenciou Jürgen Habermas, cujas contribuições sobre o ideal democrático e sobre como este se traduz em um sistema de governo liberal e deliberativo, orientarão diretamente a reflexão a ser de-



⁵ ROSANVALLON; 2000:49.

⁶ *Idem*: 32 e 33.

envolvida: “a pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões”⁷

Contudo, tal sistema delineado por Habermas, assim como qualquer outro que se pretenda útil para pensar comunidades políticas atualmente existentes, leva em conta a premissa de que o ideal de democracia direta funciona apenas como fábula de origem, pois este não é capaz se traduzir em um sistema de governo. Os possíveis afetados por uma determinada decisão política jamais estarão em sua totalidade envolvidos no processo que a engendrou, até porque, em última instância, elas podem afetar gerações futuras de pessoas que sequer nasceram. Sendo assim, dada a impossibilidade de envolver a todos em tais processos, e na perspectiva de ainda manter no horizonte o ideal democrático, é preciso que esta totalidade seja representada.

Quando calcada na idéia de democracia, a legitimidade de uma decisão ou lei, e a sua obediência por parte dos indivíduos, dependem da crença de que de alguma forma eles são os responsáveis por essas leis, ainda que por meio de seus representantes. É, portanto, através da representação que o conjunto dos cidadãos pode se tornar *presente*, haja vista a inexorabilidade de sua *ausência* enquanto totalidade. A relação entre *presença* e *ausência*, como extremos de um *continuum* de arranjos definindo o grau de envolvimento dos indivíduos na política remete, portanto, à relação também antitética entre democracia e representação.

Tal dinâmica é o cerne do conceito de representação política apresentado por Nadia Urbinatti como proposta para uma *reconceitualização* capaz de realizar a ponte necessária entre representação e democracia. Tal proposta conceitual se aproxima do modelo habermasiano, ao enfatizar o processo de formação da vontade comum a ser representada. Sendo assim, a representação é concebida, como um processo, por meio do qual a sociedade (os representados) se conecta ao Estado (os representantes), por meio de uma “corrente comunicativa” que determina a formação de interesses e vontades comuns. Essa ligação entre Sociedade e Estado tem seu momento mais visível nas eleições. Por isso, para Urbinatti, “o direito a voto engendra uma vida política rica, que promove agendas políticas concorrentes e condiciona a vontade dos legisladores de uma forma constante, não apenas no dia da eleição”⁸.

Ao reforçar a importância desses processos de consulta direta à população e o seu caráter complementar em relação aos mecanismos representativos, a teorização de Urbinatti será duplamente útil para este trabalho, e será mobilizada por duas razões: (i) por permitir uma superação de uma série de críticas recorrentemente dirigidas ao modelo andino, a partir da oposição entre “democracia participativa” e “democracia representativa”⁹; e (ii) por embasar uma crítica ao



⁷ HABERMAS; 2003:137, livro 1.

⁸ URBINATTI; 2006, 205.

⁹ A expressão “democracia representativa”, em virtude de sua impertinência conceitual somente será usada de modo alusivo. Democracia e representação são conceitos antitéticos e não devem ser abarcados em uma categoria supostamente auto-explicativa.

modelo adotado pelo Brasil, por ser de certo modo refratário a esses instrumentos de participação direta, e mais afeito àqueles que são mediados por instâncias representativas não eleitas, isto é instâncias de tipo *funcional*.

Neste ponto se fará referência à diferenciação realizada por Rosavallon entre a representação *procedural*, de caráter eleitoral, e a representação *funcional*, que abarca as instâncias de defesa da sociedade indicadas constitucionalmente para representá-la na esfera pública. Como, por exemplo, na Constituição brasileira é o caso dos sindicatos, de algumas entidades associativas e, principalmente, dos juízes. Deste modo, o autor – que nos será muito útil para entendermos o modelo de democracia delineado na Carta de 1988 – enquadra a idéia de representação funcional como parte de uma *noção complexa de soberania*, de acordo com a qual:

les représentants du peuple sont certes d’abord ceux qu’il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident “au nom du peuple”. C’est notamment le cas des juges, qu’ils soient judiciaires ou constitutionnels; mais c’est aussi, par extension, le caractère que revêt de multiples autorités de régulation. La représentativité est en effect une qualité qui peut avoir deux origines: fonctionnelle ou procédurale. La représentativité fonctionnelle est celle qui est organisée et reconnue par les textes organisant la vie publique, qu’il s’agisse des lois ou surtout de la Constitution, alors que la représentativité procédurale est directement constatée par le corps électoral ... La perspective d’une souveraineté complexe ... correspond au fait que le vote n’est qu’un des modes d’expression des préférences et des volontés. Or il y a bien d’autres façons, pour un individu ou une collectivité de prendre la parole, de formuler des opinions, d’exercer un contrôle, d’émettre un jugement, de maintenir une surveillance, de manifester un accord ou une opposition, de participer, en un mot, à la vie publique.¹⁰

Embora seja fundamental reconhecer a importância destes institutos de representação *funcional*, não se pode negligenciar as suas limitações, pois eles, a despeito de ampliarem os espaços para o exercício da cidadania, podem ser considerados mais frágeis sob o prisma da legitimidade, uma vez que não existe nenhum instrumento análogo ao sufrágio para indicar consentimento ou autorização por parte dos representados. Se no caso dos políticos uma rejeição por parte da população não torna possível sua eleição ou reeleição, em relação aos juízes, organizações não governamentais e entidades associativas, a insatisfação dos representados encontra caminhos menos claros para ser expressa.

.....

¹⁰ ROSAVALLON; 2000: 406.

O conceito de Rosanvallon de *soberania complexa* é, por conseguinte, essencial para o propósito deste trabalho, uma vez que auxilia na formulação de uma crítica à opção dos constituintes brasileiros, a ser embasada pelas contribuições oferecidas pelas Cartas andinas. Isto porque nos dois casos manifesta-se uma preocupação em resgatar o ideal democrático levando em conta um panorama de crise mundial no universo da representação. Também nos dois casos se estaria diante de modelos que apresentam uma perspectiva *complexa* da soberania. Nesse sentido, é possível afirmar que tanto os constituintes brasileiros, como os andinos, demonstraram acreditar que a solução para o problema da representação estaria em uma *radicalização* da democracia a partir de um incremento da participação popular, ou seja, a partir de uma remissão ao seu fundamento: a idéia de autogoverno do povo.

Contudo, este trabalho pretende esclarecer que se no caso andino essa remissão se dá pela inclusão de mecanismos de participação direta, no caso do Brasil isto é feito, principalmente, por meio da multiplicação das instâncias de representação *funcional*. Estas efetivamente alargam as instâncias de envolvimento da cidadania na política, porém o fazem por meio de mediações, sendo a principal delas o direito.

2 Constituição Brasileira de 1988 e o reencantamento da democracia pela via do Direito

Gisele Cittadino no livro “Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea”, oferece uma análise da Carta brasileira de 1988 a partir de suas bases teóricas e de sua fundamentação no plano da filosofia do direito. Nesse sentido, de acordo com a autora, a composição de nossa Carta teria sido fortemente influenciada por inovações constitucionais ocorridas na Europa após a Segunda Guerra Mundial, que deram origem ao chamado Cons-titucionalismo Democrático. Neste contexto emerge, portanto, uma nova forma de conceber o sistema de Justiça como instância de salvaguarda da democracia em um universo de crise da representação e de ocaso das idéias de soberania popular e vontade geral. Deste modo, o Constitucionalismo Democrático apresenta como solução para o problema da representação a ampliação das esferas de participação dos cidadãos pela via de um alargamento da representação a partir de instâncias *funcionais*, extrínsecas à lógica eleitoral.

A Constituição brasileira de 1988, influenciada por esta nova forma de pensar, compõe um arranjo que, segundo Cittadino, é de tipo democrático-comunitário. Neste modelo os direitos fundamentais de igualdade e liberdade são concebidos como núcleo normativo do arcabouço jurídico. Porém, diferentemente do Constitucionalismo liberal que também confere centralidade a tais direitos, o tipo democrático-comunitário não os entende como princípios deontológicos universais – como na chave jusnaturalista do liberalismo – mas enquanto valores teleologicamente orientados que determinam a autorrealização ética de uma comunidade política. Daí o seu caráter comunitário. Deste modo, os direitos fundamentais são entendidos como princípios constitucionais do mais alto grau hierárquico em relação ao restante do sistema jurídico. Nesse sistema, tais prin-

cípios não são compreendidos formalmente a partir de uma ‘metafísica da justiça’, mas a partir de uma perspectiva *substancialista*, como expressão de uma justiça material. Esta, por sua vez, demanda uma metodologia interpretativa distinta, a chamada Nova Hermenêutica, que tem como conceito fundamental a idéia de *concretização*.

Nesta nova metodologia, por conseguinte, os direitos fundamentais não aparecem como atributos *naturais*. Ao contrário, eles aparecem como garantias a uma vida digna a serem propiciadas pelo Direito, porque ainda inexistentes no plano social. Por outro lado, o Constitucionalismo democrático-comunitário também tem como objetivo concretizar direitos políticos a partir de seu exercício pleno e consciente pela população¹¹. Assim sendo, na expectativa de incentivar a formação de uma sociedade portadora de uma cultura cívica e de um *ethos* democrático, a Constituição estabelece que, ao lado da participação político-eleitoral, a esfera jurídica também deve propiciar um espaço para a prática da democracia. “É portanto pela via da participação jurídico-política, aqui traduzida como o alargamento do *círculo de intérpretes* da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Em outras palavras a *abertura constitucional*, permite que os cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o *círculo de intérpretes* da constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição”¹².

No caso do Judiciário, sua determinação como principal instância de representação *funcional* é reforçada duplamente por esta nova forma de pensar o direito que emerge no final do século XX e que, como se espera demonstrar, influencia diretamente a nossa Carta. Essa emergência do Judiciário resulta primeiramente de uma tendência, tanto nos países de *common law* como nos de *civil law*, no sentido de um aumento na importância concedida aos mecanismos de controle constitucional. Por outro lado, é fundamental destacar, que esta *revolução processual* também reforça o papel do Judiciário ao democratizar o acesso a ele, abrindo espaço para que a população possa recorrer a esta instância com a intenção de fazer valer esses direitos subjetivos e coletivos garantidos pela Constituição.

Todavia, se este trabalho visa comparar tais avanços com aqueles realizados nas Cartas andinas – em termos de um estímulo da participação direta da população na política – é essencial esclarecer que isto não será feito com o propósito de desqualificar os avanços realizados pela nova Constituição brasileira. Em virtude disto, ressalta-se que esta supera em muito o padrão anterior de proteção judiciária aos cidadãos, principalmente ao ampliá-lo tendo em vista os direitos coletivos, quando em comparação com as Constituições brasileiras precedentes. Por isso, espera-se destacar o potencial democrático das garantias constitucionais outorgadas pela nova Carta.



¹¹ Sobre o tema ver “A Persistência de Caliban e a dinâmica entre os poderes no Brasil pós-1988” (Goulart, 2009).

¹² CITTADINO, 2002; 19.

Com esta intenção, organizou-se um quadro com os principais dispositivos que expressam a intenção dos constituintes em promover um alargamento da participação da cidadania. Esse exercício será feito em três partes. Na primeira, (i) tratar-se-á dos direitos econômico-sociais. Na segunda, (ii) serão elencados os dispositivos que engendram uma participação direta da população. Por fim, (iii) serão abordados aqueles que possibilitam tal alargamento por meio de uma ampliação nas esferas de atuação das instâncias de representação *funcional*.

(i) Direitos sócio-econômicos que aumentam as responsabilidades do Estado perante as desigualdades encontradas na sociedade civil e que apontam para um ideal não meramente formal de igualdade democrática

Artigo 6º determina como direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”

Artigo 7º trata dos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

(ii) Dispositivos que tratam da participação direta da população na política e remetem a um ideal de democracia participativa

Parágrafo único

do artigo 1º determina que a soberania pode ser exercida diretamente pelos cidadãos ou por meio de seus representantes eleitos¹³.

Artigo 14º determina que a soberania popular será exercida “pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante I-plebiscito, II- referendo, III- iniciativa popular”. Todavia, cabe aos representantes eleitos autorizar os referendo e convocar os plebiscitos. No caso da iniciativa popular, conforme o artigo 61º, ela pode ser demandada pela “apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento



¹³ Neste ponto é interessante notar que apesar de empoderar a representação funcional ela não é enumerada no artigo 1º como um espaço para o exercício da soberania

Participação e representação: um estudo crítico das constituições – SILVA, M. G.

dos eleitores em cada um deles”. Entretanto, convém assinalar que “nem o referendo nem a iniciativa popular permitem aos cidadãos introduzir mudanças na Constituição ou vetar leis ordinárias. Podem ocorrer mudanças constitucionais mediante plebiscito, porém, só o Congresso pode convocá-lo (o Executivo pode, no máximo, enviar mensagem ao Parlamento propondo a convocação, mas é o Legislativo que decide se convoca ou não). (NAVARRO; 2004:05)

(iii) Dispositivos que criam ou fortalecem instâncias de *representação funcional*

Inciso XXI

do artigo 5º institui a legitimidade de “entidades associativas, quando expressamente autorizadas” para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Inciso LXXIX

e LXX do

artigo 5º

tratam do mandado de segurança e do mandado de segurança coletivo, concedidos pelo judiciário para proteger direitos em caso de abuso de poder por parte de autoridades públicas. No caso do mandado de segurança coletivo, observa-se expressamente a intenção dos constituintes de abrir espaço para o exercício da representação por parte de instâncias não eleitorais, ao declarar que este instituto pode ser impetrado tanto por “partido político com representação no congresso”, como por “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída ... em defesa dos interesses de seus membros e associados”

Inciso LXXI

do artigo 5º

outorga ao Supremo Tribunal Federal (STF) a capacidade de conceder mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais...”. Este dispositivo é um dos dispositivos mais audaciosos no sentido de uma ampliação das esferas de exercício da cidadania, posto que permite aos indivíduos recorrerem ao Judiciário para fazer valer seus direitos já declarados

Inciso LXXIII

do artigo 5º

determina que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público... à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural...”. Também figura como um mecanismo de ampliação do espaço para o exercício da cidadania por meio de instâncias não inseridas

- na dinâmica eleitoral, ao permitir que os cidadãos recorram ao STF para defender direitos coletivos
- Inciso VI*
Artigo 8º torna obrigatória a “participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” outorgando-lhes maior efetividade enquanto instâncias de representação funcional
- Artigo 71º*
e 74º determinam o Tribunal de Contas da União (TCU) como instância de controle externo de fiscalização, contabilidade financeira e orçamentária, declarando que “qualquer cidadão, partido, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma de lei, denunciar irregularidades perante o TCU
- Artigo 102º*
e 103º determinam o STF como responsável pela “Guarda da Constituição”, outorgando-lhe a responsabilidade por julgar: as ações diretas de inconstitucionalidade (Adins), os mandados de injunção, os crimes políticos e por declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. O artigo 102º institui o STF como instância de controle de constitucionalidade e o artigo 103º abre espaço para que ele possa ser acionado por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e por “sindicatos ou entidades de classe de âmbito nacional”. Com isso o STF torna-se uma esfera na qual a representação se constitui de modo *multidimensional*, posto que abre espaço para que os cidadãos possam ter suas demandas representadas tanto por instâncias de representação *procedural* (isto é, escolhidas mediante sufrágio) e não *funcionais* (que não se inserem na lógica sufragista)¹⁴.

Como observado, os quadros acima são formados não apenas pelos dispositivos referentes aos mecanismos de *representação funcional*, mas, também, por artigos que tratam dos direitos econômico-sociais. Tais mecanismos são relevantes, pois expressam o desígnio de *concretizar* a democracia também no plano material, demonstrando que, nossos constituintes pretendiam ir além de uma concepção meramente formal de igualdade democrática. Entretanto, espera-se que a observação dos artigos que ocupam um papel análogo nas Constituições de Venezuela, Bolívia e Equador, ressalte uma maior ênfase no propósito de conferir um caráter substantivo ao ideal democrático, seja pela via dos direitos



¹⁴ Os conceitos de *representação multidimensional*, *procedural*, e *funcional*, fazem referência à categorização de Rosanvallon a respeito dos mecanismos de configuração de um sistema de *soberania complexa*. Nesse sentido, espera-se constatar que a Constituição brasileira de 1988 configura um arranjo passível de ser enquadrado em tal conceitualização.

econômicos sociais, seja pelo incremento no envolvimento direto dos cidadãos na esfera pública.

Não obstante, a leitura destes textos constitucionais pretende elucidar que tal incremento na participação democrática, não teve como contrapartida uma diminuição nos mecanismos de representação. Com isso, esta análise pretende se contrapor às críticas feitas a estes novos arranjos constitucionais, no sentido de associá-los a uma ameaça à “democracia representativa”, termo que, como já foi ressaltado, é inconsistente conceitualmente e suscita uma dicotomia equivocada entre “democracia direta” e “democracia representativa”.

3 Uma outra alternativa: o modelo andino e a política como via de reencantamento da democracia

A escolha das novas Constituições de Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) como objeto de estudo responde ao propósito original do trabalho que é observar as relações entre democracia e representação. Sendo assim, uma vez que tais textos constitucionais determinam um arranjo que em vários aspectos difere daquele configurado pela Constituição brasileira de 1988, a intenção da análise é proporcionar, por meio da comparação, uma maior compreensão sobre a questão. Entretanto, embora esta escolha obedeça à hipótese de que os dois modelos apresentam soluções distintas, sendo alternativa brasileira mais centrada na ampliação das esferas de representação e a andina mais preocupada em aumentar a participação direta da população, isto não quer dizer que tais modelos sejam originais em suas características. O arranjo democrático-comunitário brasileiro, como dito anteriormente, recebe várias influências, principalmente por parte do constitucionalismo democrático europeu.

Do mesmo modo, os mecanismos de consulta direta utilizados pelos andinos (referendo, referendo revogatório, plebiscito e iniciativa popular) não são nenhuma novidade, uma vez que amplamente utilizados em outros países como Suíça, França e Estados Unidos. Como afirma Alexandre Navarro Garcia, no texto “Democracia semidireta, Plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa” tais mecanismos teriam origem nos movimentos revolucionários, iniciados no fim do século XVIII e princípio do século XIX, por meio do contratualismo russeaniano e da filosofia dos jusnaturalistas... A partir dessas experiências, consumadas na prática, foi que as formas atuais mais aperfeiçoadas de democracia semidireta – basicamente referendo e iniciativa direta – difundiram-se na Suíça, Itália, França e Estados Unidos, por meio da espécie de legislação direta, notadamente no Estado da Califórnia ...”¹⁵. Entretanto, mesmo sendo amplamente utilizados há anos em outros países, nos quais não se observou nenhuma grave ameaça às instituições representativas e ao regime democrático, no contexto latino-americano estes mecanismos são tratados como um perigo de recrudescimento autocrático. O presente trabalho visa, portanto, contrapor-se a estas críticas que veem no modelo andino a falência das instituições representativas.

.....

¹⁵ NAVARRO; 2004: 03.

Demonstrar-se-á, então, que tais dispositivos de consulta direta não são antagônicos em relação aos instrumentos de representação. Ao contrário, os dois tipos de mecanismos se fortalecem mutuamente ao estimular o envolvimento dos cidadãos na política e a criação de uma cultura cívica de preocupação com a coisa pública. Por isso, tanto o incremento nos mecanismos de participação direta como a ampliação nas instâncias representativas devem ser pensados como desdobramentos de uma mesma iniciativa de aperfeiçoar a representação e, por conseguinte, a democracia, por meio da ampliação dos laços de conexão entre Estado e Sociedade civil. Ambas as iniciativas mantêm como referência o mesmo ideal democrático no qual estas duas esferas se interligam compondo um sistema de autogoverno, em que a soberania cabe ao conjunto dos cidadãos.

Sendo assim, na intenção de auxiliar a compreensão das semelhanças e diferenças entre os dois modelos, os quadros abaixo apresentam alguns dispositivos presentes nas Constituições de Venezuela, Bolívia e Equador, que permitirão visualizar a correlação com o modelo brasileiro. Tal apresentação será feita em três planos que são os mesmos usados na análise dos artigos da Constituição brasileira.

(i) Equidade, justiça distributiva e responsabilidades sócio-econômicas do Estado nas Constituições de Venezuela Equador, Bolívia e Brasil.

Venezuela	Equador	Bolívia	Brasil
<p><i>Art. 21º</i> - Todas las personas son iguales ante la ley; ... La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables.</p> <p><i>Art. 112º</i> - El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.</p>	<p><i>Art. 11º</i> - ... Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades ... El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. <i>Art. 334.</i> - El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá... Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos...</p>	<p><i>Art. 306º</i> - El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.</p> <p><i>Art. 312.</i> ... Todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza.</p>	<p><i>Art. 5º</i> - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade</p> <p>XXIII - a propriedade atenderá à sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;</p> <p><i>Art. 193.</i> A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.</p>

(ii) Mecanismos de consulta e participação direta.

Venezuela	Equador	Bolívia	Brasil
<p>Referendo (Art 71): Os cidadãos podem demandar uma consulta popular sobre qualquer assunto. Para isso será necessário o respaldo de no mínimo 10% dos eleitores registrados no país, caso seja uma consulta nacional. No caso de uma consulta local é necessário o respaldo de no mínimo 10%, dos eleitores registrados na localidade.</p>	<p>Referendos (Consulta Popular): Os cidadãos podem demandar uma consulta popular sobre qualquer assunto (Art 104). Para isso será necessário o respaldo de no mínimo 5% dos eleitores registrados no país, caso seja uma consulta nacional. No caso de uma consulta local é necessário o respaldo de no mínimo 10%, dos eleitores registrados na localidade.</p>	<p>Referendo: Os cidadãos são necessariamente consultados a respeito de determinadas matérias, como é o caso da aprovação de tratados internacionais (Art. 259), da concessão de autonomia departamental e distrital (Art 290) e etc...</p>	<p>Referendo: A Constituição não outorga ao povo o poder de demandar diretamente uma consulta popular, a qual somente pode ser demandada pelo Congresso Nacional (Art 49).</p>
<p>Referendo Revogatório: (Art 72) Todos os cargos podem ser submetidos a referendo revogatório (mesmo os do Judiciário) quando solicitado por no mínimo 20% dos inscritos na circunscrição eleitoral responsável por conceder o mandato a ser revogado, seja ele de caráter local ou nacional.</p>	<p>Referendo Revogatório (Art: 105) Todos os cargos podem ser submetidos a referendo revogatório (porém não há eleição para o Judiciário), quando solicitado por no mínimo 10% dos inscritos na circunscrição eleitoral responsável por conceder o mandato a ser revogado. Caso o referendo revogatório se refira ao Presidente da República é necessário o respaldo de 15% dos eleitores registrados no país.</p>	<p>Referendo revogatório (Art 240): Todos os cargos podem ser submetidos a referendo revogatório, (exceto os do Judiciário) quando solicitado por 15% dos inscritos na circunscrição eleitoral responsável por conceder o mandato a ser revogado.</p>	<p>Referendo revogatório: Os cidadãos não podem solicitar diretamente a revogação dos mandatos dos representantes eleitos. Apenas o Congresso Nacional tem o poder de suspendê-los no caso de infrações cometidas pelos representantes no exercício do cargo (Art 51 e 57).</p>
<p>Iniciativa legal (Art 74, 204): A população pode propor a criação, a reforma ou a abrogação de normas jurídicas. No caso da abrogação esta poderá ser demandada por no mínimo 10% dos eleitores. No caso da criação de novas leis, estas podem ser propostas ao Legislativo quando contarem com o respaldo de no mínimo 01% dos eleitores inscritos.</p>	<p>Iniciativa Legal (Art 103): A população pode propor a criação, a reforma ou a derrogação de normas jurídicas. Para isso é necessário o respaldo de no mínimo 0,25% dos eleitores registrados.</p>	<p>Iniciativa Legal: A população pode propor a formulação de leis ordinárias, porém a Constituição não estabelece os requisitos, os quais serão definidos separadamente por cada Câmara.</p>	<p>Iniciativa Legal: A população pode propor a formulação de leis ordinárias e complementares (Art 61) encaminhando projetos de leis respaldados por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.</p>
<p>As alterações constitucionais aprovadas pelos membros do Legislativo também precisam ser sufragadas por meio de referendo aprovatório para que entrem em vigor.</p>	<p>As alterações constitucionais aprovadas pelos membros do Legislativo também precisam ser sufragadas por meio de referendo aprovatório para que entrem em vigor.</p>	<p>As alterações constitucionais aprovadas pelos membros do Legislativo também precisam ser sufragadas por meio de referendo aprovatório para que entrem em vigor.</p>	<p>As alterações constitucionais aprovadas pelos membros do Legislativo não precisam ser sufragadas diretamente pelos cidadãos.</p>

(iii) Mecanismos que configuram novos espaços para a representação (*funcional*) da sociedade civil organizada.

Venezuela	Equador	Bolivia	Brasil
<p>Art 273. El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por períodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida.</p> <p>Art 274. Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado; e, igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.</p>	<p>Art. 204.- ..La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.</p> <p>La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.</p> <p>Art. 156.- Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las</p>	<p>Art 241. I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas. II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos . IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social. VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad.</p> <p>Art 242. La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución y la ley: 1. Participar en la formulación de las políticas de Estado. 2. Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes. 3. Desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autócratas, descentralizadas y desconcentradas. 4. Generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada</p>	<p>Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdiccional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.</p> <p>Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas...</p> <p>Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta</p>

temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.
Art. 157.- Los consejos nacionales de igualdad se integrarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva.

Art. 101.- Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará un representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones.

por el control social no podrá denegarse, y será entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna. 5. Formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución y la Ley. 6. Conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado. 7. Coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado. 8. Denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente ... *Art 317.* El Estado garantizará la creación, organización y funcionamiento de una entidad de planificación participativa que incluya a representantes de las instituciones públicas y de la sociedad civil organizada.

do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I o Procurador-Geral da República, que o preside; II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III três membros do Ministério Público dos Estados; IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Como observado, no primeiro quadro (i) foram apontados alguns artigos que tratam das responsabilidades sociais do Estado, com o objetivo de atestar a hipótese de que as Cartas andinas seriam mais enfáticas a este respeito, manifestando uma maior preocupação quanto aos aspectos substantivos da igualdade democrática. Por este motivo, em comparação com a Constituição do Brasil, elas apresentam uma discriminação mais extensa e detalhada dos direitos sócio-econômicos a serem garantidos pelo Estado, determinando um maior espaço para a intervenção estatal na esfera econômica. A Carta brasileira, como observado na segunda parte do trabalho, também manifesta uma preocupação com os aspectos substantivos da igualdade e com a concretização dos direitos sócio-econômicos. Por isso, é possível afirmar que tanto no modelo andino como no brasileiro observa-se o desejo de promover um afastamento em relação ao modelo de constitucionalismo liberal e a intenção de conformar um Estado de tipo social

Participação e representação: um estudo crítico das constituições – SILVA, M. G.

e *agente*. Todavia, a partir do estudo das novas constituições andinas, espera-se observar uma radicalização no ímpeto de romper com tal padrão.

Em seguida, (ii) foram elencados os dispositivos que tratam dos mecanismos de participação direta da população na política por parte dos países andinos, o que permitiu a constatação de outra hipótese anteriormente levantada. Isto é, de que estes teriam recebido um especial tratamento nas constituições andinas por meio da multiplicação de instrumentos e situações em que tal participação é regulamentada.

Por fim, (iii) foram apresentados alguns dispositivos que demonstraram um alargamento dos espaços para o exercício da cidadania por meio de uma ampliação nas instâncias representativas, em que a sociedade civil organizada pode participar através de *representantes funcionais*. Tais dispositivos são semelhantes com aqueles que no arranjo brasileiro exercem funções análogas. Entretanto, mesmo no tocante a eles é possível observar, no caso das cartas andinas, um aprofundamento na preocupação em aumentar as instâncias de conexão entre Estado e Sociedade por meio da emergência do “poder cidadão”.

REFERÊNCIAS

- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro, 2002.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- Coelho, André; Flores, Fidel; Mendonça, Clayton. Mecanismos de democracia participativa: o que há de comum nas constituições da Bolívia, Equador e Venezuela?. *Observador On-Line*, v. 4, n. 7, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Volumes I e II Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LAVALLE, Andrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. *Lua Nova*, São Paulo, 67: 49-103, 2006.
- GOULART, Mayra. A persistência de Caliban e a dinâmica entre os poderes no Brasil pós-1988. *Observador Online*, v.4, n.8, 2009.
- NAVARRO, Alexandre. *Democracia semi-direta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Brasília: Universidade do Legislativo, 2004.
- PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1972.
- VIANNA, Luiz Werneck e RESENDE DE CARVALHO, Maria Alice. República e civilização brasileira. In : ORG N. Bignotto. *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- URBINATTI, Nadia. O que torna a representação democrática. In: *Lua Nova*, São Paulo, 67: 191-228, 2006.
- VIEIRA, Mónica Brito; RUNCIMAN, David. *Representation*. Cambridge: Polity Press: 2008).
- WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: WERNECK VIANNA, Luiz (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro, 2002.
- ROSANVALLON, Pierre. *La démocratie inachevée*. Paris: Éditions Gallimard, 2000.

[A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina]

Cláudia Paiva*

Resumo: O presente artigo compara a recepção do instituto *amicus curiae* pelo direito argentino e pelo direito brasileiro, especialmente por suas cortes constitucionais, considerando se tratarem de contextos bastante semelhantes, o que permite realçar e auxiliar na identificação de diferenças no processamento das respectivas recepções. O trabalho apresenta um diferencial ao comparar a dinâmica da recepção em dois ordenamentos distintos, e não somente a recepção de um instituto em determinado ordenamento jurídico. Na comparação foram encontradas diferenças significativas, que permitem compreender melhor as configurações do *amicus curiae* que foram adotadas nos dois países.

Palavras-chave: *Amicus curiae*; Hermenêutica Constitucional; Direito Constitucional Comparado; Recepção de Direitos.

Abstract: This article compares the reception of the *amicus curiae* institute by the Argentine and the Brazilian law, especially by their constitutional courts, considering that the contexts are very similar, which allows to highlight and help to identify differences in the processing of their receptions. The paper presents a difference when comparing the dynamics of reception in two different jurisdictions, not just the reception of an institute in a particular order. In comparison found significant differences, which allow a better understanding of the settings of *amicus curiae* briefs that were adopted in both countries.

Keywords: *Amicus curiae*; Constitutional Hermeneutics; Comparative Constitutional Law; Reception of Law.



* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/FND/UFRJ).

Data de Envio: 30/10/2010
Data de Aceite: 20/12/2010

Introdução

O presente artigo tem por objetivo comparar a recepção do instituto *amicus curiae* pelo direito argentino e pelo direito brasileiro, especialmente por suas cortes constitucionais, considerando se tratarem de contextos – histórico, político, social, econômico e jurídico – bastante semelhantes, o que permite realçar e auxiliar na identificação de diferenças no processamento das respectivas recepções.

O fenômeno da recepção de direitos¹ consiste na introdução de regras, noções ou institutos pertencentes a um sistema jurídico em outro, que pode ser outro ordenamento nacional ou mesmo outra família de direito, como a família da *common law* ou a romano-germânica.

O objetivo do estudo das recepções de direito é verificar a compatibilidade das regras, noções ou institutos com o sistema jurídico receptor para, até mesmo, se for o caso, propor modificações em sua concepção, permitindo uma melhor aclimação e garantindo também maior eficácia à regra ou ao instituto transplantado.

Importante notar que o presente estudo apresenta um diferencial ao comparar a dinâmica da recepção em dois ordenamentos distintos, e não somente a recepção de um instituto em determinado ordenamento. É frequente, no Direito Constitucional Comparado, o cotejo de institutos em ordenamentos jurídicos diversos em um momento específico e, inclusive, no mesmo sistema jurídico em momentos diferentes.

1 O Instituto do *Amicus Curiae*

Amicus curiae é uma figura processual originária do direito anglo-saxônico que, em latim, significa “amigo da corte” e que corresponde a uma pessoa que se manifesta em processo do qual não é parte.

O instituto do *amicus curiae* foi difundido nos últimos séculos em sistemas jurídicos da *common law* e do sistema romano-germânico, assumindo as mais diferentes feições e funções, não somente no espaço como também no tempo e, por este motivo, não há definição uniforme ou conceito que possa abarcar toda a complexidade do multifacetado *amicus curiae*.

Há controvérsia sobre todos os elementos do instituto e, até mesmo, quanto à sua origem, que muitos autores atribuem ao direito romano clássico. Certo é que se originou, com esta denominação, no século XIV na Inglaterra e foi transportado no início do século XVII para os Estados Unidos², onde o instituto se tornou amplamente conhecido.



¹ A professora Ana Lúcia de Lyra Tavares, especialista em Direito Constitucional Comparado, caracteriza o fenômeno da recepção em todos os seus aspectos no artigo “O Estudo das Recepções de Direitos”, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valadão, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1983, p. 45.

² “Foi o caso especialmente da Inglaterra, onde um verdadeiro regime de expansão legal foi verificado no início do século XVII. Logo após a expedição do *May Flower* e a instalação dos primeiros colonos sobre a costa Este da América, considerou-se que eles haviam transportado consigo, enquanto cidadãos britânicos, o sistema da *common law*, bem como as leis (o *Statute book*) aplicáveis nessa data.” (ANCEL, 1980, p. 75).

Os elementos que caracterizam o instituto variam de tal forma nos atuais ordenamentos jurídicos que o vínculo com o instituto original do direito anglo-saxão, muitas vezes, é apenas semântico, quase sem correspondência de conteúdo. É o caso, por exemplo, do direito indiano atual, onde o *amicus curiae* também exerce a função de advogado dativo³.

Outras vezes, há correspondência de conteúdo, mas a denominação é outra, como o atual instituto britânico, batizado em 2001 de *Advocate to the Court*⁴, ou mesmo não há qualquer denominação própria, mas, como apresenta algum aspecto característico do instituto, a doutrina ou a jurisprudência passa a denominar o terceiro como *amicus curiae*.

Dessa forma, para os propósitos do presente trabalho, manteremos como definição do instituto apenas o seu conteúdo mínimo, qual seja: *amicus curiae* é sujeito processual que se manifesta em processo do qual não é parte.

2 Sistema Jurídico Receptor

Os grandes sistemas do direito contemporâneo são classificados por René David em três famílias principais – romano-germânica, da *common law* e de direitos socialistas⁵ –, sendo agrupados em “outros sistemas”, o direito muçulmano, hindu, judaico, entre outros do Extremo Oriente e da África. O próprio comparativista admite que sua classificação é apenas didática e que outras classificações podem ser feitas, dependendo da valorização que se dá às diferenças de ordem técnica ou de conteúdo dos vários sistemas jurídicos.

Para o professor da Universidade de Roma, Pierangelo Catalano, são “quatro sistemas jurídicos de importância mundial: o sistema romanista (do qual o sistema latino-americano é um subsistema), o sistema anglo-saxônico (do qual o sistema norte-americano é um subsistema), o sistema socialista e o sistema muçulmano” (CATALANO, 1981, p. 19).

Anna Maria Vilella, da Universidade de Brasília, discorda do Professor Catalano quanto à separação da América Latina em um subgrupo e essa discordância importa para o presente estudo, pois é justamente o motivo de os direitos constitucionais brasileiro e argentino serem propícios à recepção do *amicus curiae*: o fato de serem inspirados no *common law*, e não no sistema romano-germânico⁶.



³ “In India, thus, if a petition is received from the jail or in any other criminal matter if the accused is unrepresented, then, an Advocate is appointed as *amicus curiae* by the Court to defend and argue the case of the accused. In civil matters also, the Court can appoint an Advocate as *amicus curiae* if it thinks it is necessary in case of an unrepresented party; the Court can also appoint *amicus curiae* in any matter of general public importance or in which the interest of the public at large is involved.” (SEHGAL, 2008)

⁴ “Em 2001, o *Attorney-General* inglês, Lord William e o *Chief Justice*, Lord Woolf, organizaram grupo de trabalho a fim de reavaliar e normatizar o *amicus curiae*, resultando num memorial para uso dos juízes ingleses. A primeira mudança trazida reside no próprio nome do instrumento processual, agora denominado *Advocate to the Court*.” (BISCH, 2010, p. 31)

⁵ “Limitar-nos-emos, de modo pragmático, a pôr sumariamente em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas.” (DAVID, 1998, p.17)

⁶ “É neste subgrupo latino-americano o que mais contrastaria seria o fato de nos inspirarmos de modelos *common law*, em matéria de Direito Público, permanecendo fiéis à tradição romanista, em se tratando de Direito Privado” (VILLELLA, 1981, p. 7)

Esse fato demonstra que não há qualquer incompatibilidade entre um instituto, cuja origem é a *common law*, e o direito constitucional latino-americano em geral, profundamente influenciado, desde O Federalista⁷, pelo constitucionalismo norte-americano.

Especificamente em relação à Argentina, “*a country that has used and abused foreign law*”⁸, Carlos F. Rosenkrantz, professor da Universidade de Buenos Aires, afirma que:

*Argentina has relentlessly practiced constitutional borrowing and has borrowed extensively in two fundamental areas of constitutional law: institutional design and basic rights. Argentina had two short-lived constitutions, of 1819 and 1826, not inspired by the U.S. Constitution.*⁹ (ROSENKRANTZ, 2009, p. 270)

No caso brasileiro, “na condição de ordem jurídica secundária, isto é, construída sob a influência de sistemas exportadores de direito, seja por via da colonização portuguesa (de 1500 a 1822), seja através de recepções voluntárias de direito (a partir da Independência)” (TAVARES, 1990, p.56) o direito estrangeiro foi amplamente utilizado em todos os ramos do direito, em maior ou menor grau.¹⁰

Desta forma, podemos afirmar que o quadro jurídico receptor de ambos os países era campo fértil para a importação de elementos alienígenas, e, especialmente no ramo constitucional, os institutos da *common law* eram bem vindos.

3 Fontes da Recepção

Conforme já dito, o instituto tem procedência anglo-saxã e toda a doutrina e jurisprudência apontam o recurso às fontes processuais norte-americanas.

De fato, em regra, o movimento de fontes exportadoras vai dos países desenvolvidos para os subdesenvolvidos¹¹. Entretanto, no caso dos Estados Unidos, a questão é mais complexa e a sua influência no campo jurídico tem sido analisada pela doutrina europeia em termos de influência pelo prestígio do modelo americano (WATT, 2001) ou americanização do direito (FARNWORTH, 2001), conceitos que, dada a extensão e o objetivo do presente trabalho, não poderão ser aprofundados neste momento.



⁷ A obra “O Federalista” (*Federalist Papers*) é uma série de 85 artigos, escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, que resultaram de reuniões que ocorreram na Filadélfia em 1787 para a elaboração da Constituição Americana.

⁸ Tradução livre: um país que tem usado e abusado da lei estrangeira.

⁹ Tradução livre: Argentina tem praticado incansavelmente empréstimos constitucionais e tem emprestado em duas áreas fundamentais do direito constitucional: desenho institucional e direitos fundamentais. Argentina teve duas constituições de curta duração, de 1819 e de 1826, não inspiradas na Constituição Americana.

¹⁰ A professora Ana Lúcia de Lyra Tavares analisa a aplicação do direito estrangeiro por cada ramo do direito no artigo “O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro”.

¹¹ “Observa-se, assim, inicialmente, que, em sua maioria, essas fontes se encontram em países cultural, econômica e politicamente desenvolvidos, considerados como exportadores de direitos, em contraposição àqueles menos desenvolvidos, qualificados de importadores.” (TAVARES, 1983, p. 51)

A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina – PAIVA, C.

Para o professor da Universidade de Buenos Aires, o mimetismo jurídico tem por objetivo o progresso econômico e político, conforme se depreende da passagem abaixo:

*Rather, throughout early Argentine history there was a deep conviction that the U.S. Constitution had instilled the germ of political and economic progress in the United States, and it was assumed that the same germ would penetrate Argentina if we simply adopted the very same constitution.*¹² (ROSENKRANTZ, 2009, p. 271)

A influência americana foi tão expressiva que, em ambos os países, chegou-se a utilizar a lei e a jurisprudência americana em decisões locais. No Brasil, o artigo 387 do Decreto nº 848/1890 prescrevia que: “Os estatutos dos povos civilizados, notadamente aqueles que regulam as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e de *equity* serão subsidiários da jurisprudência e do processo federal”.

Na Argentina, na mesma época, um dos autores da constituição de 1853 endossava a ideia de adotar as instituições americanas e afirmava que:

“North American constitutional law, the doctrine of its statesmen, the declarations of its tribunals, the constant practice in analogous or identical points, are authority in the Argentine Republic, can be alleged in litigation and adopted as genuine interpretation of our own Constitution” (ROSENKRANTZ, 2003, p. 272).

Estes dois exemplos históricos pretendem apenas demonstrar o grau de influência do direito constitucional americano nas origens do constitucionalismo argentino e brasileiro e, desta forma, permitir a afirmação de que a provável fonte exportadora do *amicus curiae* em ambos os países foi o modelo americano.

Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de a formação jurídica dos agentes responsáveis pela recepção ter outra origem, o que poderia se configurar como um recurso de segunda ordem às fontes processuais americanas.

4 Agentes da Recepção

Em geral, é a doutrina que, indiretamente, desempenha a função de agente da recepção, ao apontar a necessidade ou a conveniência de determinada regra ou instituto em uma ordem jurídica, para que os legisladores e os juízes, especialmente das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Superiores, possam desempenhar a função de agentes diretos da recepção.



¹² Tradução livre: Pelo contrário, ao longo da história argentina recente houve uma profunda convicção de que a Constituição Americana incutiu o germe do progresso político e econômico nos Estados Unidos e assumiu-se que o mesmo germe iria penetrar a Argentina se ela simplesmente adotasse a mesma Constituição.

Nesta variável, encontramos algumas diferenças significativas entre a recepção do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina.

Na Argentina, a iniciativa para adoção do instituto partiu de organismos de defesa dos direitos humanos, que, em 1995, solicitaram intervenção em processo no qual se discutiam fatos ocorridos durante a ditadura militar. Vários outros casos se seguiram, mas, até a presente data, não há legislação acerca da participação de *amicus curiae* na Corte Suprema, exceto por uma *acordada* do próprio tribunal, que é um ato semelhante aos nossos regimentos internos (DEL PRÁ, 2008, *passim*).

Os agentes da recepção argentina foram, portanto, os organismos da sociedade civil, seguidos pelos ministros da Corte Suprema em 2004, mas não acompanhados pelos legisladores, conforme será analisado no processamento da recepção adiante.

No Brasil, ao contrário, a iniciativa partiu dos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente do Ministro Gilmar Mendes, seguidos pelos legisladores, sem qualquer pressão da sociedade civil organizada, que ainda desconhece a possibilidade de participação nas decisões do Supremo Tribunal Federal, considerando que apenas 5% das ações diretas de inconstitucionalidade contaram com alguma participação de *amicus curiae*¹³.

A primeira menção efetiva¹⁴ ao instituto do *amicus curiae* pela jurisprudência do STF foi em 1994, em decisão do Ministro Celso de Mello e não há notícia de pedidos de ingresso de *amici curiae* antes desta data, mesmo considerando outras denominações, de acordo com análise estatística empreendida por Damares Medina nas ações do modelo concentrado de 1988 a 2008 (MEDINA, 2010, p. 131).

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, ao comentar a Lei 9.868/99, afirma que “cumpre observar a que a referida lei originou-se de projeto de lei de autoria de Gilmar Mendes, apresentado em 1997, ‘coincidentemente’ o mesmo ano em que traduzira a já citada obra de Peter Häberle sobre *a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*” (DEL PRÁ, 2008, p.81, grifo no original). Isabel Bisch complementa, dizendo que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes é o “principal idealizador das Leis 9.868/99 e 9.882/99” (BISCH, 2010, p. 104).

Desta forma, podemos afirmar que os agentes que promoveram a recepção e a posterior adoção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina foram diferentes, o que talvez possa explicar as diferenças na atual configuração e aplicação do instituto em cada país.



¹³ Tradução livre: Pelo contrário, ao longo da história argentina recente houve uma profunda convicção de que a Constituição Americana incutiu o germe do progresso político e econômico nos Estados Unidos e assumiu-se que o mesmo germe iria penetrar a Argentina se ela simplesmente adotasse a mesma Constituição.

¹⁴ “Um percentual inferior a 5% das ações diretas de inconstitucionalidade já julgadas indica que o *amicus curiae* ainda possui uma participação pouco expressiva no STF.” (MEDINA, 2010, p. 129)

5 Processamento da Recepção

5.1 ARGENTINA

Em 1995, dois organismos internacionais de defesa dos direitos humanos (*Center for Justice and International Law* e *Human Right Watch/Americas*) solicitaram intervenção em processo no qual se discutiam fatos ocorridos na *Escuela de Mecánica de la Armada* durante a ditadura militar e o pedido foi deferido por maioria. Em seguida, o CELS – *Centro de Estudios Legales e Sociales* apresentou memorial, como *amicus curiae*, em causa também relacionada à violação de direitos humanos, no caso, o encarceramento de presos com vírus HIV e, a partir de então, vários outros casos se seguiram.

Entretanto, o legislativo não acompanhou a evolução do instituto, pois o projeto de lei apresentado em 1996, que dispunha sobre a participação dos *amicus curiae* na Corte Suprema, não foi aprovado, tendo sido arquivado em 1998. Apesar de o instituto ter sido normatizado no âmbito do *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires* e da doutrina favorável, não há legislação regulando a participação do *amicus curiae* na Corte Suprema (DEL PRÁ, 2008, passim).

Em 2004, diante da omissão legislativa, a Corte Suprema editou a *Acordada* nº 28/2004¹⁵ em decisão por apertada maioria (4x3), sendo que a tese vencedora afirmava que a Lei 48 de 1863, permitia que a Corte Suprema pudesse estabelecer os regamentos necessários à tramitação dos feitos, “*com tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos*”¹⁶, entre outras considerações, e a tese contrária argumentava que:

Que la participación en el proceso de personas distintas de las partes y los terceros en los términos de los arts. 90 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no se encuentra prevista de manera general por el derecho federal, por lo que debe desentrañarse si tiene esta Corte Suprema de Justicia de la Nación facultades para dictar una reglamentación



¹⁵ *Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal*. Artículo 1º - Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. En la presentación deberá constituirse domicilio en los términos del art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de La Nación. Artículo 2º- El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión.

¹⁶ Tradução livre: de tal forma que não sejam contrárias às prescrições da lei processual.

que admita y regule la intervención de los denominados “amigos del tribunal”, “amicus curiae”, o “asistentes oficiosos”.¹⁷

Nesse estado de coisas, restou à doutrina argentina afirmar que “*non es imprescindible la intermediación del legislador*”,¹⁸ pois, se perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos existe a possibilidade de ingresso na qualidade de *amicus curiae*, e, se para chegar à Corte é necessário esgotar todas as instâncias do Estado demandado, “*resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de amicus ante los tribunales internos*”¹⁹ (BAZÁN, 2005).

5.2 BRASIL

Desde a alteração do Regimento Interno do STF, em 1985, era vedada a intervenção de terceiros nas ações do controle abstrato de constitucionalidade devido ao caráter objetivo destas ações, onde não se discutem interesses individuais e concretos, portanto, subjetivos, mas apenas se faz a verificação, em tese, da inconstitucionalidade de norma infraconstitucional.

Segundo DEL PRÁ, “já ressoava no Supremo Tribunal Federal a necessidade de pluralizar o debate” (2008, p.79) e, em 1994, o primeiro *amicus curiae* brasileiro foi deferido em decisão do Ministro Celso de Mello, no agravo contra a admissão de memorial da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, em ação direta no controle abstrato de constitucionalidade.²⁰

Em 1999, “positiva-se”, nas palavras do próprio Gilmar Mendes,²¹ o *amicus curiae* na Lei 9.868/99²² para “modernizar o processo constitucional brasileiro”, apesar da ausência de expressa denominação que caracterizaria o instituto e ao contrário da Corte Suprema argentina que, não somente denominou o sujeito processual como *Amigo Del Tribunal*, como regulamentou todo procedimento na *Acordada 28/2004*.



¹⁷ Tradução livre: que a participação no processo de outras pessoas que não as partes e o terceiro nos termos do art. 90 e seguintes do Código de Processo Civil e Comercial não é prevista de maneira geral por lei federal, por isso precisa ser esclarecido que esta Corte Suprema não tem poder para elaborar os regulamentos que admitam e regulem a intervenção dos chamados “amigos da corte”, “amicus curiae” ou assistentes informais”.

¹⁸ Tradução livre: não é imprescindível a intermediação do legislador.

¹⁹ Tradução livre: resulta então absurdo proibir a instituições ou grupos interessados apresentarem-se na qualidade de *amicus* perante os tribunais internos.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI-AgR 748/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.

²¹ “Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.” (MENDES, 1999, p. 460)

²² Lei 9.868/99, Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina – PAIVA, C.

A Lei 9.882/1999²³ complementou a chamada “positivação” do instituto nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mas somente no projeto do novo Código de Processo Civil há, no capítulo da intervenção de terceiros, previsão de *amicus curiae* para todo e qualquer processo e grau de jurisdição.²⁴

6 Atual Configuração do Instituto

O diferente processamento da recepção do *amicus curiae* resultou em configurações diferentes nos dois países, que apresentamos sinteticamente no quadro abaixo:

Aspectos	Argentina	Brasil
Norma	Acordada 28/2004	Lei nº 9.868/99 e 9.882/99
Sujeitos	<i>personas físicas o jurídicas</i>	outros órgãos ou entidades (ADI) interessados no processo (ADPF)
Ações	<i>en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada da Corte Suprema</i>	Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Matéria	<i>- cuestiones de trascendencia colectiva o interés general - opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante</i>	matéria relevante
Requisitos	<i>- reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito - fundamentación su interés para participar en la causa - información sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso</i>	- relevância da matéria - representatividade dos postulantes
Prazo	<i>Dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia</i>	Não há Prazo fixado em parágrafo vetado
Extensão do memorial	<i>veinte carillas de extensión</i>	Não há
Direitos processuais	<i>ninguno de los derechos procesales</i>	Não há
Custas processuais	<i>no devengará costas ni honorarios judiciales</i>	Não há

A Argentina configurou o seu instituto de forma bastante semelhante com as *Rules of the Supreme Court of the United States*, que definem, por exemplo, que as petições de *amicus curiae* não podem ultrapassar o limite de 9.000 palavras e que devem ter o consentimento de ambas as partes para ingressarem em juízo.

No Brasil, apesar de previsto em lei, não há procedimento detalhado e a Emenda Regimental nº 29/09 apenas reforçou a irrecorribilidade da decisão de indeferimento para manifestação de interessados.²⁵

“Mantendo seus contornos nebulosos e dentro da discricionariedade judicial” (MEDINA, 2010, p. 43), a Suprema Corte brasileira se afasta do modelo



²⁴ Novo Código de Processo Civil. Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

²⁵ XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

americano e talvez esteja mais próxima do alemão, onde o *amicus curiae* também não tem essa denominação, conforme constata Isabel Bisch:

Quem examina as Constituições de países europeus como Portugal, Alemanha, Espanha ou Itália constata a existência do termo *amicus curiae* na regulamentação do controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, algumas Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais contam com dispositivos que permitem aos Juízes das Cortes solicitar informações técnicas de *experts* para auxiliar no julgamento da questão.

É essa a previsão contida no art. 27a da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão, que permite a convocação de terceiros para manifestar sua opinião, e do art. 26, que garante amplo poder instrutório ao juiz constitucional. (BISCH, 2010, p. 88)

7. Razões da Recepção

7.1. ARGENTINA

O principal motivo para admissão do instituto do *amicus curiae* na Argentina, segundo Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, foi garantir uma função participativa e, portanto, ativa, para todos os cidadãos.

Esta função aproxima o instituto argentino do modelo americano, onde o *amicus curiae* exerceu papel fundamental na luta pelos direitos civis nos anos sessenta. Na Argentina, há clara identificação entre a figura do *amicus curiae* e os organismos defensores de direitos humanos, que ditaram o processamento da recepção do instituto no âmbito do judiciário e o utilizaram como ferramenta de fiscalização e controle da função jurisdicional:

Assim, na Argentina, o recurso à participação do *amicus curiae* representa muito mais uma forma de “fiscalização e controle” da função jurisdicional, em casos cujo objeto tenha repercussão coletiva, do que de mero instrumento à disposição do juiz para suprir deficiências no material probatório trazido pelas partes, tal qual parece ser a feição na França e na Itália (DEL PRA, 2008, p. 37-38).

7.2. BRASIL

No Brasil, certamente houve a intenção de democratizar a interpretação constitucional, admitindo a participação daqueles que atuam como “pré-interpretres do complexo normativo constitucional”, como cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, de acordo com Gilmar Mendes na apresentação do livro de Peter Häberle.

Entretanto, dez anos após a “positivação” do instituto, não há efetivamente participação da sociedade (5% das ADIs) e o procedimento para ingresso dos *amici curiae* não é democrático, pois o relator tem o poder de indeferir a par-

A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina – PAIVA, C.

ticipação de um *amicus curiae* por decisão irrecurável, sem necessidade de fundamentação.

Sendo assim, parece que a verdadeira razão para a recepção do *amicus curiae* no Brasil foi dar legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, se tratando apenas de mais um instrumento – a audiência pública seria outro – para legitimação da interpretação constitucional pelo procedimento.

A “legitimação pelo procedimento” é um conceito também desenvolvido por Häberle no mesmo livro sobre a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, traduzido por Gilmar Mendes. No capítulo sobre a “Legitimação do ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação”, Häberle diferencia o seu conceito do de Niklas Luhmann, da seguinte forma:

Também a “legitimação pelo procedimento” no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, p. 27 s., 107 s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão (HÄBERLE, 2010, p. 31).

Creio que, no atual estágio de aclimatação do *amicus curiae* no Brasil, o instituto corresponde mais ao conceito de Luhmann do que ao conceito de Häberle. Não há ainda comprovação de “influência qualitativa e de conteúdo” dos *amici curiae* nas decisões do STF, apesar de ser esse o objetivo do estudo empírico que Damares Medina empreendeu, em minha opinião, sem sucesso, devido à amostra utilizada (MEDINA, 2010).

Desta forma, há significativa diferença entre as razões para recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina.

8. Efeitos Decorrentes da Recepção

Em artigo sobre a recepção do mandado de injunção (TAVARES, 1999), outro instituto de procedência anglo-saxã importado pelo direito brasileiro, a Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares analisa dois efeitos: fortalecimento do poder judiciário e conscientização do cidadão.

Com a recepção do *amicus curiae* na Argentina, os efeitos foram os mesmos, pois certamente houve o fortalecimento do poder judiciário, que não aguardou a iniciativa legislativa, além da conscientização do cidadão, através dos organismos de defesa dos direitos humanos.

Entretanto, no Brasil, constata-se apenas fortalecimento do poder judiciário.

É possível que o intenso debate na doutrina acerca da função do *amicus curiae* no direito constitucional brasileiro, além da visibilidade proporcionada

A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina – PAIVA, C.

pelas audiências públicas, amplie a participação ativa dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal.

Afinal, o processamento de recepções de direitos é contínuo e gradual, sendo possível antever uma corte constitucional aberta à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Conclusão

Na comparação da recepção do instituto *amicus curiae* pelo direito argentino e pelo direito brasileiro foram encontradas diferenças significativas, que permitem compreender melhor as configurações que foram adotadas nos dois países.

As diferenças impressionam, considerando a proximidade não somente geográfica entre Brasil e Argentina, nos permitindo concluir que o instituto processual do *amicus curiae* é extremamente flexível, sendo moldado durante o processamento da recepção, e bastante sensível às variáveis analisadas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Coleção Temas de Processo Civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Salvador: Juspodium, 2005.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.
- BAZÁN, Víctor. El *Amicus Curiae* em clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Questiones Constitucionales*, n. 12, enero-junio, 2005.
- BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CATALANO, Pierangelo. Sistemas jurídicos, sistema jurídico latino-americano e direito romano. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord). *Direito e Integração*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- FARNWORTH, E. Allan. L'Américanisation du droit – Mythes ou réalité. *Archives de philosophie du droit*. v. 45, L'Américanisation du droit, 2001
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. O estudo das recepções de direito. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, p. 46, 1983.
- _____. O Direito Comparado na História do Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Ciência Política*, Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 33, nº 1, p. 55-90, 1990.
- _____. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, DF, v. 28, nº 109, p. 71-108, 1991.
- _____. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Revista Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC)*, nº 14, p. 89-104, 1999.

A recepção do instituto do *amicus curiae* no Brasil e na Argentina – PAIVA, C.

_____. O mandado de injunção como exemplo de recepção de direito. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988 – 1998 uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 19, julho, 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 set. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 2. Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1999.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *Oxford University Press and New York University School of Law 2003*, I COM, Volume 1, Number 2, 2003, pp. 269-295.

VILLELA, Anna Maria. Direito romano e sistema jurídico latino-americano. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord). *Direito e Integração*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

WATT, Horatia Muir. Propos liminaires sur le prestige du modele américain. *Archives de philosophie du droit*. p. 29, v. 45, L'Américanisation du droit, 2001.

[Um novo olhar sobre a lei para a infância e a adolescência]

Mariana Sant'Ana Miceli*

Resumo: Qualquer estudo pertinente a crianças e adolescentes é político e não pode se negar a desfraldar discursos que se dizem neutros. Por isso, apresenta-se a proposta de se pesquisar a natureza do discurso legal, com base em Nicos Poulantzas, a fim de vislumbrar qual é o cuidado destinado à infância e à adolescência na atualidade. Crianças e adolescentes (oprimidos) são usualmente encerrados dentro de categorias estático-metafóricas (pelos adultos, opressores), em absoluta desconsideração do processo histórico e das instâncias de produção de seu respectivo estatuto social. Neste passo, além de atentar para a noção de que existe uma construção histórica da infância-adolescência moderna a partir de diversas instâncias sociais, é relevante investigar qual(is) discurso(s) intencionalmente a destrói(em) ao propagar o argumento da inexistência de diversidade entre crianças e adolescentes, como se fossem todos igualmente tratados com vistas aos cuidados inerentes ao seu desenvolvimento biopsicossocial.

Palavras-chave: infância; adolescência; Direito; Lei; Direito da Criança e do Adolescente.

Abstract: Any study relevant to children and adolescents is political and can not refuse to unfurl speeches that say they are neutral. Therefore, this research presents the proposal to investigate the nature of legal discourse, based on Nicos Poulantzas in order to discern what is the care destined to children and adolescents today. Children and adolescents (oppressed) are usually enclosed within static-metaphoric categories (by adults, oppressors) and in total disregard of the historical process and production instances of their respective social statute. In this step, beyond paying attention to the notion that there is a historical construction of modern childhood-adolescence from various social instances, is relevant to investigate which speech(es) intentionally destroys it, propagating the argument of absence of diversity among children and adolescents, as if they were all treated equally with a view to care inherent in their biopsychosocial development.

Keywords: childhood; adolescence; Law; Legislation; Children and Adolescent Law.



* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela UFSC. Graduada em Pedagogia pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC).

Data de Envio: 30/10/2010
Data de Aceite: 20/12/2010

1 Introdução

Um estudo pertinente a crianças e adolescentes, como qualquer trabalho a ser levado a efeito com coletivos, é político e não pode se negar a desfraldar discursos que se dizem neutros, “Porque as relações sociais em que os tratos do povo se enredaram sempre fizeram parte de uma relação política de dominação-subordinação, de regulação-controle-libertação-emancipação” (ARROYO, 2009, p. 05).

Por isso, apresenta-se a proposta de se pesquisar a natureza do discurso legal, com base em Nicos Poulantzas, a fim de vislumbrar qual é o cuidado destinado à infância e à adolescência na atualidade.

Crianças e adolescentes (oprimidos) são usualmente encerrados dentro de categorias estático-metafóricas (pelos adultos, opressores), em absoluta desconsideração do processo histórico e das instâncias de produção de seu respectivo estatuto social.

Neste passo, além de atentar para a noção de que existe uma construção histórica da infância-adolescência moderna a partir de diversas instâncias sociais, é relevante investigar qual(is) discurso(s) intencionalmente contribui para destruí-la ao propagar o argumento da inexistência de diversidade entre crianças e adolescentes, como se fossem todos igualmente tratados com vistas aos cuidados inerentes ao seu desenvolvimento biopsicossocial.

2 Sobre a Lei, Segundo Nicos Poulantzas

“A lei apenas engana ou encobre, reprime, obrigando a fazer ou proibindo” (Nicos Poulantzas)

Para se saber qual a concepção da lei pronunciada, é preciso investigar seu contexto, isto é, o Estado no qual foi idealizada, vez que “A lei sempre esteve na ordem social, no sentido que aparece depois para pôr ordem num estado natural preexistente, porque é constitutiva do campo político-social como codificação de interditos e injunções positivas” (POULANTZAS, 2000, p. 81). Por isso a importância de contextualizar o discurso que se apresenta de acordo com o modo de produção capitalista, a partir da consistente teorização do filósofo e sociólogo grego Nicos Poulantzas (1936-1979), de tradição marxista.

Segundo Poulantzas, o Estado não possui “um” discurso unificado, mas vários discursos estandardizados de acordo com a classe social a que se destina. É assim que se produz o saber e suas técnicas de modo a encarnarem as relações político-ideológicas presentes nas relações de produção, as quais remetem às ligações de propriedade econômica e posse e se traduzem em verdadeiros poderes de classe.

Longe de se querer apresentar uma “metafísica das origens”, a partir de uma causalidade mecânica, cronológica, linear e simples, pode-se dizer que onde existe divisão de classes, há luta e poder de classe: existe, portanto, o Estado, que representa o poder político institucionalizado. Não há luta de classes anterior ao Estado ou mesmo sem o Estado. Logo, não é razoável se falar num “estado natural” ou num “estado social” como sugeria a tradição filosófica política

do Iluminismo, que consagrava a formação do contrato social antes da formação do Estado¹. Ao contrário, deve-se ter a percepção de que

O Estado baliza desde então o campo de lutas, aí incluídas as relações de produção; organiza o mercado e as relações de propriedade; institui o domínio político e instaura a classe politicamente dominante; marca e codifica todas as formas de divisão social do trabalho, todo o real no quadro referencial de uma sociedade dividida em classes (POULANTZAS, 2000, p. 37).

Por isso, a divisão em classes e a luta de classes segundo os poderes de cada qual detêm primazia sobre o Estado e, ao mesmo tempo, ultrapassam as relações de produção. Também as relações de poder podem ultrapassar as próprias relações de classes. Neste contexto,

O Estado interfere com sua ação e consequências em *todas* as relações de poder a fim de lhes consignar uma pertinência de classe e inseri-las na trama dos poderes de classe. Dessa forma, o Estado encarrega-se de poderes heterogêneos que se transformam em retransmissores e recenseadores do poder (econômico, político, ideológico) da classe dominante (POULANTZAS, 2000, p. 41).

Com efeito, todo poder – e não apenas o de classe – só existe quando materializado nos aparelhos (instituições em sentido amplo) que constituem o Estado, o qual, por sua vez, está presente na geração de poderes de classe e em suas intrincadas relações de poder, de exploração econômica e de subjugação político-ideológica. Consequentemente, o Estado determina as relações de produção e os poderes inerentes a elas, bem como o conjunto das ligações de poder em todo e qualquer nível. Com destaque,

[...] a primazia das lutas sobre o Estado vaza as relações de produção porque não se trata aí de uma estrutura econômica, que por sua vez, criaria lutas, pois essas relações de produção já são relações de luta e poder. Além do mais, esse papel preponderante



¹ Pelo viés iluminista, as sociedades moderna e contemporânea, por acreditarem na construção do futuro a partir da participação organizada de seus membros, teriam procurado instituir certas bases – ditas de “segurança” – a fim de gestionar o risco de se viver. Assim é que se teria firmado um contrato social para que os riscos fossem assumidos conjuntamente, e não, por cada sujeito individualmente. Sobre a convenção do povo acerca do poder, Fábio Konder Comparato (1987, p. 34) sustenta que “[...] o poder político é exercido com base num contrato; vale dizer, ninguém é dono do poder político, o poder é uma função. Houve a passagem da sociedade natural, não organizada, à sociedade organizada, chamada sociedade civil. Que esse poder tenha sido atribuído, segundo Hobbes, ao monarca, ou que ele tenha sido atribuído a todo o povo, segundo a concepção rooseauista, pouco importa. O importante é reconhecer que todo poder é, na sua origem, convencionado”.

faz com que, no essencial e geralmente, *existam lutas* e que o conjunto das lutas detenha a primazia sobre o Estado (POULANTZAS, 2000, p. 43).

As relações de produção traçam o campo de atuação do Estado e forjam a presença de relações políticas (e ideológicas) em seus meandros. Essas relações políticas e ideológicas, por conseguinte, estão presentes de forma específica em cada modo de produção na formação das relações de produção e têm papel essencial na reprodução destas. Aliás, “A ligação do Estado às relações de produção constitui a primeira relação do Estado com as classes sociais e a luta de classes” (POULANTZAS, 2000, p. 24).

Certamente que a divisão de classes não é terreno exclusivo da constituição de todo o poder – por exemplo, vide as relações políticas desiguais entre homens e mulheres –, mas, em sociedades de classe, tal como a brasileira, todo poder encobre uma significação de classe. Neste sentido, “O Estado tem um papel constitutivo na existência e reprodução de poderes de classe, e em especial na luta de classes, o que explica sua presença nas relações de produção” (POULANTZAS, 2000, p. 36). Em outros termos, se o Estado apresenta uma “ossatura material própria”, cujos fundamentos estão nas relações de produção e na divisão social do trabalho, ele não é pura e simplesmente dominação política, mas nem por isso suas ações são constitutivamente menos marcadas por ela.

Por isso, ao se enxergar no processo de produção (e de exploração) a reprodução das relações de dominação e subordinação política e ideológica, é de se notar que o procedimento de “normalização” dos indivíduos é o resultado da criação e da subjugação do corpo político. Crianças e adolescentes, neste sentido, não ficam fora desta lógica. Ao contrário, a parcela deles que não pertence à classe dominante, é cerceada dentro de categorias estático-metafóricas, espaço que lhes é reservado pelo discurso naturalista tão reproduzido socialmente, que desconsidera o processo histórico e as instâncias de sua produção.

Neste passo, a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos precisa ser lida com cuidado, pois, caso não venha acompanhada de políticas públicas inerentes a este reconhecimento da infância-adolescência como tempo de direitos, não encontra razão de ser.

Sobreleva, assim, a questão da “intervenção” na realidade infantojuvenil que muitos se propõem a realizar para fins de “resgate” de sua condição de cidadãos, num exemplo típico da falsa generosidade dos opressores, pois

[...] o poder dos opressores, quando se pretende amenizar ante a debilidade dos oprimidos, não apenas quase sempre se expressa em falsa generosidade, como jamais a ultrapassa. Os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que sua “generosidade” continue tendo oportunidade de realizar-se, da permanência da injustiça. A “ordem” social injusta é a fonte geradora, permanente, desta “generosidade” que se nutre da morte, do desalento e da miséria (FREIRE, 2006, p. 33).

Assim, se no passado a tese mais reproduzida era de que crianças e adolescentes não possuíam voz na sociedade, de que adianta, no presente, dar-lhes voz, mas fazê-los abstrair necessidades e calar sonhos à força? De fato, “Dizer que nossa infância é um sujeito com voz, é um sujeito com autonomia não interessa a infância real sem liberdade de escolha, sem horizontes, no limite do viver” (ARROYO, 2009, p. 04). Esta constatação se subsume a outra, mais ampla: “Dizer que os homens são pessoas e, como pessoas, são livres, e nada concretamente fazer para que esta afirmação se objetive, é uma farsa” (FREIRE, 2006, p. 40).

Enfim, não bastasse atentar para a noção de que existe indubitavelmente uma construção social da infância-adolescência moderna, gerida por uma miríade de instâncias, é imprescindível detectar qual(is) discurso(s) intencionalmente a destrói(em), visto que propagam o argumento da inexistência de diversidade entre crianças e adolescentes, como se fossem todos igualmente tratados com vistas aos cuidados inerentes ao seu desenvolvimento biopsicossocial.

Ignorar o cenário atual do genocídio da infância-adolescência popular, com situações extremas de desconsideração de sua humanidade, é trabalhar com uma visão naturalizada a despeito daquela visão histórica de sua produção em contextos concretos e específicos, exatamente nos moldes como intenciona o poder dominante em total afronta às perspectivas das classes dominadas.

Aliás, a classe dominante se apropria, cada vez mais, da ciência como instrumento a serviço de seus interesses e da manutenção da ordem opressora, com a qual manipulam os oprimidos, como quase “coisas” e prescrevem-lhes seu estatuto:

É que, para eles [opressores], pessoa humana são apenas eles. Os outros, estes são “coisas”. Para eles, há um só direito – o seu direito de viverem em paz, ante o direito de sobreviverem, que talvez nem sequer reconheçam, mas somente admitam aos oprimidos. E isto, ainda, porque, afinal, é preciso que os oprimidos existam, para que eles existam e sejam “generosos”... Esta maneira de proceder, de compreender o mundo e os homens (que necessariamente os faz reagir à instalação de um novo poder), explica-se, como já dissemos, na experiência em que se constituem como classe dominadora (FREIRE, 2006, p. 50).

Justamente por isso, aos opressores, “[...] o que vale é *ter mais* e cada vez *mais*, à custa, inclusive, do *ter menos* ou do *nada ter* dos oprimidos. *Ser*, para eles, é *ter* e *ter* como classe que tem” (FREIRE, 2006, p. 51).

É interessante notar que

A verdade do poder escapa frequentemente às massas populares, não porque o Estado a esconda, mascare expressamente; sim, porque, por razões infinitamente mais complexas, as massas não conseguem compreender o discurso do Estado às classes dominantes (POULANTZAS, 2000, p. 32).

É assim que o Estado, enquanto lugar central do exercício do poder político, embora não possua poder próprio, é o espaço em que ocorre a organização estratégica da classe dominante em sua relação com as classes dominadas. Por isso, contribui para fabricar individualidades mediante o emprego de um conjunto de técnicas de saber (“a ciência”) e de práticas de poder (“as disciplinas”), segundo Michel Foucault³. Neste particular, as práticas de poder visam concretizar um procedimento de “normalização” (homogeneização) no intuito de classificar, hierarquizar e distribuir lugares aos sujeitos conforme seu pertencimento social – o que pressupõe a individualização a fim de medir os “desvios” da norma, tornando “úteis” as diferenças³. Note-se que

Essa individualização constitui a figura material das relações de produção e da divisão social do trabalho nos corpos capitalistas, e igualmente consequência material das práticas e técnicas do Estado, criando e subjugando o corpo (político) (POULANTZAS, 2000, p. 64).

Logo, o emprego de técnicas de saber e das disciplinas no bojo do Estado suplanta a mera inculcação ideológica e também a simples repressão física, já que funda a individualização do corpo social.

A ideologia dominante – haja vista que, conforme assinala Poulantzas, só existe ideologia como ideologia de classe⁴ – está impregnada nos aparelhos (ideológicos) de Estado, formais e informais (escola, igreja, tv etc), cuja função é também reproduzir essa ideologia, o que é muito relevante na constituição e reprodução da divisão social do trabalho, das classes sociais e do domínio de classe. Na categoria dos aparelhos ideológicos informais, a escola, apesar de se declarar responsável pela educação de crianças e adolescentes, é uma das instâncias de destaque que assessoram o Estado no desenvolvimento de técnicas que moldam os sujeitos sobre os quais se exerce o poder da classe dominante – até mesmo em sua corporeidade. Por tratar a infância-adolescência com uma medida única, a escola se presta a produzi-la num sentido naturalista ao negar a diversidade de seus sujeitos e, desta forma, contribui consideravelmente para destruir a noção de historicidade destas construções sociais. A escola, por meio das disciplinas de normalização-individualização, encampa técnicas do exercício do poder neste sentido – para a preparação, distribuição e repartição dos indivíduos em classes. Esta visão naturalista da infância-adolescência tem conse-



³ Neste aspecto, os estudos de Foucault são relevantes porque versam sobre a análise materialista de certas instituições de poder – o que confirma e enriquece as análises marxistas, sob certas condições, conforme aponta POULANTZAS (2000, p. 67), para quem “[...] o papel do Estado traduz-se na materialidade de suas técnicas de exercício de poder, consubstancial à sua estrutura própria: técnicas que moldam os sujeitos sobre os quais se exerce o poder até mesmo em sua corporeidade”.

⁴ Para POULANTZAS (2000, p. 27), “O Estado não pode sancionar e reproduzir o domínio político usando como meio exclusivo a repressão, a força ou a violência ‘nua’, e, sim, lançando mão diretamente da ideologia, que legitima a violência e contribui para organizar um consenso de certas classes e parcelas dominadas em relação ao poder público. A ideologia não é algo neutro na sociedade, só existe ideologia de classe. A ideologia dominante consiste especialmente num poder essencial da classe dominante”.

Um novo olhar sobre a lei para a infância e a adolescência – MICELI, M. S. A.

quências muito sérias, pois condiciona a Pedagogia escolar e “não é pedagógico querer que todas as infâncias entrem no mesmo padrão” (ARROYO, 2009, p. 02).

É neste contexto que não se pode olvidar que todo Estado utiliza-se da lei para organizar a violência. O papel da lei no âmbito do Estado capitalista permite entender a questão da repressão no exercício do poder, bem como representa uma verdadeira ruptura em relação aos Estados pré-capitalistas.

No Estado capitalista, a lei foi definida como “limitação do arbítrio estatal”. Foi assim que adveio o “Estado de Direito” em oposição ao poder ilimitado, fundando-se, então, o binômio ilusório de “lei *versus* terror” ou “lei *versus* violência”. Contudo, esta suposta oposição entre lei e violência é falsa, afinal de contas,

Toda forma estatal, mesmo a mais sanguinária, edificou-se sempre como organização jurídica, representou-se no direito e funcionou sob forma jurídica [...]. Portanto, nada mais falso que uma presumível oposição entre o arbítrio, os abusos, a boa vontade do príncipe e o reino da lei. Essa visão corresponde à concepção jurídico-legalista do Estado, a da filosofia política do Estado burguês estabelecido, contra a qual se levantaram Marx e Max Weber [...]. De qualquer forma esta suposta cisão entre lei e violência é falsa, sobretudo para o Estado moderno. É este Estado de direito, o Estado da lei por excelência que detém, ao contrário dos Estados pré-capitalistas, o monopólio da violência e do terror supremo, o *monopólio da guerra* (POULANTZAS, 2000, p. 74).

Se o Estado de Direito detém o monopólio da violência física legítima é porque a lei integra a repressão e a organização da violência exercida por todo Estado. Em outros termos, o Estado pronuncia a lei, definindo censuras, pois é ela o “código da violência pública organizada”.

Note-se que a organização material do poder é uma relação de classe em que a violência física organizada é a condição de existência e a garantia de reprodução. Portanto, o recurso a técnicas de poder capitalistas, aos dispositivos disciplinares e às práticas coercitivas das instituições ideológicas – como a escola – pressupõe a monopolização da violência pelo Estado, que, então, utiliza-se do império da lei, a despeito da legitimação social.

Ao monopolizar a violência legítima, mesmo quando ela não é exercida direta e abertamente, o Estado revela-se como espaço de poder, representativo das novas formas de lutas sob o capitalismo, em relação às quais corresponde a função dos dispositivos de organização do consentimento popular⁵. Assim, a lei



⁵ “Concluir que o poder e o domínio modernos não mais se baseiam na violência física é a ilusão atual. Mesmo que essa violência não transpareça no exercício cotidiano do poder, como no passado, ela é mais do que nunca determinante. Sua monopolização pelo Estado induz as formas de domínio nas quais os múltiplos procedimentos de criação do consentimento desempenham o papel principal. [...] A violência física não existe somente lado a lado com consentimento, como duas grandezas

capitalista predetermina o espaço dos mecanismos de consentimento ao passo que encobre a monopolização da força física pelo Estado.

É de se destacar que

A lei-regra, por meio de sua discursividade e textura, oculta as realidades político-econômicas, comporta lacunas e vazios estruturais, transpõe essas realidades para a cena política por meio de um mecanismo próprio de ocultação-inversão. Traduz assim a representação imaginária da sociedade e do poder da classe dominante. A lei é, sob esse aspecto, e paralelamente a seu lugar no dispositivo repressivo, um dos fatores importantes da organização do consentimento das classes dominadas, embora a *legitimidade* (o consentimento) não se identifique nem se limite à *legalidade*. As classes dominadas encontram na lei uma barreira de exclusão e igualmente a designação do lugar que devem ocupar. Lugar que é também lugar de inserção na rede político-social, criadora de deveres-obrigações e também de direitos, lugar cuja posse imaginária tem consequências reais sobre os agentes (POULANTZAS, 2000, p. 81/82).

Neste passo, a ilegalidade faz parte da lei, pois esta não intervém contra a violência, mas organiza seu exercício no contexto social, em especial para abafar a resistência das massas populares excluídas do poder⁶. É fato que

A lei apenas engana ou encobre, reprime, obrigando a fazer ou proibindo. Também organiza e sanciona *direitos reais* das classes dominadas (claro que investidos na ideologia dominante e que estão longe de corresponder em sua aplicação à sua forma jurídica) e comporta os compromissos matérias impostos pelas lutas populares às classes dominantes (POULANTZAS, 2000, p. 82).

Desta maneira, o discurso legal mantém incutido em si a força e a lógica repressivas. O resultado é um cenário em que a legalidade pode até prevalecer, mas carece de legitimidade, já que os excluídos que a elas se submetem não participam de sua elaboração. Eles ignoram a sua gênese assim como mais tarde serão ilusoriamente levados a crer que a lei foi feita em seu interesse. É assim

mensuráveis e homogêneas que mantêm relações invertidas, tal como que maior consentimento corresponderia a menos violência. Se a violência-terror tem sempre um lugar determinante, isso não se deve ao fato dela se manter constantemente retraída e só se manifestar abertamente em situações críticas. A violência física monopolizada pelo Estado sustenta permanentemente as técnicas de poder e os mecanismos do consentimento, está inscrita na trama dos dispositivos disciplinares e ideológicos, e molda a materialidade do corpo social sobre o qual age o domínio, mesmo quando essa violência não se exerce diretamente”(POULANTZAS, 2000, p. 78/79).

.....

⁶ “As classes populares sempre estiveram presentes no Estado sem que isso tenha modificado jamais alguma coisa no núcleo essencial do Estado (POULANTZAS, 2000, p. 146).

Um novo olhar sobre a lei para a infância e a adolescência – MICELI, M. S. A.

que o papel do Estado ultrapassa a regulamentação jurídica, pois ele funciona – como também funcionam as classes dominantes – segundo a lei e contra a lei, visto que legalidade e ilegalidade são indissociáveis de toda e qualquer normatização. Mesmo nas hipóteses em que legalidade e ilegalidade são distinguíveis, não englobam duas ordens separadas, como o Estado paralelo-ilegal e o Estado de Direito-legal. Logo, a questão é que “Ilegalidade e legalidade fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional” (POULANTZAS, 2000, p. 83); e, que “[...] não há Estado, por mais ditatorial que seja, sem lei, e a existência de lei e de legalidade jamais impediu qualquer barbárie ou despotismo” (POULANTZAS, 2000, p. 83). Com efeito, se não há violência sem lei, a lei materializa a força organizada a serviço do legiferante. E, como ressaltado, o que é bem característico da lei moderna capitalista é o deslocamento da legitimidade para a legalidade, reduto dito impessoal, abstrato e formal, destinado a consolidar a unidade de uma formação social sob os desígnios da classe dominante.

Diante de tal cenário, é irrefutável que as crianças e os adolescentes estão alheios às leis que concernem a seus interesses. Em verdade, ante um pacto entre técnicas de saber amoldadas sob a denominação de “ciência” e de práticas de poder assimiladas como “disciplinas”, crianças e adolescentes são cotidianamente objetos de “intervenção” de saberes específicos – como, por exemplo, o jurídico – ao invés de protagonizarem-nos, tal como uma série de diplomas legais lhes anuncia. Como lidar com esta realidade? Como lidar com a tensão produzida pelo distanciamento entre a realidade com seus tantos sujeitos oprimidos e as previsões legais tão violadoras em sua essência? O primeiro passo, quer parecer, seria admitir o discurso opressivo da lei perante a realidade infanto juvenil.

3 Sobre um Outro Olhar para a Infância-Adolescência

“A criança precisa ser amada pelo que é e não pelo que esperam que ela seja” (Mary Figueiró)

A partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069 de 1990, com a inauguração da denominada “Doutrina da Proteção Integral”, pretendeu-se enxergar as crianças e os adolescentes sob a ótica de sujeitos de direitos, assimilando-se suas figuras àquelas que necessitam de proteção. A proteção tornou-se, por conseguinte, a marca deste discurso, o que escamoteou, desde o início, a desigualdade do estatuto entre menores de idade e adultos, aos quais cabia a restrição da liberdade dos primeiros – supostamente em seu próprio benefício. O ECA, neste passo, intencionava fundar uma nova prática no que tange aos cuidados de crianças e adolescentes. No entanto, como era de se esperar, não tem conseguido alterar o percurso histórico de (falta de) cuidados com a infância-adolescência, já que nenhuma lei é eficaz se não contar com a legitimação social. Assim, a criança e o adolescente permanecem como cidadão de direitos e deveres “aparentemente reconhecidos”.

Desde o princípio, o papel regulador do Estado no tocante à infância-adolescência, resumiu-se a criar estereótipos: primeiro, a criança era uma “expectativa”, pois precisava superar a hipótese de ocorrência da mortalidade infantil

para ser reconhecida em sua individualidade; depois, passou a ser uma “potencialidade”, já que, desde o nascimento, deveria ser preparada para a vida adulta; e, atualmente, a criança e o adolescente existem nos termos em que foi definido seu estatuto pelos adultos, com inúmeras imposições adultocêntricas.

Sobre a efetivação do maior interesse da criança, princípio absorvido pelo Direito da Criança e do Adolescente da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, pode-se constatar a ausência de compromisso das instituições que voltam suas ações para a infância-adolescência, ante a falta de compreensão de sua importância e seu alcance. É relevante o fato de que

Nessa sociedade de consumo, homogeneizante e massificadora, que se pretende igualitária, não se reconhece a diferenciação sócio-cultural das crianças e dos adolescentes, propondo apenas classificações abstratas, como a da inclusão ou da exclusão, sem a devida contextualização (NOVAES *in* PEREIRA, 2000, p. 526).

Não é nenhuma surpresa que os cuidados que cercam o desenvolvimento da criança e do adolescente sejam mal compreendidos pelos adultos, visto que, na maioria das vezes, não conseguem ter sensibilidade e responsabilidade nesta relação, pois não entendem – ou não querem se dar ao trabalho de entender – que os cuidados são devidos em virtude de crianças e adolescentes (a) não proverem suas necessidades básicas; (b) não conhecerem seus direitos e seu respectivo estatuto; (c) não conseguirem defender seus direitos em face de ameaças ou violações; e, (d) não possuírem os mesmos deveres de cidadania que os adultos.

Aliás, na sociedade moderna, é típica a ausência de reflexão e de perspectiva. Por isso, não é de se estranhar a imensa dificuldade na efetivação dos interesses da infância-adolescência:

Assim, eleger o “maior interesse” sem cuidar do cotidiano do viver em criança, analisando os dados que teria, por exemplo, de ir para uma aparente boa escola, mas que fabrica o próprio “fracasso escolar” pela incompetência docente e procedimentos metodológicos seria levar a um agravamento da situação de tal criança (NOVAES *in* PEREIRA, 2000, p. 531).

Com o decurso do tempo, verifica-se que pouco se tem contribuído para a efetivação das causas da infância-adolescência, em especial, porque a sociedade ainda continua imbuída de visões idealizadas e estereotipadas, distantes dos sujeitos reais e nada direcionadas à prática da vida coletiva. É fato que

Os encontros e desencontros que permeiam o discurso da criança e do adulto revelam, por um lado, uma idealização seja da família ou da escola, mas também das próprias experiências vivenciadas e comunicadas que se encarregam de desconstruir a percepção

tradicional das instituições como lugares idealizados (NOVAES *in* PEREIRA, 2000, p. 534).

Ainda, sob o discurso da “proteção”, existem questões sinuosas a serem trabalhadas e cujos significados precisam ser questionados, pois influenciam negativamente a consolidação da cidadania infantojuvenil.

Em primeiro lugar, é contraditório referir a imagem da criança e do adolescente como a de sujeito de direitos, autônomo, para, num outro momento, colocá-lo como objeto de proteção. Autonomia e proteção formam um par de opostos na realidade. O sujeito autônomo é aquele que tem condições de conduzir sua própria existência, ao passo que o sujeito protegido é aquele que necessita da intervenção alheia para que possa existir, já que apenas existe na condição de dependente. Desta maneira, como falar que crianças e adolescentes são autônomos e, ao mesmo tempo, destinatários da proteção integral?

No plano jurídico, convencionou-se que

O termo *proteção* pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que protegem, isto é, basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano. Obviamente, este segundo ser humano deve ser mais forte do que o primeiro, pois deve ter capacidade para protegê-lo. Como corolário lógico, a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor (VERCELONE *in* CURY, 2008, p. 37).

Mais claramente, tornou-se bastante comum acreditar numa regra geral “[...] pela qual o exercício autônomo dos direitos fundamentais, mesmo atribuídos ao recém-nascido, é adiado para uma idade mais madura e o exercício interino é confiado a terceiros adultos, de regra, os pais” (VERCELONE *in* CURY, 2008, p. 37).

No entanto, se o grupo social da infância-adolescência é um grupo que, como qualquer outro, deve ter direitos específicos de participação assegurados, a melhor interpretação indica que eles são sujeitos autônomos sim para o exercício de seus direitos, pois, a partir da fase biopsicossocial em que se encontram, apresentam condições de se manifestar e de representar seus próprios interesses, independentemente da pouca idade.

Crianças e adolescentes não podem ser subjugados por um conceito de incapacidade e de ausência de racionalidade ou discernimento, pois isto os colocaria simplesmente como sujeitos submissos às normas já estabelecidas, vez que, como lhes faltaria experiência de vida, não saberiam determinar o “melhor” para si próprios, dependendo sempre de sujeitos adultos para conduzi-los. Ante este panorama, o mito que envolve crianças e adolescentes é o da absolutização da ignorância, em vista do qual há alguém (adultos) que a decretam a outrem

(crianças/adolescentes). Neste ato de decretação, a palavra do adulto passa a figurar como a “verdadeira”, sendo imposta aos mais jovens, que, oprimidos, são roubados de sua palavra e, mais que isso, “coisificados” em sua própria história de vida. O fato de alguns homens proibirem outros de serem sujeitos de sua busca pela vida é nitidamente violento, seja qual for o meio usado para esta proibição: “Fazê-los objetos é aliená-los de suas decisões, que são transferidas a outro ou a outros” (FREIRE, 2006, p. 86). Afinal de contas, “Ninguém pode ser, autenticamente, proibindo que os outros sejam. Esta é uma exigência radical” (FREIRE, 2006, p. 86).

É evidente que

[...] é muito contraditório dizer que um sujeito é titular do direito de liberdade mas não pode exercer esse direito. A liberdade é escolha. Se um sujeito não pode escolher, e outro sujeito está encarregado de escolher por ele, aquele sujeito não é livre (VERCELONE *in* CURY, 2008, p. 37).

Por isso, não se pode pretender aprisionar a infância-adolescência num estatuto minoritário, em que a proteção lhe seria devida porque “são menos”, “sabem menos” e “tem menos capacidade” com relação aos adultos – pois, neste aspecto, proteção é sinônimo da consagração de relações de poder desiguais, em prejuízo da competência infantojuvenil.

Mais tarde, estas concepções vão se materializar nas atitudes e práticas sociais que culminam no desrespeito pelo que crianças e adolescentes falam e fazem. Ainda,

Mesmo quando as crianças são consideradas, pelos adultos, como participantes, como tendo direito a ser consultadas sobre as decisões que são tomadas em relação a elas, a menoridade e o paternalismo subsistem, continuando esta dimensão a estar profundamente dependente de mudanças significativas nas relações de poder entre crianças e adultos (TOMÁS; SOARES, 2004, p. 04).

A atenção dispensada à infância-adolescência

[...] não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase de desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado (COSTA *in* CURY, 2008, p. 59).

Desta análise, é possível questionar a proteção aludida. Seria muito mais prudente e sensato trabalhar com a categoria do *cuidado* a ter que se falar em proteção. O cuidado significa atenção, cautela, zelo, agir preventivamente com desvelo e dedicação. Além disso, ao contrário do que a proteção induz a pensar, o sujeito destinatário do cuidado, é aquele considerado em seu próprio modo de ser e que, por ser merecedor de atenção e respeito, tem a sua autonomia preservada.

É absolutamente inadmissível defender que a infância-adolescência não pode exercer os direitos a ela destinados e que

[...] os adultos responsáveis – não só os pais, mas também, e sobretudo, aqueles que tomam decisões coletivas que envolvem milhões de crianças [...] – são investidos da responsabilidade de exercitar os direitos fundamentais das crianças em seu lugar (VERCELONE *in* CURY, 2008, p. 38).

Com efeito, crianças e adolescentes merecem cuidados de toda a ordem em atenção ao seu início do desenvolvimento biopsicossocial. No entanto, por serem seres autônomos, têm o direito de participar de todos os processos que lhes digam respeito, como dito anteriormente, com vez e voz.

O vocábulo da proteção e todo o arcabouço teórico e imagético construído em seu entorno não contribuem para esta interpretação e, por isso mesmo, pela forte carga simbólica que contêm, precisam ser revistos e, na medida do possível e da evolução da compreensão dos direitos infantojuvenis, precisam ceder espaço a este novo significante: o cuidado.

Neste passo também, será possível dizer que todas as crianças e todos os adolescentes são destinatários do cuidado, em maior ou menor medida. Em geral, os cuidados da sociedade para com os seus jovens estão muito aquém de suas reais necessidades, contudo, como visto, se indicadores sociais denotam melhoras pontuais em setores específicos, é porque há alguma atenção neste particular, ainda que seja mínima e insuficiente. Assim, a atenção direcionada a uns e outros pode variar, mas, já de início, não é colocado no discurso o fardo dos protegidos e dos desprotegidos, adjetivos que melhor teriam sido situados nos idos do Código Imperial de 1830, no Código de Mello Mattos de 1927 e do Código de Menores de 1979, todos diplomas de caráter elitista, patrimonialista e opressivo de uma juventude a quem só restava a punição para corrigir desvirtuamentos de conduta de toda espécie.

A partir desta compreensão, é possível quebrar a imagem da criança e do adolescente protegidos (em abstrato, pelo menos, para a grande maioria deles) para, então, ser construída a imagem da criança e do adolescente autônomos e merecedores de amplos cuidados com vistas ao seu saudável desenvolvimento biopsicossocial.

Aliás, é indispensável considerar

[...] o grupo social da infância como um grupo de direitos específicos de participação, porque somente de tal forma con-

seguiremos centrar a reflexão sobre a exclusão social das crianças no seu grupo social e não indirectamente, através da análise das condições sociais de outros grupos em que ela está inserida (TOMÁS; SOARES, 2004, p. 04).

No limiar do século XXI, importa que todo o conhecimento produzido sobre a infância-adolescência se comprometa com a construção de uma imagem de crianças e adolescentes como cidadãos, já que devem estar – e se sentir – incluídos no processo de cidadania. Isto implica o estímulo, a valorização e a aceitação de sua participação em seu próprio contexto de existência, situação esta que, não raro, desvirtua-se nas práticas sociais, devido à “herança socio-cultural da invisibilidade e a ‘afonia’ das crianças, que é muitas vezes perpetuadas em função dos próprios interesses dos adultos” (TOMÁS; SOARES, 2004, p. 04).

Este panorama de exclusão, quando relido para a realidade de crianças e adolescentes, soa dramático. A infância-adolescência popular em especial, com suas infundáveis vulnerabilidades que destroçam a sobrevivência presente e a esperança futura, exige que a sociedade diligencie no sentido de investigar que perfil pedagógico seria mais apropriado a casos concretos e específicos para o exercício do “ser criança/adolescente”. Certamente, para dar conta de lidar com as formas reais de viver a infância-adolescência, em primeiro lugar, é preciso admitir que elas existem e são oprimidas pela ordem social segundo o império da ideologia dominante. Em segundo lugar, é preciso reconhecer que a infância-adolescência popular possui saberes genuínos que não podem ser negados num contexto de diversidade social. Em terceiro lugar, ela não pode ser apedrejada por discursos moralizantes elitistas, que veem na massa popular de que faz parte um imenso emaranhado de incultos, que estariam, sempre, à espera de lideranças para traçar seus rumos e salvar-lhes de sua mediocridade.

É preciso admitir que todos possuem a capacidade de pensar, de elaborar conhecimentos, de agir e de manifestar sua sensibilidade. Afinal de contas, a capacidade intelectual não é privilégio de alguns, mas pertence a toda a coletividade. E mais, a sociedade não precisa de líderes, no sentido de que, sem “guias”, não poderia realizar-se como experiência de vida. Assim é que não se pode tangenciar os tratos com a infância-adolescência popular e as políticas públicas que lhe são destinadas pela prepotência de se “intervir” em sua realidade para ajudá-los, para protegê-los...

Neste ensejo, é de suma importância discutir a posição que ocupam os interesses infantojuvenis, sobretudo os populares, na esfera pública e na esfera privada da sociedade. Essa cisão na esfera subjetiva, feita propositalmente, assinala que, apesar de o âmbito público e o privado estarem justapostos e imiscuídos um no outro, foi inculcada na sociedade a necessidade de apartá-los, quando, na realidade,

O individual-privado é uma criação do Estado, concomitante à sua separação relativa da sociedade como espaço público, o que não somente indica que essa separação é apenas uma forma

Um novo olhar sobre a lei para a infância e a adolescência – MICELI, M. S. A.

específica da presença do Estado nas relações econômico-sociais, como também uma onipresença do Estado jamais igualada em suas relações (POULANTZAS, 2000, p. 68).

Em geral, a esfera pública é representada por um campo de direitos, variável no tempo e no espaço, onde predomina o discurso de que apenas aquele que “tem direito a ser” pode, de fato, “sê-lo”. Mas, igualmente, costuma-se não se perceber o quanto o Poder Público rege as situações da vida privada dos indivíduos. O indivíduo privado, detentor de supostas liberdades inalienáveis, é, em essência, totalmente modelado pelo Estado e, ao mesmo tempo, pelos centros de privatização.

Um exemplo interessante é a família moderna, lugar tipicamente privado que existe concomitantemente ao Estado moderno,

[...] não como exterior intrínseco de um espaço público de fronteiras rígidas, porém como conjunto de práticas materiais do Estado que molda o pai de família (trabalhador, educador, soldado ou funcionário), a criança-estudante no sentido moderno, e, é claro, sobretudo a mãe. A família e o Estado modernos não formam dois espaços (o privado e o público) equidistantes e distintos, limitando-se mutuamente, em que um seria, segundo as análises agora clássicas da Escola de Frankfurt (Adorno, Marcuse etc.), a base da outra (a família, do Estado). Embora essas duas instituições não sejam isomorfas e também não mantenham relações de homologia, nem por isso deixam de fazer parte de uma única e mesma configuração, *pois não é o espaço “exterior” da família que se fecha em face do Estado, e, sim, o Estado, que, ao mesmo tempo que se constrói em público, marca, por meio de divisões móveis que ele mesmo desloca, o lugar designado à família* (POULANTZAS, 2000, p. 70) [grifou-se].

Na verdade, embora pareçam ser duas realidades contraditórias, elas são complementares, visto que perfeitamente ajustadas pela ideologia dominante para doutrinar a massa popular. “Ser” no espaço público é condicionado ao “ter direito de sê-lo”. Dizer às pessoas que elas são sujeitos plenos de direitos apenas porque a lei assim as reconhece é um perfeito instrumento de domesticação e alienação, pois toda e qualquer declaração de direitos, sem a correlata oferta de condições materiais para seu exercício, é a mais pura verbosagem, instaurada para manter a massa popular no mesmo lugar em que veio ao mundo: na margem do sistema político, econômico e social.

Por isso, quando se fala que crianças e adolescentes são reconhecidamente sujeitos de direitos é preciso questionar por que razão só se admite que eles possam “ser” o que são se tiverem o “direito de sê-lo”. Por que precisam ter direitos para serem crianças e adolescentes? Essa homogeneização categórica que a lei opera é devastadora para o desenvolvimento de sua autonomia. É

devastador se descobrir, em termos biológicos, uma criança ou um adolescente – por se enquadrar em certa faixa etária –, mas, em termos de titularidade de direitos, um pária social pelo simples fato de que nunca conseguirá exercê-los na medida como prescritos em abstrato.

A lei moderna, na realidade, parece mais um “segredo de Estado”, já que é o Estado quem lhe dita as razões de ser. Diz-se que “ninguém pode ser considerado ignorante da lei”, no entanto, salvo um corpo de juristas especializados ditos “homens da lei” (juízes, advogados, policiais, parlamentares etc.), ninguém consegue conhecê-la na prática. Poulantzas (2000, p. 88) defende que

Este conhecimento requisitado a todo cidadão não é objeto de uma disciplina particular na escola, como se, ao se pretender exigir que ele conheça a lei, tudo se fizesse para que ele a ignore. Esta máxima expressa assim a dependência-subordinação em face dos funcionários do Estado, ou seja, aos fazedores, os guardiães e os aplicadores da lei, das massas populares cuja ignorância (o segredo) da lei é uma característica desta lei e da própria linguagem jurídica.

Mais séria ainda é a situação da infância-adolescência popular que, ainda que se possa saber detentora de garantias jurídicas peculiares ao resguardo de sua formação biopsicossocial, é usualmente ignorada pelas políticas públicas, em especial, pelas políticas socioeducativas. A esfera pública para esses jovens é sinônimo de perpetuação da exclusão social a que já nasceram expostos. Afinal de contas, segundo a orientação jurídica positivada ao gosto da burguesia⁷, “[...] todos são livres e iguais diante da lei sob a condição de que todos sejam e tornem-se burgueses, o que a lei ao mesmo tempo permite e interdita” (POULANTZAS, 2000, p. 89). Assim sendo, impende indagar que proteção integral de crianças e adolescentes é essa, que na lei possui o respaldo da titularidade plena de direitos, mas que na prática não ecoa nas políticas socioeducativas...

Os exemplos são inúmeros... Se os direitos são de titularidade dos jovens, por que são apenas os adultos que lhes dizem? Quem se preocupa em deixar os jovens construir seus próprios direitos? Será por que a realidade social da qual fazem parte os impede de protagonizá-los? E para que se saber titular de tantos direitos quando não há o direito fundamental de simplesmente “ser” o que já se é (uma criança/um adolescentes)? Assim, nota-se que os instrumentos de legalidade foram dispostos de acordo com os interesses da classe (adulta) dominante,

✎.....

⁷ “Todos os sujeitos são iguais e livres perante a lei: o que já quer dizer, no discurso da lei (e, não escondido nele), que são realmente diferentes (como sujeitos-indivíduos), mas na medida em que essa diferença pode se inscrever num quadro de homogeneidade. A lei capitalista não oculta apenas, como se diz frequentemente, as diferenças reais sob um formalismo universal; ela contribui para instaurar e sancionar a diferença (individual e de classe) em sua própria estrutura; erigindo como sistema de coesão e como organizador da unidade-homogeneização dessas diferenças. Aí a fonte das características da universalidade, formalidade e abstração da axiomática jurídica” (POULANTZAS, 2000, p. 85).

que representa a força ideológica da superestrutura no controle da sociedade civil.

Não há como desconsiderar estas indagações e tantas outras quando se pretende, seriamente, enxergar os sujeitos que estão abafados, homogêneos e descaracterizados por tantas declarações de direitos e por tantas promessas incoerentes. É preciso ter bom senso e sensibilidade para enxergar as formas reais de se viver a infância-adolescência dos tempos atuais, que extrapolam qualquer circunscrição conceitual e a sua própria história.

Assim, frente ao modelo da “criança/adolescente-objeto”, em que o jovem é visto como um ser passivo, vulnerável, que necessita de proteção e, em resumo, como algo ainda “a ser criado”, precisa ser contraposto o modelo da “criança/adolescente-agente”, ativa, crítica, autora do seu processo de desenvolvimento e da construção de sua própria fase de vida. Para a construção de um estatuto social emancipatório, não se pode consentir com outro paradigma que não este da criança/adolescente-agente, em que ela tem o direito de ser o que já é, pois, definitivamente, é sujeito de conhecimento.

Com este olhar cuidadoso e atento aos dilemas políticos, sociais e econômicos no Brasil, é preciso admitir: “Estas crianças e jovens, mais do que legislação adequada, instrução pública ou políticas sociais, merecem a liberdade de viver para, talvez, criar seus filhos distantes das punições, inventando prazeres” (PASSETTI *in* DEL PRIORE, 2004, p. 375).

REFERÊNCIAS

ARROYO, Miguel G. A infância interroga a pedagogia. *In*: SARMENTO, Manuel; GOUVEA, Maria Cristina Soares de. (Orgs.). Estudos da infância: educação e práticas sociais. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. Repolitizar os tratos da infância e adolescência populares, 2009. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/Conteudold/cc1271d8-2fcd-4a74-aaed-671ced8612b5/Default.aspx>. Acesso em: 24.jul.2009.

_____. A juventude popular na agenda da pesquisa e da extensão, 2009b. Disponível em: <http://promenino.homedns.org/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/Conteudold/5a8f4719-7bd0-4682-a095-6c5e0dc76501/Default.aspx>. Acesso em: 25.ago.2009.

CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DEL PRIORE, Mary (Org.). História das crianças no Brasil. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais: uma questão psicológica. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.). História das crianças no Brasil. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

TOMÁS, Catarina; SOARES, Natália. O cosmopolitismo infantil: uma causa (sociológica) justa. *In*: V Congresso Português de Sociologia – Sociedades contemporâneas: reflexividade e acção. Cidade do Porto: Universidade do Minho, 2004.

[Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva neoconstitucionalista*]

Miguel Carbonell

Introdução

Os direitos fundamentais na América Latina sofreram um processo de intensa evolução nos últimos 30 anos. Se remontarmos à segunda metade da década de 70, do século passado, veremos grandes diferenças existentes sobre o que temos, hoje em dia, em matéria de direitos. O que em outras regiões levou dois séculos, na América Latina se conseguiu, com muitos problemas, defeitos e riscos, em menos de três décadas.

Naturalmente, um exame responsável deveria ser capaz de distinguir, ao menos, três níveis de análise e observar o desenvolvimento ocorrido em cada um deles:

- 1) Um plano normativo, levando-se em consideração os textos constitucionais e catálogos de direitos previstos nos tratados internacionais, tanto os de caráter regional, quanto os de alcance local.
- 2) Um plano teórico, a fim de abranger a evolução e crescimento do “discurso” científico sobre os direitos.



* Tradução de Bianca Tomaino, mestranda em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

3) Um plano sociológico, com o objetivo de evidenciar o modo como os direitos tem sido aplicados - com enorme dificuldade e, ainda, com preocupantes retrocessos, na prática constitucional da América Latina.

Nas páginas seguintes, faremos referência apenas aos dois primeiros níveis, ainda que no último parágrafo estabeleçamos uma breve análise de alguns riscos nada teóricos para os direitos fundamentais.

Plano normativo

No primeiro plano de análise, pode-se observar um processo sempre crescente e (até os dias de hoje), em termos gerais, incontido, de expansão dos direitos enunciados pelas Constituições da América Latina. Este processo está presente em toda a história dos direitos, começando por seus “berços originais”; França e Estados Unidos. A expansão dos catálogos de direitos produziu-se pelo duplo fenômeno de universalização de seus titulares (como efeito da aceitação amplamente compartilhada da universalidade dos direitos) e da maior especificação que foram adquirindo seus conteúdos.

A universalidade é uma característica que acompanha os direitos fundamentais desde o seu surgimento. Um dos primeiros catálogos de direitos – quiçá o mais importante de todos os tempos – já continha a aspiração à validade universal. A leitura dos artigos que integram a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, de agosto de 1879 (conhecida simplesmente como Declaração Francesa), põe em evidência que suas normas dirigem-se não apenas aos franceses, senão a todas as pessoas e que seu âmbito de validade racional não se limitava à França, mas pretendia ir além de suas fronteiras, como efetivamente o fez.

Como explica Garcia Manrique, a universalidade da Declaração francesa possui dois sentidos: um textual e outro funcional. Depreende-se a universalidade textual da forma em que estão redigidos seus preceitos, os quais não se dirigem apenas aos franceses, mas a todos os homens. A universalidade funcional se impõe pelo fato de a Declaração expressar ideias que pretendem alcançar uma validade universal, visando a captar os princípios que devem servir para estruturar não apenas a sociedade francesa, mas qualquer sociedade:

A Declaração pode ser considerada universal em dois sentidos: textual e funcional. Em primeiro lugar, a Declaração é textualmente universal como efeito natural do modelo jusnaturalista, que inspira sua forma e conteúdo..Expressa ideias que pretendem uma validade universal. A Declaração é funcionalmente universal, pois vem servindo como referência idológica em todo o mundo, ao longo dos séculos. Isto se deve, claramente, à linguagem universal de seu texto. Não apenas a isto, mas também a duas circunstâncias alheias à vontade de seus redatores: uma, de que a Declaração reflete a filosofia moral, política e jurídica da modernidade e que alimentou, de uma forma ou de outra, a maior parte dos projetos políticos dos séculos XIX e XX, até os

dias atuais; a outra é que a situação social e política europeia do final do século XVIII era suficientemente similar à francesa, de modo que a Declaração teve impacto imediato, profundo e duradouro para além das fronteiras da França¹.

A universalidade, ademais, é uma consequência da forte influência jusnaturalista do primeiro constitucionalismo: se os direitos que então se enunciavam eram “naturais”, é óbvio que deveriam ser igualmente reconhecidos a todas as pessoas, já que estas compartilham da mesma natureza. Nas palavras de Stephane Rials, “se existe uma ordem natural racional cognoscível evidenciada, seria inconcebível que a mesma fosse consagrada com variantes significativas, de acordo com os territórios”².

Em termos gerais, a universalidade dos direitos fundamentais pode ser estudada a partir de dois pontos de vista. Do ponto de vista da teoria do direito, a universalidade remete ao modo como estão redigidos os preceitos que contêm direitos. Se a forma da redação permite concluir pela atribuição de um certo direito a todos os sujeitos de uma determinada classe (menores, trabalhadores, camponeses, cidadãos, mulheres e indígenas: o importante é que está atribuído a *todas as pessoas* que tenham as qualidades estabelecidas pela norma), então estamos diante de um direito fundamental universal.

Alguns autores têm incluído a característica da universalidade como requisito essencial para a identificação dos direitos fundamentais. Ou seja: para os mesmos, apenas seriam fundamentais direitos que fossem universais. É o caso de Luigi Ferrajoli, que estabelece distinção entre direitos fundamentais (designados universalmente a todos os sujeitos de uma determinada classe) e direitos patrimoniais (designados a uma pessoa, com exclusão das demais). Assim, por exemplo, a liberdade de expressão, ao ser reconhecida constitucionalmente como um direito de *toda pessoa*, seria um direito fundamental; entretanto, o direito patrimonial sobre meu carro (direito que compreende a possibilidade de usá-lo, vendê-lo, gastá-lo e destruí-lo) exclui de sua titularidade qualquer outra pessoa³. Nas palavras do autor⁴:

Os direitos fundamentais – tanto os direitos à liberdade quanto o direito à vida – e os direitos civis, incluídos os de adquirir e dispor dos bens objeto de propriedade, do mesmo modo que os direitos políticos e os direitos sociais – são direitos “universais” (omnium), no sentido lógico da quantificação universal da classe



¹ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volume III, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, pp. 247-248.

² Citado por García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 247-248.

³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edição, Madrid, Trotta, 2004, pp. 45 e ss

⁴ *Derechos y garantías*, cit., p. 46.

de sujeitos de que são titulares; entretanto, os direitos patrimoniais – o direito à propriedade e os demais direitos reais e também os direitos de crédito – são direitos singulares (singuli), em sentido igualmente lógico, de que, para cada um deles existe um titular determinado (ou vários cotitulares, como na copropriedade), com exclusão de todos os demais... Uns são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica... Os outros são exclusivos, isto é, *excludendi alios*, e por isso estão na base da desigualdade jurídica.

Seguindo pela perspectiva da teoria do direito, cabe distinguir, como explica Robert Alexy, a universalidade em relação aos titulares e aos destinatários (obrigados) dos direitos. A primeira distinção consiste “em que os direitos humanos são direitos que correspondem a todos os seres humanos”, com a independência de um título aquisitivo⁵. Os destinatários (enquanto obrigados pelos direitos) seriam não apenas os seres humanos, tomados em seu aspecto individual, como também os grupos e Estados. Neste último caso, de acordo com Alexy, é preciso diferenciar os direitos humanos absolutos dos direitos humanos relativos. Os primeiros são oponíveis a todos os seres humanos, grupos e Estados, ao passo que os segundos – os relativos – opõem-se, pelo menos, a um ser humano, um grupo ou um Estado.

Alexy exemplifica como direito absoluto o direito à vida, a ser respeitado por todos. Um exemplo de direito humano relativo, frente ao Estado, seria o direito ao voto, que deve ser respeitado pelo Estado do qual o indivíduo forma parte. Exemplo de direito humano relativo, frente a um grupo, seria o direito dos menores, a que suas famílias lhes proporcionassem assistência e educação.

À parte da perspectiva da teoria do direito, explicada de forma bastante resumida, a universalidade também deve ser contemplada sob uma ótica política, segundo a qual tal característica (a universalidade) suporia a ideia de que todos os habitantes do planeta, independentemente do país em que tenham nascido e do lugar do mundo em que se encontram, deveriam, ao menos, possuir o mesmo núcleo básico de direitos fundamentais, a serem respeitados por todos os governos.

Naturalmente, a forma como esse núcleo básico poderia plasmar-se nos diferentes ordenamentos jurídicos não deve ser uniforme para estar de acordo com os princípios da justiça. A história, a cultura ou pensamento de cada povo ou comunidade podem agregar, e de fato, historicamente, vem agregando, uma multiplicidade de matizes e diferenças ao conjunto de direitos fundamentais que



⁵ Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, janeiro-junho de 2000, pp. 24-26.

⁶ Alexy não aceita que pode haver direitos coletivos, isto é, direitos que não sejam atribuídos a cada um dos seres humanos individualmente, muito embora reconheça que podem existir “direitos de comunidades” ou “Estados” (direitos de terceira geração, direito ao desenvolvimento); tais direitos, não obstante, não seriam direitos humanos, pelos quais – reconhece o autor – perder-se-ia a carga valorativa positiva que possui o termo, mas obter-se-ia a vantagem de “estimular a visão para que estes direitos não se transformem em contraprestação de direitos de funcionários”, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, cit., p. 25.

Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva – MICELI, M. S. A.

estabelecem suas respectivas constituições. Nas palavras de Conrad Hesse : “(...)a validade universal dos direitos fundamentais não importa uniformidade(...)o conteúdo completo e o significado dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiossincrasia, da cultura e história dos povos”⁷.

Na história dos direitos temos encontrado muitas formas diferentes de positivá-los, apesar das muitas influências entre os textos que os encampam; influências ideológicas, certamente, mas também influências “textuais”, através das quais os poderes constituintes elaboram de forma semelhante normas que estabelecem determinados direitos.

A caracterização dos direitos fundamentais como universais não apenas serve para estendê-los, sem distinção, a todos os seres humanos e a todos os rincões do planeta, como também para inferir sua inalienabilidade e não negociabilidade. Nas palavras do próprio Ferrajoli, se estes direitos “são normativamente de todos (membros de uma determinada classe de sujeitos), não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondentes a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros tantos limites insuperáveis por todos os poderes, tanto públicos quanto privados”⁸.

Não serem alienáveis ou negociáveis importa, em outras palavras, que os direitos fundamentais não são disponíveis. Sua não disponibilidade é tanto ativa (uma vez que não é disponível pelo sujeito que é seu titular) quanto passiva (haja vista não serem disponíveis, expropriáveis ou postos à disposição de outros sujeitos, incluindo, sobretudo, o Estado)⁹.

Neste contexto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, levando-se em conta tanto sua universalidade como sua proteção constitucional, situam-se fora do mercado e alcance da política ordinária. Isto significa que não pode existir uma justificativa coletiva que derrote a exigência derivável de um direito fundamental.

Tal como expressa Ronald Dworkin, “os direitos individuais são triunfos políticos nas mãos dos indivíduos. Os indivíduos possuem direitos quando, por alguma razão, uma meta coletiva não é justificativa suficiente para negar-lhes o que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não justifica suficientemente que lhe sejam impostos uma perda ou prejuízo”¹⁰. No mesmo sentido, Robert Alexy assinala que “o sentido dos direitos fundamentais consiste justamente em não deixar nas mãos da maioria parlamentar a decisão sobre determinadas posições do indivíduo, ou seja, em delimitar o campo de decisão daquela”. Isto significa que, frente a um direito fundamental, não podem se opor conceitos como o de “bem comum”, “segurança nacional”, “interesse público”, “moral



⁷ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales” en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 85.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 39

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 47.

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CÉPC, 2002 (reimpresión), p. 412.

cidadã” etc. Nenhum desses conceitos possui valor suficiente para derrotar argumentativamente um direito fundamental.

Em todas as situações em que se pretende confrontar um direito fundamental, com alguns detes argumentos, o direito deve, inexoravelmente, vencer, caso se trate, verdadeiramente, de um direito fundamental.

Nem o consenso unânime dos integrantes de uma comunidade pode servir como instrumento de legitimação para violar um direito fundamental, pois como assinala Ferrajoli

Nem por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado, sem culpa, de sua liberdade, que pense ou escreva, ou não pense nem escreva, sob determinada forma; que não se reúna ou não se associe a outros; que se case ou não com determinada pessoa ou permaneça indissolúvelmente ligado a ela; que tenha ou não tenha filhos; que faça ou não tal trabalho ou outras coisas por conta de seu estilo. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso, sua lesão, pelo Estado, justifica não apenas a crítica ou o dissenso para as questões não vitais, em que vale a regra da maioria, mas também à resistência à opressão pela guerra civil¹¹.

A base normativa da universalidade dos direitos humanos se encontra, ante o exposto, em diversos pactos, tratados e convenções internacionais existentes sobre a matéria. O ponto de partida de todas essas disposições – em sentido conceitual, não temporal, logicamente - situa-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esta Declaração, juntamente com a Carta da ONU, sugere o embrião de um verdadeiro “constitucionalismo global”¹².

Norberto Bobbio sustenta que, com a Declaração de 1948, dá-se início a uma fase importante na evolução dos direitos: a de sua universalização e positivação, fazendo-os passar de “direitos dos cidadãos” a verdadeiros direitos de “todos os homens”, ou, ao menos, “direitos do cidadão dessa cidade que não conhece fronteiras, porque compreende toda a humanidade”¹³

Bobbio tem razão, mas apenas no que diz respeito ao fato de que a Declaração de 1948 supõe um produto completo da vocação universal de direitos. Na verdade, a característica da universalidade já estava presente, como já exposto anteriormente, desde as primeiras cartas de direitos.

O importante, neste ponto, é que, a partir da Declaração de 1948, os direitos deixam de ser uma questão interna, de incumbência exclusiva dos Estados,



¹¹ *Derecho y razón*, cit., p. 859

¹² Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edição, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2008, pp. 397 e ss.

¹³ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., pp. 23-24.

Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva – MICELI, M. S. A.

e saltam, por completo, ao terreno do direito e relações internacionais. Os particulares convertem-se em sujeitos desse novo direito, antes reservado somente a atuação dos Estados e não dos indivíduos, na medida em que um *status* jurídico supranacional lhes é assegurado. Inclusive, sob certas circunstâncias, podem invocar jurisdição internacional para o caso em que considerem seus direitos violados.

Resumidamente, podemos afirmar que a universalidade dos direitos é um risco que pode ser analisado sob dupla perspectiva: do ponto de vista da redação da norma jurídica (o que serve para identificar os direitos fundamentais, segundo o ponto de vista de Ferrajoli, diferenciando-os dos direitos patrimoniais) e do ponto de vista de seu alcance geográfico (o que nos indica que não serão universais os direitos mantidos dentro das fronteiras dos Estados ou que estejam designados apenas – *excludendi alios*– a seus habitantes). Se o primeiro detém um significado estritamente normativo, o segundo encerra um enorme debate político e social, quiçá um dos mais importantes de nosso tempo.

Por sua vez, o processo de especificação dos direitos, como explica Norberto Bobbio, ocorreu em razão da evolução do homem abstrato ao homem concreto, do indivíduo considerado apenas cidadão ao indivíduo considerado pelos diferentes papéis ou *status* que pode ter na sociedade – muito embora não se trate de papéis apenas sociais, como também biológicos. Para esse caso, consideram-se variados critérios de diferenciação: sexo, idade, condições físicas etc. Merecedores de especial tratamento e proteção¹⁴.

A partir das primeiras décadas do século XX, começa-se a falar de direitos dos trabalhadores, dos camponeses, crianças, idosos, pessoas com deficiência, enfermos, mulheres, indígenas, consumidores, imigrantes, minorias sexuais, entre outros. A Constituição de Querétaro, de 1917, por exemplo, realizou um verdadeiro salto no tempo ao constitucionalizar direitos para grupos em situação de vulnerabilidade, como os camponeses e trabalhadores.

Atualmente, fala-se, inclusive, de direitos das gerações futuras, que se veriam reduzidos diante dos efeitos de uma guerra nuclear ou pela devastação ecológica produzida pela destruição provocada no meio ambiente por alguns processos produtivos. Como aponta Giancarlo Rolla, “No constitucionalismo contemporâneo, o homem e a mulher são considerados em sua qualidade de pessoas historicamente determinadas, imersos na sociedade; pessoas concretas, consideradas em sua existência histórica e material, portadoras de múltiplas necessidades e expectativas”¹⁵



¹⁴ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, pp. 62 y 68, entre outras.

¹⁵ Rolla, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, número 3, Madrid, junio de 2000, p. 49. O mesmo autor explica que “ A tendência à especificação representa não tanto uma ampliação das posições subjetivas abstratamente tuteláveis, senão que uma técnica de codificação específica, destinada a concretizar, historicamente, a matéria dos direitos da pessoa, reconhecidos em um determinado ordenamento. Esta técnica se propõe – quiçá de modo otimista – a codificar um catálogo de direitos da pessoa sem lacunas, em oposição a outros ordenamentos constitucionais propensos a reivindicar a tutela de novas posições subjetivas por via jurisprudencial e interpretativa, sobre a base de formulações constitucionais essenciais”, Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 35-36.

Se a universalização deixa claro que os direitos pertencem a todas as pessoas, independentemente de seu local de nascimento e residência, de suas características físicas, preferências e ideologias, a especificação deseja responder às perguntas “que homens?”, “que cidadão?”¹⁶

A especificação produziu-se em todo o campo dos direitos sociais, na medida em que a igualdade e a liberdade genericamente expressas não foram suficientes para proteger todos os interesses de grandes grupos humanos marginalizados ou que convivam na sociedade de forma desvantajosa.

A especificação refere-se tanto aos destinatários – isto é, aos sujeitos – de direitos, como aos bens que estes protegem. Consequentemente, da mesma forma em que hoje não se fala de cidadão ou pessoa, tampouco regula-se a liberdade ou igualdade, conquanto tenha-se, igualmente, avançado o processo de determinação desses bens, que vem se tornando cada vez mais preciosos.

Em nossa região, um primeiro momento especialmente importante, nos processos em análise, pode ser observado na Constituição guatemalteca de 1985, que não apenas nos oferece extenso catálogo de direitos, como também se ocupa de classificá-los, proporcionando ao leitor uma visão inicial importante (questão que merece ser discutida à parte é se a classificação resulta mais ou menos acertada, mais ou menos exaustiva e mais ou menos compreensível). Todavia, são principalmente as Constituições do Brasil, em 1988, e da Colômbia, em 1991, as que, com base em experiências europeias do segundo Pós-Guerra, expandem os catálogos de direitos a níveis antes desconhecidos.

No Brasil, o afã classificatório de outros documentos não preocupa muito os autores do texto constitucional, que decidiram redigir um extenso artigo 5º, a contar com 78 incisos, muitos dos quais divididos em parágrafos distintos. No artigo 5º encontram-se tanto questões substantivas como procedimentais (ou seja, tanto direito quanto garantias). A mesma Constituição brasileira separa os direitos sociais (artigos 6 a 11), o regime jurídico da nacionalidade (artigos 12 e 13) e os direitos políticos (artigos 14 a 16).

Uma visão mais moderna, inclusive terminologicamente, é observada no texto colombiano de 1991, cujo título II se denomina “Dos direitos, garantias e deveres”. Neste título encontra-se uma classificação que separa os direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos coletivos e do ambiente e os direitos e obrigações (uma distinção parecida pode ser observada na Constituição peruana de 1993). É provável que a diferenciação entre direitos fundamentais e outros tipos de direitos (como os sociais) provenha da não muito correta fórmula do artigo 53 da constituição espanhola, que parece distinguir os direitos “plenos”, objeto de proteção por todos os tribunais ou mediante amparo perante o Tribunal Constitucional, dos simples princípios que servem para “informar” a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos¹⁷.

.....

¹⁶ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 62.

¹⁷ Uma análise dos alcances deste preceito puede ser vista em Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

A Constituição argentina, profundamente reformada em 1994, contém um capítulo segundo dedicado a “Novos direitos e garantias”, onde se encontram acréscimos interessantes ao seu catálogo de direitos, incluindo meios de tutela oponíveis a particulares (como o juízo de amparo, segundo o artigo 43, parágrafo primeiro). Infelizmente, trata-se de um capítulo pouco sistemático, por mesclar questões não muito homogêneas, o que provavelmente não contribui a uma adequada guia de leitura para aqueles que desejam aprofundar seu conhecimento.

A Constituição mexicana foi incrementando, paulatinamente, o espaço dedicado à regulação dos direitos fundamentais, muito embora seja certo que o fez com escassa técnica legislativa e sem nenhum ímpeto por salvaguardar uma mínima sistemática¹⁸. No capítulo dedicado aos direitos fundamentais (os quais, seguindo tradição de dois séculos; denominam-se “garantias individuais”), podem ser encontradas questões relativas à economia nacional, ao plano de desenvolvimento ou, inclusive, aos órgãos constitucionais autônomos, que deveriam ter sido previstos na parte dedicada à divisão de poderes. Entre as reformas que suscitaram maior debate, podemos assinalar uma, do ano de 2001, por meio da qual foi incluída extensa regulação dos direitos dos povos e comunidades indígenas, e outra de junho de 2008, para introduzir detalhada regulação das bases do processo penal¹⁹.

As constituições mais recentes (Venezuela, Equador e Bolívia) contemplam amplos catálogos de direitos, construídos sobre a base daqueles já assinalados, ainda que expressem certas preocupações locais. Em seu processo de tramitação e aprovação, as mesmas foram objeto de intensos debates²⁰.

Direitos e constitucionalismo conservador

Cabe apontar que nem todo conteúdo das declarações de direitos encontradas no constitucionalismo da América Latina responde a standares progressistas e respeitosos em face da dignidade humana. Há, também, infelizmente, um “constitucionalismo conservador” nesta região, que deixou sua marca nas correspondentes seções que reconhecem os direitos fundamentais²¹.

Ainda que os exemplos possam se multiplicar, vale a pena ilustrar o tema com, pelo menos, os seguintes:



¹⁸ Um estudo destes direitos pode ser visto em Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2009. As críticas a sua falta de sistematicidade e à impropriedad de seu conteúdo (assim como as respectivas propostas de correção) em Carbonell, Miguel, *La constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, 2004 e em *idem*, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM, CNDH, 2007.

¹⁹ Sobre a reforma penal de 2008, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008; Carbonell, Miguel, *Bases constitucionales de la reforma penal*, México, IJ-UNAM, Gobierno del Estado de Chihuahua, 2008 y Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, UNAM, RENACE, 2010.

²⁰ Ver as contribuições que, sobre tais constituições, figuram em Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, IDEA Internacional, AECID, IIDC, 2009

²¹ As raízes históricas deste fenômeno foram sido explicadas por Roberto Gargarella em seu livro *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI editores, 2005, páginas 85 e seguintes.

Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva – MICELI, M. S. A.

A) A Constituição de El Salvador estabelece, em seu artigo 13, parágrafo quarto, o seguinte: “ Por razões de defesa social, poderão ser submetidos a medidas de segurança reeducativas, ou de readaptação, os sujeitos que, por sua atividade antissocial, imoral ou danosa, revelem um estado perigoso e ofereçam riscos iminentes para a sociedade ou para os indivíduos”. Parece difícil reunir mais ideias retrógradas em um só parágrafo. Trata-se de uma norma violadora de vários dos mais essenciais princípios de qualquer sistema penal democrático e que reflete ideias do século XIX, no mínimo. Com normas como esta autoriza-se o Estado a levar a cabo quase qualquer tipo de repressão sobre as pessoas, não sendo necessário nem que sequer tenham feito algo, uma vez que, com este preceito, fala-se de concepções tão evanescentes como “ defesa social”, “ atividades antissociais, imorais ou danosas”, “estado perigoso” e “riscos iminentes”. Ou seja, este artigo possui um compêndio de tudo aquilo contra o que luta o direito penal garantista²².

A mesma Constituição ordena o Estado a “fomentar” o casamento (artigo 13) e regulamentar as relações familiares resultantes da união estável entre um homem e uma mulher (artigo 33). Parece óbvio o viés conservador de tais aspectos, acerca dos “modelos” de convivência familiar constitucionalmente aceitos. A ideia de incentivar a matrimônio a partir do âmbito de atuação dos poderes públicos supõe, implicitamente, desvalorizar outras formas de sobrevivência, sob um regime jurídico matrimonial.

A referência às relações familiares estáveis entre um homem e uma mulher acarreta uma desqualificação pouco menos que explícita das relações homossexuais, gerando, dessa forma, discriminação sobre as pessoas que tomam a decisão de conviver com outra do mesmo sexo. Uma discriminação que está inexplicavelmente prevista no texto da norma suprema. Compara-se esse anacronismo com o modelo muito mais progressista do artigo 66.9 da Constituição do Equador, segundo a qual se reconhece e garante a todas as pessoas “ O direito a tomar decisões livres, informadas, voluntárias e responsáveis sobre sua sexualidade, vida e orientação sexual...”²³.

B) A Constituição da Guatemala deixa estabelecido o tema dos direitos da mulher sobre seu próprio corpo, ao dispor sobre a proteção da vida humana desde sua concepção (artigo 3), em cujo texto envia uma mensagem muito clara ao legislador, para que tome medidas repressivas contra as mulheres que decidam interromper voluntariamente sua gravidez.



²² Exposto de forma insuperada por Luigi Ferrajoli em *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª edición, Madrid, Trotta, 2009.

²³ Ainda cabe anotar que a mesma Constituição equatoriana assevera que o matrimônio “é a união entre homem e mulher” (artigo 67 parágrafo segundo), somando-se à visão conservadora de uma parte do constitucionalismo latino-americano. Para um primeiro contato com o debate sobre o casamento homossexual, Gerstmann, Evan, *Same-sex marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

A mesma Constituição guatemalteca dispõe que se pode impor a pena de morte, mas não às mulheres (artigo 18), uma vez que indica que as pessoas presas “Devem ser tratadas como seres humanos” (artigo 19)²⁴.

Chama, inclusive, atenção, o trato preferencial concedido à Igreja Católica, cuja personalidade jurídica é reconhecida no próprio texto constitucional, enquanto as demais igrejas e cultos religiosos recebem tratamento diferenciado (artigo 37). O trato favorável se estende, no mesmo preceito, às propriedades da Igreja Católica; as propriedades das demais congregações não são sequer mencionadas.

Os dois exemplos anteriores, referentes a El Salvador e Guatemala, não são os únicos; sua citação deseja simplesmente ilustrar a existência de um certo modo de compreensão dos direitos fundamentais, marcado por seu caráter conservador. Obviamente, as Constituições podem ser mais ou menos progressistas, conforme as condições ideológicas e políticas do país em que são escritas e do momento em que são promulgadas. No entanto, não podemos passar por alto ao fato evidente de que os direitos fundamentais devem estar ao serviço de valores emancipatórios e não se fixar em realidades que mantêm vivos vínculos históricos de sujeição sobre certos sujeitos ou que reconhecem primazia a alguns credos religiosos, vulnerando, desse modo, a laicidade do Estado e o direito à não discriminação por motivos de religião²⁵.

Sobre o direito internacional dos direitos humanos, temos visto, nas últimas décadas, o surgimento muito fecundo de tratados internacionais na matéria, tanto universais como regionais. Na América Latina destaca-se a aplicação, cada vez mais ampla e profunda, da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus protocolos (sobretudo o do El Salvador, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais).

Essa preeminência da Convenção foi acompanhada pelo papel relevante e frutífero da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisprudência é cada vez mais conhecida, discutida e aplicada, não apenas no âmbito internacional, como também nas jurisdições domésticas²⁶.

Pouco a pouco, a América Latina parece ir compreendendo que a globalização não denota apenas liberdade de comércio e redução de tarifas, como também implica Estado de Direito e respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas²⁷. As visões reducionistas e provincianas foram se marginalizando a par do surgimento de uma corrente intelectual que advoga a internacionalização dos direitos fundamentais, com base não em posturas ideológicas, senão me-



²⁴ Pode-se imaginar a terrível realidade do sistema penitenciário guatemalteco para que fosse necessário introduzir um mandamento tão básico e óbvio.

²⁵ O significado de direitos fundamentais como parâmetros de emancipação e de luta contra as discriminações historicamente existentes foi exposto por Luigi Ferrajoli em muitas de suas obras; por exemplo em *Democracia y garantismo*, edição de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 42-59.

²⁶ García Ramírez, Sergio (coordenador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 tomos, México, UNAM, 2006-2008. Ver, sobre las consideraciones de Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge e Zovatto, Daniel (coordenadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., pp. 20-21.

ramente positivistas: esse direito internacional já existe, é obrigatório e, portanto, deve exigir sua aplicação sem nenhum tipo de fissuras nem excusas.

Plano teórico

Nos últimos anos, a teoria constitucional referente aos direitos fundamentais também foi crescendo de forma significativa, muito embora seja verdade que nos encontramos atrás dos avanços que podem ser observados em países europeus (sobretudo Alemanha e Itália) ou incluídos na retaguarda da teoria constitucional dos Estados Unidos, que têm os direitos fundamentais entre seus temas favoritos.

Por essa mesma razão, os progressos regionais foram alimentados (creio que de forma muito positiva) por manifestações intelectuais provenientes de outros países. Nos últimos anos, a corrente que tem sido implantada progressivamente é a do neoconstitucionalismo, cujos autores mais conhecidos vem sendo analisados em muitas escolas e faculdades de direito da América Latina, tanto ao nível da graduação como pós-graduação. Não é raro, em muitas das aulas, centenas de professores repetirem, frequentemente, os nomes de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky e o de algum neoconstitucionalista autônomo, como Carlos Santiago Nino²⁸. As posturas de alguns destes teóricos, inclusive, vem servindo de guia para a jurisprudência; por exemplo, a Corte Constitucional colombiana tem se inspirado, rotineiramente, na teoria dos princípios de Robert Alexy ou na compreensão de suas possibilidades quanto ao estabelecimento da ponderação de direitos; da mesma forma, a Suprema Corte do México tem se beneficiado das contribuições de Luigi Ferrajoli (ainda que nem sempre o tenha reconhecido de forma expressa).

Felizmente, após alguns anos de intensas leituras neoconstitucionalistas, os teóricos da América Latina começam a explicar suas próprias ideias e apontar uma visão moderna dos direitos fundamentais à teoria jurídica local²⁹. Os principais avanços são observados na Argentina, Brasil, Colômbia e México, ainda que se esteja produzindo um movimento bastante considerável no Peru e no Equador, países de quem veremos, no próximos anos, interessantes contribuições teóricas.

Como ocorre em outros territórios, as bases conceituais, segundo as quais trabalhamos o tema dos direitos fundamentais constitucionais, tem sido proporcionadas por teóricos e filósofos do direito.

Tradicionalmente, absorvemos como fonte de inspiração a doutrina europeia, o que resulta natural se levarmos em conta o alto número de estudantes



²⁷ Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *La globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Ver, sobre todos, os ensaios de Francisco J. Laporta e Marisa Iglesias Vila, incluídos neste volume.

²⁸ Um panorama sobre o movimento do novo constitucionalismo pode ser visto em Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009.

²⁹ Algumas exposições de ideias de importantes teóricos de América Latina foram incorporadas em Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva – MICELI, M. S. A.

de Pós-graduação que tem passado por aulas em universidades espanholas ou italianas; esses estudantes trouxeram as referências de seus mestres europeus, sobretudo a partir dos anos 70, do século passado.

Nos últimos anos, observa-se uma mudança de tendência: temos começado a observar, sem traumas históricos nem complexo de inferioridade, a teoria constitucional dos Estados Unidos. As tarefas de tradução, intensamente desenvolvidas na Argentina, Colômbia, México e, em menor medida, Peru, tem sido uma porta de entrada para que nossos estudantes pudessem se familiarizar com autores como John Rawls, Richard Posner, Ronald Dworkin, Owen Fiss, Bruce Ackerman, Duncan Kennedy, Geoffrey Stone, Sanford Levinson, Jack Balkin, Laurence Tribe, Mark Tushnet etc. A maior parte das traduções do inglês permanecem sendo feitas na Espanha, onde foram publicadas obras de alguns dos professores já mencionados, além de Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Will Kymlicka etc.

Igualmente tem sido notável a influência da doutrina alemã, que tem proporcionado – de forma direta e indireta – ideias muito importantes para o debate latino-americano sobre os direitos fundamentais e sobre o constitucionalismo democrático em geral. Os dois nomes mais repetidos, nesta região, creio que são os de Robert Alexy e Peter Häberle³⁰.

A leitura direta de seus textos foi possível graças a traduções e publicações que apareceram primeiro na Espanha, mas logo também no Brasil, Peru, Colômbia, Equador e México. Além disso, alguns destacados teóricos da América Latina, sobretudo de gerações mais ou menos recentes, formaram-se na Alemanha e escreveram grandes trabalhos sob a influência dos citados professores. Este é o caso, para citar alguns exemplos, de César Landa, do Peru, de Rodolfo Arango, Carlos Bernal, Gloria Lopera e Alexei Julio Estrada, da Colômbia, de Ingo W. Sarlet do Brasil e de Laura Clérico, da Argentina. Alguns destes são grandes promessas da teoria jurídica latinoamericana, e, com o tempo, deverão ocupar o lugar de autores já consagrados como Héctor Fix Zamudio, Carlos S. Nino, Germán Bidart, Allan Brewer Carías e outros gigantes do pensamento de nossa região.

Riscos e perspectivas

Sem dúvida, em toda a nossa América Latina, os direitos fundamentais (e o regime constitucional, em seu conjunto) seguem correndo graves riscos de retrocesso, dada sua precariedade. Descrever tais riscos poderia nos levar a centenas de páginas, mas acredito que se deve apontar ao menos os seguintes:



³⁰ Antes destes, foi de grande importância o pensamento de Konrad Hesse, que chegou aos constitucionalistas da América Latina graças à tradução, de alguns de seus textos mais conhecidos, feita por Pedro Cruz Villalón, bem como do trabalho de tradução de sua obra realizado no Brasil (país que possui mais material traduzido, comparado aos que foram traduzidos por Cruz Villalón). As referências são: Hesse, Konrad, *Escritos de derechos constitucional*, 2ª edición, Madrid, CEC, 1992; Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Fabris editor, 1998.

a) o risco de subordinação dos direitos fundamentais ao discurso da segurança

A crise de segurança pública vivida em muitos países da região influenciou, consideravelmente, a percepção social ao redor dos direitos fundamentais. Os habitantes da América Latina se perguntam “para que devem servir os direitos humanos? Como conseguir que as autoridades sejam eficazes em seu combate contra o crime organizado, sem que, para alcançar dita eficiência, terminem violando direitos? Que autoridades devem participar na luta contra o crime? Requer ao Estado tomar medidas excepcionais, como a suspensão de direitos, para frear a onda de delinquência que afeta uma parte considerável de nossos países?”

Busca-se responder a todas estas perguntas, atualmente, a partir de um contexto social e político marcado pelo medo. Não é algo inteiramente novo, ainda que o seja no que diz respeito à dimensão do fenômeno dentro da sociedade mexicana, que tem presenciado, recentemente, atos de uma brutalidade inusitada. A história da humanidade foi marcada pelo medo, como reconheceram destacados pensadores, entre os quais Hobbes é frequentemente citado. O medo está presente em nossas vidas desde a infância. Influenciou o direcionamento de algumas de nossas decisões em tempos remotos e, de algum modo, segue influenciando na atualidade.

De fato, nunca como em nosso tempo existiu uma estratégia tão óbvia e tão deliberada para estender o medo entre a população e contribuir, dessa maneira, para determinar a forma como vivemos e as decisões que tomamos.

O medo de nossa época tornou-se disperso, onipresente, além de multicausal, pois o mesmo provém tanto dos riscos que derivam da mudança climática quanto de fatores vinculados à segurança pública. Por isso mesmo é mais efetivo, pois, como assinala Bauman, “O medo é mais temido quando é difuso, disperso, pouco claro; quando flutua livre, sem vínculos, sem âncoras, sem lugar nem causa evidentes; quando nos ronda descompassadamente; quando a ameaça que deveríamos temer pode ser encarada em todas as partes, mas se torna se torna impossível vê-la em algum lugar concreto”³¹.

O medo determina nossa conduta, afeta a liberdade, ao exercer influência sobre o uso que damos à nossa autonomia pessoal e, nessa medida, projeta-se sobre o exercício de nossos direitos fundamentais.

A pesquisa Latinobarómetro indica, em sua edição correspondente ao ano de 2008, que a delinquência é o principal problema da América Latina, seguida pelo desemprego.

Na região estão as duas cidades mais perigosas do mundo, se considerados o número de homicídios a cada 1000 habitantes. São Ciudad Juárez, no México e Caracas, na Venezuela, respectivamente. Ambas as cidades encontram-se nessa vergonhosa classificação, à frente de Bagdad³².



³¹ Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

³² Ver a nota de www.elpais.com/articulo/internacional/violencia/desangra/Caracas/elpepiint/20091006elpepiint_8/Tes

b) O retorno do autoritarismo

Na América Latina temos uma ampla história de regimes autoritários e ditatoriais. No passado de todos os nossos países, encontram-se interrupções (às vezes recorrentes) da ordem constitucional por meio da força. A presença das forças armadas também foi uma constante.

A democracia, não obstante, parecia estar se expandindo, sem discussões, desde a década dos anos 80 do século passado. Hoje, parece que essa crença democrática não é tão sólida³³. Não se pode negar que temos, em geral, sistemas democráticos na região (ressalvado o caso de Cuba, que mereceria uma análise diferenciada, uma vez que não pode, indubitavelmente, inserir-se na lista de países democráticos). Contudo, também é certo que nossas democracias possuem escassas “qualidades” e que os cidadãos desconfiam profundamente de seus “representantes” populares³⁴.

Os dados de uma pesquisa aplicada em toda a América Latina são consideravelmente eloquentes. Tomemos por exemplo os que aparecem no *Latino-barómetro* 2004. A partir de 1996, a satisfação com o funcionamento da democracia sofreu fortes retrocessos em países como o Peru, Equador, Paraguai e Bolívia e avançou ligeiramente (entre 8 e 14%) em países como Panamá, Brasil, Honduras, Venezuela, Colômbia e Chile. Essa falta de satisfação é cruelmente verificada quando se pergunta aos moradores das localidades se consideram que a democracia é preferível a qualquer outra forma de governo.

Segundo o mesmo estudo, os mais convencidos dos benefícios da democracia vivem na Costa Rica, onde 48% da população está a favor desta forma de governo, em relação a qualquer outra. Existem altos níveis de aceitação democrática no Uruguai (45%), Venezuela (42%)³⁵ e Chile (40%). Contrariamente, a menor adesão dos cidadãos ao regime democrático é observada no Peru (7%), seguido de perto por Paraguai (13%), Equador (14%), Bolívia (16%) e México (17%).

Apesar destes dados tão preocupantes, é certo que a maior parte da população da América Latina entende que um governo militar não poderia solucionar melhor os problemas do que um governo democrático, ainda que neste, também, os números de aceitação sejam muito variáveis. Consideram melhor e mais eficaz um governo democrático em relação a um militar, 85% dos entrevistados na Costa Rica, 73% no Uruguai, 71% no Panamá e apenas 41% no Paraguai e 47% no Peru e em Honduras. Aparentemente, existe consenso no que diz respeito à necessidade de aplicar ao país uma “mão mais pesada”: quanto a isso estão de acordo 85% dos paraguaios, 78% dos guatemaltecos e salvadorenses. Entretanto, concordam com esta possibilidade 32% dos uruguaios e 43% dos brasileiros.



³³ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge e Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., p. 10

³⁴ Sobre o tema da qualidade democrática, o melhor que se publicou em e sobre o México, até onde tenho informação, é a obra coletiva coordenada por César Cansino e Israel Covarrubias, *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, CEPACOM, 2007.

³⁵ Ainda é provável que a presidência de Hugo Chávez e o totalitarismo da mesma derivado, nos últimos anos, tenha feito com que esta cifra diminuísse consideravelmente.

Trata-se, apesar de tudo, de uma dado inquietante, pois demonstra que há um segmento da população que poderia se sentir atraído por uma opção de “endurecimento” do exercício do poder estatal, o que poderia acarretar consequências nefastas ao desenvolvimento democrático de alguma nação³⁶. No entanto, não devemos esquecer que estes dados são muito voláteis. Assim, por exemplo, a adesão à democracia no México era de 45% em 1997 (ano em que o PRI perde a maioria absoluta na Câmara dos Deputados) e de 36% em 2000 (quando o PRI perde a Presidência da República), mas caiu para 26% em 2001 e 17% em 2002 e 2004³⁷.

De todo o modo, não deixa de ser preocupante para o regime de liberdades e direitos observar a regressão militarista de Honduras (com o golpe de Estado incluído), a perseguição ao pluralismo e dos fatores caudilhistas na Venezuela, flertando com o desaparecimento de poderes na Bolívia, a política de “mão forte” na Colômbia, o retorno da tortura e de outras violações maciças de direitos no México etc. Muitos destes fenômenos refletem, direta ou indiretamente, a persistência de uma força autoritária que, aparentemente, havia sido expulsa da região, mas, ao que parece, tudo indica que ainda segue entre nós.

a) A precária cultura jurídica

Há um último fator de risco, dentre os muitos que poderiam ser citados, o qual vale a pena considerar. Diz respeito à precária ou muito frágil cultura constitucional. Não se trata de algo específico do direito constitucional, senão algo que se estende por boa parte dos sistemas jurídicos do subcontinente. A anomia generalizada parece, hoje em dia, ser um risco de ordem estrutural, muito embora, quanto a isto, haja grandes diferenças entre os países da América Latina³⁸.

A inobservância das normas jurídicas, as justificativas de práticas ilegais, a tolerância a todo o tipo de discriminação, o apoio popular a condutas, por vezes, abertamente criminosas, o crescimento da fraude fiscal e a falta de cumprimento, em geral, de todo o tipo de deveres cívicos, não proporcionam o melhor dos cenários para exigir um estrito cumprimento dos direitos fundamentais por parte das autoridades³⁹.

Deveria ser, precisamente, nestes tipos de contexto, que as autoridades se atribuíssem maior auto-exigência quanto à observância do regime jurídico que as vincula, ainda que fosse pela ideia de colocarem-se como exemplo do que deveriam fazer também todos os cidadãos. Infelizmente, não tem sido este o caso, pois temos visto, e seguimos vendo, significativas atitudes contrárias à Constituição realizadas, amparadas e toleradas, ou tuteladas, por autoridades que deveriam ser as encarregadas de garantir o cumprimento das normas.



³⁶ É provável que este endurecimento tenha se plasmado de forma ampla (e de todo autoritária), no direito penal e seu correlato direito processual penal; ver a respeito, as reflexões de Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

³⁷ Pode-se encontrar estes dados e outros mais atualizados, em www.latinobarometro.org

³⁸ Uma análise que se tornou um clássico na matéria é o de Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 3ª edição, Buenos Aires, Ariel, 2005.

³⁹ Ver as considerações a respeito em García Villegas, Mauricio (diretor), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

[Lineu de Albuquerque Mello, 1901-1963]

Bianca Tomaino* e José Ribas Vieira**

A linha editorial deste número da *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito* foi direcionada para sua temática central: o exame da questão socio-política latino-americana, dentro da perspectiva das diversidades. É fácil constatar, nessa opção analítica, um interesse com os desdobramentos da internacionalização. Dentro desse parâmetro e com o intuito de resgatar a contribuição teórica de professores catedráticos da então Faculdade Nacional de Direito, contida nas edições da fase inicial da referida revista, privilegiou-se, assim, a presença de um internacionalista. O curso de Direito da extinta Universidade do Brasil contou, como seu catedrático de Direito Internacional Público, com Lineu de Albuquerque Mello. Cabe observar, para registro histórico, que o referido curso se destacou no quadro acadêmico nacional na segunda metade do século passado, não só com esse grande internacionalista merecedor desse *in memoriam*, mas, também, com seu continuador Celso Albuquerque Mello.

O Professor Lineu de Albuquerque Mello (14/10/1901 – 16/08/1963) pontuou toda a sua trajetória de vida conciliando, com sucesso, a dedicação à universidade com a participação ativa no plano internacional. Em 1938, alcança a livre-docência de direito, na então Universidade do Brasil, com o trabalho acadêmico *O problema das minorias nacionais*. O tema privilegiado demonstra sensibilidade para as questões mais pungentes da ordem internacional. Naquele



* Mestranda do PPGD/UFRJ.

** Professor do PPGD/UFRJ.



momento histórico, véspera da Segunda Guerra Mundial, o impasse das minorias, consequência das decisões do Tratado de Versalhes, abalava a estabilidade mundial no plano europeu. O autor aqui homenageado alcança a cátedra de Direito Internacional Público com a tese *Gênese e Evolução da Neutralidade*¹, além de obter a titularidade na disciplina de Direito Internacional Público na PUC-Rio.

Conquistadas as duas cátedras, o Professor Lineu de Albuquerque de Mello dedicou-se, integralmente, às atividades acadêmicas nas Universidades do Brasil e Católica, ambas no Rio de Janeiro. Tal perfil de interesse era uma exceção ao que, nessa quadra histórica, concebia-se como universidade brasileira. O compromisso com o ensino e a investigação científica fica patente em sua presença em um centro de estudos como o Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS).² No início dos anos 60 do século passado, o Professor Lineu assume a direção da Faculdade Nacional de Direito, vindo a falecer no exercício do cargo administrativo, em 1963. No plano internacional, integrou a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no período de 1961 a 1962, chegando a ser o seu vice-presidente.

A leitura de sua tese para a cátedra de Direito Internacional Público, *Gênese e Evolução da Neutralidade*, apontou para sua extrema relevância e atualidade, na compreensão dos mecanismos de poder do atual sistema internacional. Nesse sentido, avaliou-se que seria mais positivo expor, em breve análise, como texto do autor homenageado, não um artigo seu na Revista Jurídica, mas sua contribuição teórica com mais organicidade. Para o leitor aquilatar a contemporaneidade e a grandeza do Professor Lineu Albuquerque Mello, reproduz-se, nesta edição da revista, o capítulo quarto da tese, intitulada *A neutralidade e a segurança coletiva*, onde o autor emoldura tanto seu julgamento, quanto a pertinência do instituto da neutralidade, em pleno período bélico de 1939-1945, dentro do que denomina “Ciência Jurídica Contemporânea”.

É patente, em sua tese, o reconhecimento do avanço do Direito Positivo e o seu impacto no Direito Internacional Público. Lá comparecem as questões tradicionais de validade da norma internacional e dos tratados. Aponta para as insuficiências da Escola de Viena (Kelsen), na obrigatoriedade da normativa internacional pela categoria de *pacta sunt servanda*. Depreende-se a sua opção por um sistema de Direito mundial, articulando tanto o Direito Natural, quanto o Direito Positivo. Tece, ainda, toda uma trajetória histórica, desde o período medieval do Estado neutro, em decorrência da guerra injusta. Aponta que a guerra de 1914³ e o sistema de poder decorrente, plasmado na Sociedade das Nações,



¹ MELLO, Lineu de Albuquerque *Gênese e Evolução da Neutralidade*. Rio de Janeiro. Jornal do Comercio-Rodrigues & Cia. 1943

² Era um desdobramento da antiga Faculdade Nacional de Filosofia. Com o seu desaparecimento acadêmico administrativo, o Instituto de Filosofia e Ciências Sociais assumiu mais a posição de atividade formadora.

³ Vide o último número da Revista *Esprit* com o dossiê: *Que fair de la mémoire des guerres du XX siècle* – janvier 2011. O citado dossiê demonstra como resta pouco da memória da Guerra de 1914 está, desse modo, reduzida uma lembrança como os conflitos napoleônicos.

tornou incompatível a neutralidade, pois a Sociedade das Nações não extinguiu o direito à guerra, pautando-se, apenas, em limitá-lo. Nesse quadro histórico, criaram-se, com tratados subsequentes, os primeiros movimentos para a efetivação do mecanismo da segurança coletiva.

Assim, o estudo sobre o instituto da neutralidade elaborado pelo professor Lineu de Mello, na sua tese de cátedra, defendida em 1943, deve ser reconhecido, apesar do seu natural datamento histórico, como adequado às discussões teóricas contemporâneas. É o caso, por exemplo, de questões envolvendo a relação entre direito e política. Escritas em meio à Segunda Guerra Mundial, suas conclusões clarificam o interesse da doutrina em se desvendar categoria teórica própria à realidade em que está inserida. Partindo de circunstâncias políticas, o texto aborda caminhos percorridos por relevantes estudiosos das primeiras décadas do século XX.

Seja mediante análise crítica do formalismo extremo, refratário a argumentos subjacentes em aspectos morais, ou através da defesa do Direito Natural a um contexto de objetividade alegadamente inadequado, o professor Lineu de Albuquerque Mello oferece margem de reflexão para os limites da norma perante os fatos sociais. Examina a noção de neutralidade, não apenas a partir das consequências trazidas pelo conflito de 1914, mas a coloca sob um viés pragmático, ao discorrer sobre as articulações envolvendo relações entre países “neutros” e beligerantes. Sem instituir discussões acerca de aspectos constitucionais internos aos Estados, é clara a exposição, no âmbito do Direito Internacional, da necessidade de normas que vinculem os Estados em conflito e os demais. Cabe prestigiar este ponto como elemento central de sua reflexão. Isto porque a força normativa, muito embora fundamentada nas bases do Direito Natural, encampa o discurso do “bom senso”, da “consciência coletiva dos Estados”, nas palavras do próprio autor.

A valorização da filosofia do direito, à época, caminha a passos equivalentes ao reconhecimento do senso comum na prática jurídica. Em suas conclusões, o jurista homenageado nesta seção expõe a vulnerabilidade do discurso apreendido para uma readequação da doutrina jurídica face a um novo contexto político mundial. Por consequência, explicita o seu teor ideológico, nos quais são pautadas as noções de neutralidade e segurança coletiva. Dessa forma, o professor Lineu contribui não apenas para o campo do Direito Internacional, mas também há, de sua parte, uma lição de responsabilidade moral, em um momento histórico no qual se faz cada vez mais necessária a compreensão crítica do presente para a construção do futuro.

Com esse contexto histórico-prático, o Professor Lineu de Albuquerque Mello sustenta a tese de consolidar o entendimento de segurança coletiva lastreado nas noções valorativas e políticas de democracia e solidariedade. É um instrumento viável e pragmático para fazer frente a concepções de mundo próximas à “comunista e a do nacional-socialista”. Sua linha de pensamento não segue a defesa de uma instituição responsável propriamente pelo sistema de segurança coletivo, muito embora, por exemplo, a existência de mecanismos tipificando crimes contra humanidade resultasse em coibir o direito à guerra.

Interessante notar que, um ano após a tese do Professor Lineu Albuquerque de Mello, Hans Kelsen publica a sua obra *La paz por médio del Derecho*⁴. Nesta importantíssima contribuição teórica, Kelsen apresenta uma fundamentação mais institucional na condenação ao direito à guerra. Propõe, por exemplo, uma nova liga de estados tendo destaque para o surgimento de Tribunal Internacional. Todo esse quadro político-institucional é viabilizado por um “*Pacto de una Liga Permanente para el mantenimiento de la paz*”. Documento este, vale lembrar, bastante próximo à Carta das Nações Unidas.

É com alegria que se convida o Leitor para apreciar o capítulo quarto da referida tese do Professor Lineu Albuquerque de Mello, culminando no sonho institucional da defesa dos mecanismos de segurança coletivo. A atualidade do conhecimento desse texto editado está na proporção de que os instrumentos de segurança coletiva contidos na Carta das Nações Unidas se encontram, totalmente, esgotados, usando as suas próprias palavras, numa “sociedade internacional anárquica”, nesta segunda década do século XXI.



⁴ Kelsen, Hans. *La paz por médio del derecho*. Trad. Luis Echávarri. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

[A neutralidade e a segurança coletiva*]

Lineu de Albuquerque Melo**

94 - A guerra de 1914, com a sua extensão e o desrespeito contínuo aos direitos dos países que se mantinham afastados da luta, “vibrou na neutralidade do golpe mortal”.

O lento trabalho anterior de elaboração de um direito que regulasse as relações entre neutros e beligerantes, as convenções de Haia, a Declaração de Londres e outros esforços tendentes a assegurar a boa ordem internacional em tempo de guerra, mostraram-se insuficientes, inúteis e até prejudiciais. Viu-se quanto de artificial havia na construção de um sistema que não encontrava, com efeito, correspondência na realidade da vida dos Estados e nas exigências da verdadeira justiça. Tinha-se procurado vestir a violência e a imoralidade internacionais de civilização e direito. A primeira grande guerra logo demonstrou a fraqueza da obra realizada e a urgência de uma revisão completa do conceito de neutralidade.

Buscou-se o meio de garantir a paz, a constituição de uma sociedade dos Estados fundada em bases jurídicas e dispendo de força suficiente para assegurar o cumprimento das suas resoluções. Era a tentativa de submeter o Estado à regra jurídica¹ e não de moldar o direito aos fatos, como até então se fizera, ainda quando estes eram simples manifestações da força desarrazoada, da injustiça imposta pelas armas, ou da desorganização internacional.

Mas, o traço característico, o elemento fundamental das novas doutrinas foi o de que a guerra havia deixado de ser um fato isolado, para interessar a “todos os membros da sociedade dos Estados”. Como consequência dessa premissa, viu-se que a ação internacional para evitar a guerra teria de ser coletiva e solidária. Proscrescia-se a guerra como prejudicial à humanidade e, para evitá-la, exigia-se logicamente a cooperação de todos os Estados. A guerra fora da lei, a guerra fora do direito, o que valia dizer a guerra fora da boa razão, foi o ponto de partida de toda a ordem internacional após o conflito de 1914.



* Tese 1 Gênese e Evolução da Neutralidade. Capítulo 4 “A neutralidade e a segurança coletiva”, Lineu de Albuquerque Melo (cf. pág. 40). Grafia atualizada.

** Lineu de Albuquerque Melo, Catedrático da Faculdade Nacional de Direito.

¹ GEORGES SCELLE, *Le Pacte des Nations et sa liaison avec le Traité de Paix*. 1919, pág 16.

Voltava desta forma, a antiga distinção entre guerra justa e injusta, que vicejara na Europa medieval, sob o poder disciplinar da Igreja², e a noção de agressor recebia novo exame. Havia a tendência para reintegrar o Direito das Gentes no elemento racional de que proviera, único em condições de dar-lhes bases verdadeiras e duradouras. “Quis-se ir mais longe e abolir, não apenas a guerra injusta, mas toda a guerra individual entre Estados, como desde há muito se havia proscrito o duelo como recurso para resolver dissídios entre homens”.³

Em face de semelhante orientação, teriam de caducar as noções de neutralidade, pelo menos como haviam sido admitidas até então. Não era no reforço ou na simples manutenção do conceito de neutro que se iria encontrar a paz, mas na luta direta contra a própria guerra. Luta para evitá-la, antes da irrupção do grande mal, luta para extingui-la, quando o conflito já tenha começado.

NIPPOLD, com notável argúcia, já previra durante o conflito armado de 1914, na organização internacional que se lhe seguisse, senão o fim da neutralidade, pelo menos uma distinção entre o dever do neutro diante, de um lado, do beligerante que sustenta uma causa injusta e, do outro, do que luta por uma causa justa.⁴

95 - Dois fatores preponderantes concorreram para a organização de um sistema de “segurança coletiva”: a ideia de democracia, tendendo cada vez mais para a solidariedade humana, e o abandono do conceito de soberania absoluta e ilimitada dos Estados na ordem internacional.

Segurança coletiva é, com efeito, “uma noção democrática”⁵ e, por si só, opõe-se à de imperialismo. Implica esforço comum e o reconhecimento de necessidades comuns, a cuja satisfação se deverá aplicar esse esforço. Traduz a feição assumida pelo moderno Direito Internacional, pelo menos como o entendem os povos realmente civilizados. GEORGES SCELLE refere-se a um direito social da comunidade dos Estados” e POLITIS descobriu “na socialização progressiva” do Direito das Gentes a obediência a uma lei sociológica geral: o abandono do individualismo anacrônico, a substituição da independência pela interdependência.

Observou-se, com efeito, que à marcha ascendente da democracia e da solidariedade na vida interna dos Estados correspondia uma democratização da vida internacional. E não foi outro motivo pelo qual MIRKINE GUETZÉVITCH, “examinando as normas constitucionais de alcance internacional”, propugnou



² Aliás essa tendência começou a surgir na consciência dos povos no fim do século XIX e, diz POLITIS, “faut de criterium precis de l’illegitimité de la guerre, le droit s’est orienté vers l’organisation d’une procedure de règlement pacifique des différends, grâce à laquelle ont pouvait indirectement réduire l’usage du droit de guerre. Les conférences de la Haya ont travaillé dans cet esprit. La même idée a inspiré la convention Porter et les traités Bryan”. (Nicolas Politis - Les nouvelles tendances du Droit International, 1937, pág. 101.

³ JOHN B. WHITTON - La neutralité et la Société des Nations, in “Recueil des Cours”, vol. 17, pág. 468.

⁴ NIPPOLD - The development of International Law after the World War, 1932, pág. 46

⁵ ALFRED ZIMMERN - The problem of collective security, in Neutrality and Collective security” (lectures on the Harris Foundation), 1936, pág. 4.

pela criação de um “Direito Constitucional Internacional”, “*jus gentium pacis*”, capaz de preparar a ordem entre os Estados, influenciando-os na orientação, ao mesmo tempo que, pela inclusão de certas normas de direito externo no direito interno, lhes aumentava a segurança. “Uma doutrina pacifista, diz ele, que não levar em conta a evolução interna dos Estados é uma doutrina estéril e completamente incapaz de servir às necessidades jurídicas de nossa época.⁶ Se o Direito Público interno é a “técnica da liberdade” e o Direito Público Internacional é a “técnica da paz”, esta não subsistirá sem aquela, que lhe dá os elementos de ação na ordem externa dos Estados.

A paz importa por um Estado mais forte aos demais - *pax romana* - poderá ser, de modo transitório, sinônimo de ordem, mas nunca representará organização jurídica, tranquilidade duradoura, progresso efetivo e felicidade entre os povos. O Direito Internacional há-de sustentar-se verdadeiramente na igualdade jurídica dos Estados, “como princípio análogo ao da igualdade dos cidadãos”. Entre uma e outra haverá, apenas, as “diferenças devidas ao grau menos avançado da organização internacional”.

96 - Como demonstração do que afirmamos, basta observar os dois regimes que, nas últimas décadas, mais se afastaram das formas democráticas: o comunista, anterior sobretudo às profundas transformações que sofreu de 1930 até agora, e o nacional-socialista.

Do primeiro pode-se dizer com TARACOUZIO que, teoricamente, a concepção comunista do direito de desigualdade, do Estado como uma luta de classes e das relações internacionais como uma cooperação das massas dos trabalhadores na sua comum oposição ao capitalismo, dá em resultado uma nova concepção do Direito Internacional como “um direito provisório entre as classes, que faz progredir os interesses das classes trabalhadoras nacionais organizadas, no sentido de luta comum pela supremacia mundial do proletariado”.⁷) Dentro desta definição, o Direito Internacional “não chega mesmo a constituir estritamente um ramo da ciência jurídica”. É, antes, uma relação entre indivíduos, por intermédio dos Estados, ao invés de uma disciplina normal da vida destes, embora algumas vezes ao serviço do interesse direto dos indivíduos.

O nacional-socialismo, não obstante opor-se teoricamente aos negativistas do Direito Internacional, como LUDWIG SCHECHER, que, dentro da lógica do regime, reduziu o Direito das Gentes a “uma espécie de Direito Público exterior alemão, destinado a regular as relações entre os Estados”, submete esse Direito a condições inaceitáveis. A Concepção nacional-socialista partiu, como é sabido, da noção de VOLK e lhe deu, bem como à de Estado, a primazia na ordem jurídica interna, de base racial. O Estado, organização política do povo, é o detentor de uma soberania que, ainda nas relações externas, é a negação de



⁶ MIRKINE GUETZÉVITCH - Droit Constitutionnel International, 1933, págs. 8 e 16.

⁷ T. A. TARACOUZIO - The Soviet Union and International Law, 1935, pág.12.

todo o limite.⁸ A ordem internacional é analisada, assim, através do prisma da vida nacional.

As afirmações repetidas pelos teóricos do nacional-socialismo, com relação à existência do Direito Internacional, apresentam pouco valor prático, uma vez que, para eles, “o ponto de partida de toda a construção desse Direito se encontra nos interesses individuais dos Estados”.⁹ Além disto, o Direito das Gentes, na exposição dos grandes princípios que o regem, sofre nitidamente a influência da Weltan-schauung totalitária do nacional-socialismo. Ele deve servir à Volksgemeinschaft, desde que não é dominado pelo interesse da humanidade¹⁰, mas pelos interesses do Estado, representação do povo.

Tal concepção daria os frutos que o mundo colhe atualmente e conduziria mais uma vez à certeza de que a atitude internacional dos Estados reflete quase sempre a sua própria organização interna.

97 - O outro fator que referimos, como de influência decisiva para a organização de um sistema de segurança coletiva, foi o abandono do preconceito da soberania absoluta e ilimitada dos Estados “que durante três séculos dominou a construção científica do Direito Internacional”.¹¹

Contra os excessos da doutrina que pretendia fazer da vontade do Estado o árbitro dos seus direitos e deveres internacionais, surgiu uma reação necessária, que, infelizmente, cairia no excesso contrário - a negação pura e simples da soberania. Mas, observa LE FUR, a soberania existe e, sob certo ponto de vista, não pode deixar de existir. O certo, porém, é que não é nem absoluta, nem limitada. Não apenas a observação dos fatos o prova com evidência, mas a reflexão mostra que essa afirmação repousa sobre um manifesto abuso da lógica, um verdadeiro sofisma. Confundem-se os dois superlativos, absoluto e relativo; de que a soberania é o poder mais elevado, conclui-se que é sem limites; é um erro semelhante àquele que consiste em acreditar que a montanha mais alta é, por essa razão, de altura ilimitada; o poder é coisa essencialmente relativa.¹²

Chegou-se à concepção de que a soberania não é apenas o direito de ordenar arbitrariamente em última instância, mas “em vista de um fim a atingir”. Na ordem internacional o fim a atingir, como aliás em toda a coletividade, é o interesse geral ou o bem comum, que se realiza mediante o direito. Se há, portanto, uma soberania absoluta, “não é outra senão a do próprio direito”.

O aparente conflito entre um sistema de segurança coletiva e a soberania dos Estados reduz-se, dentro dessa ideia, “a uma atribuição de competências”.¹³



⁸ JAUQUES FOURNIER - La conception nationale-socialiste du Droit des Gens, 1939, pág. 57.

⁹ KRAUS - Interesse und Zwischenstaatliche Ordnung, apud JAUQUES FOURNIER - Op. cit., pág. 59

¹⁰ GÜRKE - Volk und Völkerrecht, pág. 20, apud JAUQUES FOURNIER - Op. cit., pág. 84

¹¹ NICOLAS POLITIS - Les nouvelles tendances du Droit International, 1927, pág. 18

¹² LOUIS LE FUR - Les grands problèmes du Droit, 1937, pág. 288.

¹³ F.FRANKOWISKI - L'idee de la souveraineté dans relations internationales. 1934; ARNOLD RAESTAD - Souveraineté e Droit International, 1936; WIKTOR SUKIENICKI - La souveraineté des États en Droit International moderne, 1927, pág. 254 e seguintes, e 313 e seguintes.

A ordem jurídica estatal e a ordem jurídica interestatal condicionam-se porque, na verdade, se pressupõem. Enquanto houver uma pluralidade de Estados coexistindo e ordenando-se em sociedade, ter-se-á de admitir uma ordem jurídica internacional, de que os Estados são em grande parte os sujeitos de direito para a formação de cujas regras concorrem diretamente.¹⁴

98 - A fundação da Sociedade das Nações trouxera, para muitos, o fim da neutralidade.

Os princípios sobre os quais o Pacto instituíra a nova organização internacional pareciam, com efeito, excluí-la. Em 1920, o Conselho dizia que, “a noção de neutralidade dos membros da Sociedade das Nações não era compatível com o outro princípio de que todos os membros da Sociedade deveriam agir em comum para fazer respeitar seus compromissos”.¹⁵

No lugar da concepção antiga, da abstenção e do desinteresse, o artigo 11, nº 1, do Pacto proclamará realmente a solidariedade internacional, mediante a declaração de que “toda a guerra ou ameaça de guerra, atinja diretamente, ou não, algum dos membros da Liga, interessa a toda a Liga, e esta deve adotar as medidas apropriadas para salvaguardar eficazmente a paz das nações”. Em muitos outros artigos, o Pacto demonstra a sua ideia diretora: a iniciativa da Sociedade das Nações para impedir os desacordos ou finalizar as guerras.

Pelo artigo 10, os Estados membros da Liga comprometiam-se a intervir para “manter contra toda a agressão externa a integridade territorial e a independência política atual” de todos os seus componentes. E, em casos de agressão, de ameaça ou de perigo de agressão, o Conselho recomendaria os meios capazes de assegurar a execução desse compromisso.

O artigo 16 declarava que o membro da S.D.N. que fizesse a guerra com infração dos artigos 12, 13 e 15 seria considerado *ipso facto* como tendo cometido um ato de guerra contra todos os outros membros da Sociedade. Os efeitos da referida disposição sobre a neutralidade destes era, observa WHITTON, dos mais importantes. “Em caso de guerra com ruptura do Pacto, o Estado faltoso é considerado *ipso facto* como culpado de atos de guerra, não somente contra seu adversário, mas contra todos os membros que, sem o Pacto, nada teriam a ver com as hostilidades. Um Estado contra o qual outro cometeu um ato de guerra poderia, não obstante, conservar a sua neutralidade, mas seria difícil guardá-la definitivamente. O Pacto, além do mais, não permite que os membros se isolem, pois impõem a todos, em detrimento do Estado perturbador da paz, a aplicação de medidas coercitivas”.¹⁶ Mas, o emprego das sanções se faria diferentemente às partes em luta, conforme a justiça da causa que defendessem.



¹⁴ ANTONIO CASULLI - La sovranità degli stati e la Società delle Nazioni, 1932, pág. 170.

¹⁵ Declaração do Conselho da Sociedade das Nações em Londres, aos 13 de Fevereiro de 1920, apud BERTRAND D’ASTORG - La neutralité et son réveil dans la crise de la S.D.N., 1938, pág. 71.

¹⁶ JOHN B. WHITTON - Op. cit., pág.476. Acerca da neutralidade em face do Covenant, vejam-se, também os estudos de GEORG COHN, PAUL DE LA PRADELLE e H. LAUTERPACHT, in Collective Conferences, publicados por Maurice Bourquin, 1936, págs. 402, 404 e 412.

Diante dessas disposições, ter-se-á de reconhecer que, se a Sociedade das Nações não extinguiu o regime de neutralidade, lhe trouxe modificações profundas. E, o que é mais, entrou a limitar a soberania dos Estados, com a restrição do direito de guerra.

O Pacto distinguia entre guerras justas e injustas e criou “um duplo critério material e forma” para diferenciá-las. Não deixou a apreciação da justiça ou injustiça da guerra ao arbítrio das partes interessadas.

A guerra era ilícita, entre os membros da Liga, si iniciada:

- a) antes de todo processo de solução pacífica;
- b) antes da expiração de um prazo de três meses após o encerramento desse processo;
- c) contra um membro da S.D.N. que aceitasse uma decisão arbitral ou judiciária, ou a recomendação unânime do Conselho ou da Assembleia.¹⁷

É o critério formal, como decorria do artigo 16 do Pacto. O critério material era o previsto no artigo 10, “que condenava a guerra tendo em vista, não a sua causa, mas o seu efeito”. Era a guerra que embora lícita por ter sido feita sem violação dos compromissos assumidos, se tornava ilícita si conduzisse à violação da “integridade do território ou da independência política atual” de um membro da sociedade”.¹⁸

A noção de agressão ressurgiu da letra do Pacto com aspectos novos e foi afrimar-se e desenvolver-se em dois sentidos paralelos: o da inspiração geral do *Convention*, que conduzia a condenar a guerra de agressão, e o das aplicações particulares, em que se materializava a ideia do novo sistema.¹⁹

As situações, porém, não se delinearão com a clareza desejável. Foi na parte concernente aos direitos e deveres dos neutros que apareceram as maiores dificuldades jurídicas e os problemas mais delicados, devidos, em parte, à “redação obscura e propositadamente ambígua” dos artigos do Pacto.²⁰

O problema era, com efeito, complexo para a neutralidade. Duas situações devem ser distinguidas em relação aos neutros: a que surgia da guerra lícita e a que era acarretada pela guerra ilícita. A última hipótese desdobrava-se, ainda, em duas partes - a da condição de Estados membros da Liga e dos que dela não faziam parte.

O nosso trabalho não tem por fim o exame dessas situações, nem o estudo das sanções econômicas e militares previstas no Pacto. Desejamos, apenas, mostrar como o sistema de segurança coletiva é incompatível com a neutralidade, pelo menos na aceção em que foi geralmente admitida até o fim da guerra de



¹⁷ NICOLAS POLITIS - La neutralité et la paix, 1934 pág. 104.

¹⁸ NICOLAS POLITIS - Op. cit. pág. 106.

¹⁹ RENÉ THERY - La notion d'aggression en Droit International, 1937, pág. 29

²⁰ SIMON PLANAS - SUAREZ - La política europea y la Sociedad de las Naciones, 1935, pág. 353

1914.²¹ Quisemos ainda, dentro da larga evolução que traçamos dos direitos e deveres dos neutros, assinalar a influência que nele teve o Covenant.

99 - Mas, o Pacto da Sociedade das Nações não suprimira a guerra; apenas a limitara. Até então consideravam-na um atributo da soberania dos Estados. O Pacto procurou reduzi-la a casos excepcionais: quando, por exemplo, as duas partes em litígio recusam aceitar as recomendações do Conselho, ou quando o relatório não é aceito pela unanimidade dos votos, ou, finalmente, uma das partes pretende e o Conselho reconhece que o dissídio versa sobre questão que o Direito Internacional atribui à competência exclusiva de um Estado (artigo 15 §§ 7º e 8º).

Após a assinatura do Covenant, fizeram-se duas tentativas para suprimir a guerra no sistema da Sociedade das Nações. Ambas, porém, falharam. A primeira foi o Tratado de Assistência Mútua, considerados pelos seus autores um prolongamento do Pacto, com o qual, aliás, se harmonizava. O Tratado não encarou, todavia, o problema em seu conjunto. Restringiu-se a formular princípios relativos à segurança e ao desarmamento. Mas, adverte GONSIOROWSKI, se a guerra é condenada e tida como crime internacional, necessário se torna fornecer meios pacíficos que permitem aplinar os conflitos e impedir o seu aparecimento. O tratado silenciou a respeito. Deu um lado, prende-se ao problema das sanções, do outro, prepara o terreno para o protocolo de Genebra²², cujo alcance seria maior.

A segunda tentativa surgiu dos “esforços para resolver o problema do desarmamento”. A Grã-Bretanha entendia, no meio da Assembleia, que se deveria começar pela redução dos armamentos, como processo para chegar à paz. A França, com mais lógica, fazia da segurança internacional a condição para o desarmamento. A resolução da Assembleia de 6 de setembro de 1924 procurou conciliar os dois pontos de vista e “constituiu o ponto de partida dos trabalhos que conduziram ao protocolo para a solução pacífica dos dissídios internacionais”.²³



²¹ A situação dos neutros, nas hipóteses de guerra lícita e ilícita, bem como a aplicação as sanções, acham-se estudadas, especialmente, em NICOLAS POLITIS - La neutralité et la paix, 1919, pág. 106 e seguintes; GEORGES SCELLE - Le Pacte de Nations, 1919, pág. 318 e seguintes; JOHN B. WHITTON - La Neutralité e la Societé des Nations, in “Recueil des Cours, vol. 17, pág. 474 e seguintes; SIMON PLANAS-SUAREZ - La politica européa la Sociedad de Las Naciones, 1935, pág. 353 e seguintes; BERTRAND D’ASTORG - La neutralité et son réveil dans la crise de la S.D.N., 1938, pág. 74 e seguintes; MIROSLAS GONSIOROWSKI - Societé des Nations et problème de la paix, 1927, vol. 2, pág 264 e 396 e seguintes.

²² MIROSLAS GONSIOROWSKI - Op. cit., vol. 2º, pág. 446-447.

²³ A resolução esta redigida nos seguintes termos: “L’Assemblée, prenant acte des déclarations des gouvernements représentés, y voit avec satisfaction la base d’une entente tendant à établir la paix définitive; et décide: - Afin de concilier les divergences qui demeurent entre certains de points de vue exposés, et cette conciliations une fois opérée, de pouvoir faire convoquer, dans les délais les plus rapides possible, par les soins de la Société des Nations, une conférence internationale sur les armements: - 1. La troisième comission est chargée d’examiner les documents relatifs à la sécurité et à

Em 2 de Outubro de 1924, a Assembleia aprovou unanimemente o projeto de protocolo elaborado pelas duas comissões designadas na resolução de 6 de Setembro. Procurava o protocolo completar o sistema de solução pacífica dos conflitos internacionais previsto no Pacto e obter a redução dos armamentos “ao mínimo compatível com a segurança dos Estados e com o cumprimento das obrigações impostas pela ação comum”.

Se o protocolo não entrou em vigor, por motivo de falta de ratificação, o seu espírito e as suas diretrizes “continuaram a guiar todos os esforços para a organização da paz, a saber, a condenação da guerra de agressão e a indivisibilidade da trilogia - arbitragem, segurança, desarmamento, fundamento único, sólido e duradouro, de uma organização internacional”.²⁴

Dentro dessa orientação, foram feitos os acordos de Locarno²⁵ e, de modo particular, o Pacto Rhenano. Ao último, como primeiro acordo internacional em que as partes contratantes renunciam à guerra e a qualquer ato belicoso em suas relações mútuas, atribui CALOGEROPOULUS uma grande influência prática na conclusão do Pacto de Paris, “que é, apenas, a generalização do princípio contido naquele acordo regional”.

Cabe ainda, aqui, referência a duas outras manifestações contra a guerra, anteriores também à assinatura do Pacto de Paris: a resolução da VIII Assembleia da Liga das Nações, em 1927, e a resolução da 6ª Conferência Pan-americana de Havana, reunida em 1928, ambas condenando a guerra de agressões aconselhando o emprego de meios pacíficos para dirimir as contendas internacionais.

100 - Duas grandes consequências advêm das diferentes iniciativas, que enumeramos, para afastar a guerra da vida dos Estados: a coordenação mesma da guerra e o reconhecimento do dever, para os Estados não envolvidos diretamente no conflito, de intervirem na manutenção ou no restabelecimento da paz. É o ponto em que todas elas tocam na matéria da neutralidade.

A Europa e a América já haviam fulminado de ilegalidade a “guerra da agressão”. Coube, todavia, ao Pacto de Paris transferir a condenação para a prática, promovendo entre os Estados o acordo necessário à realização.

la reduction des armements, notadamente les observations des gouvernementssur le projet de traité d'assistance mutuelle, préparé en vetu de la resolution XIV de la troisième Assemblée, et les autres plans préparés au Secretariat général depuis la publication du projet de traité ainsi que d'examiner les obligations contenues dans le pacte de la Société, en vue des garanties de sécurité qu'un recours à l'arbitrage ou une réduction des armements peuvent nécessiter. - 2. La première comission est chargée: - a) D'étudier, en vue d'armements éventuels, les articles du pacte, relatifs au régime des differends - b) D'examiner dans queilles limitesdes termes de l'article 36, paragraphe 2, du status de la Cour permanente de Justice Internationale pourraient être précisés, afin de faciliter l'acceptations de cette clause; - En vue de renforcer la solidarité et la securité des nations du monde, en résolvant par desvoies pacifiques tous les diff'rends susceptibles de s'élever entre las États”.



²⁴ SPYROS CALOGEFEROPOULOS STRATIS - Le Pacte Général de Renonciaton à la guerre, 1931, pág. 38.

²⁵ F. J. BEREER - Locarno , a collection of documents, 1936. MIROSLAS GONSIOROWSKI - Op. cit., vol 2º. pág. 486.

A ideia original do Pacto de Paris foi de Briand e decorreu da proposta de um compromisso entre a França e os Estados Unidos que excluísse qualquer possibilidade de guerra entre os dois países. Compreenderam os Estados Unidos que se não ajustava à tradição da sua política internacional “um compromisso parcial de paz”. Longe de assegurar a proscrição das guerras, semelhante acordo “enfraqueceria as garantias de paz universal”, pela criação de uma neutralidade benevolente, no caso de uma guerra eventual entre uma das partes e uma terceira potência.²⁶

Não desejou, porém, o Governo norte-americano repelir a proposta de Briand, que se apresentava revestida de elevados intuitos, e procurou “universalizar” o pacto contra a guerra, transformando-o no “compromisso de todos os Estados de não recorrerem a ela como instrumento de política nacional”.²⁷

Após discussões demoradas, sobretudo no sentido de liberar do futuro tratado os casos de legítima defesa ou os previstos pelos acordos particulares realizados dentro do quadro do Covenant, foi o Pacto assinado em Paris, aos 27 de Agosto de 1928. Quinze nações o firmaram inicialmente, atingindo depois cinquenta e dois o número de Estados a ele vinculados, inclusive os Estados Unidos e a Rússia, que não eram membros da Sociedade das Nações.

As partes contratantes declaravam solenemente que “condenavam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais e renunciavam ao mesmo como instrumento de política nacional em suas relações mútuas” (artigo 1º).

Interessa-nos, aqui, apreciar as consequências do Pacto de Paris no que diz respeito à neutralidade. Entendiam alguns autores que, colocando a guerra fora da lei, considerando-a como um crime internacional, de que nenhum Estado poderia tornar-se cúmplice, o tratado Briand-Kellog fizera impossível a neutralidade, ainda nos casos de guerra lícita, como admitia o Covenant.²⁸

Não faltaram nesse rumo as manifestações mais positivas. NICHOLAS BUTLER diria: “Desaparece a própria noção de neutralidade, pois nenhum Estado signatário pode permanecer neutro, isto é, indiferente em face de uma violação do Pacto”. E. MANDARIAGA, em discurso na Assembleia da Liga das Nações, aos 11 de Setembro de 1931, não receava afirmar: “(...) a neutralidade está morta. Não há mais neutralidade. Conseguimos colocar a guerra fora da lei. Para que estudar as leis de guerra?”.²⁹

Outras opiniões, mais adstritas à letra do Pacto, entendiam que a intervenção dos terceiros Estados no conflito armado era facultativa. Não havia



²⁶ MARIANO H. CORNEJO - El equilibrio de los continentes, 1932, pág. 174.

²⁷ JAMES T. SHOTWELL - War as instrument of national policy and its renunciation in the Pact of Paris, 1929, principalmente as partes 2ª: diplomatic history, e a 3ª: the meaning of the Pact, pág. 41 e seguintes e 189 e seguintes.

²⁸ BERTRAND D'ASTORG - Op. cit., pág. 97.

²⁹ Apud BERTRAND D'ASTORG - Op. cit., pág. 98.

nenhuma obrigação jurídica de socorrer o Estado vítima da violação do Pacto contra o seu violador.

Parece-nos que a última interpretação não procede. Diante da redação do Covenant, um campo fora realmente deixado aberto à neutralidade no caso da guerra lícita. Os membros e os não membros da Sociedade das Nações poderiam, na hipótese, manter a posição de neutros, da maneira vigorante antes daquele. Em face, porém, do Pacto de Paris a situação era diversa. A condenação expressa de toda a guerra, como crime internacional, cria indubitavelmente para os Estados o dever de reprimi-la, sob pena de negarmos a existência entre eles de uma sociedade jurídica.

A neutralidade só se justificava quando, à sombra do princípio da soberania absoluta, os Estados faziam da guerra um meio legal de soluções das contendas internacionais. A partir do momento em que o recurso à guerra passou a ser encarado como violação da ordem jurídica, há o iniludível dever, para os que se integram nessa ordem, de defendê-la e restaurá-la. Não há como concluir de modo diverso, nem de outra maneira teriam sentido os pactos de segurança coletiva.

101 - Não encerraremos o presente capítulo do nosso trabalho sem uma referência ao Pacto Saavedra-Lamas, assinado no Rio de Janeiro em 10 de Outubro de 1933. Embora não tenha sido firmado em uma conferência panamericana, esse ato internacional vale como o “ponto culminante dos esforços realizados pelo novo mundo para assegurar a solução pacífica do conflitos” entre os Estados.³⁰

Observou-se, com efeito, diante da inércia da Liga das Nações e da atitude displicente dos signatários do Pacto de Paris por ocasião do ataque à Mandchuria, uma iniciativa dos Estados para preencher as lacunas do Covenant e completar as disposições do referido Pacto mediante acordos regionais de não agressão e assistência mútua. Tentava-se criar um sistema de segurança coletiva, para a prevenção e repressão da guerra, em que terceiros Estados não fossem necessariamente envolvidos no conflito.

“Essa tendência achou sua expressão no Pacto contra a guerra, de não agressão e conciliação, promovido pelo ministro das relações exteriores da República Argentina, Carlos Saavedra-Lamas”.³¹

O Pacto do Rio de Janeiro retomara a ideia central, contida no de Paris, de colocar a guerra fora da lei. Procurou, todavia, cercar o sistema de garantias e sanções destinadas à sua realização, a fazê-lo permanente, “fundado sobre a justiça e a equidade”, capaz de “solucionar pacificamente todo o conflito dentre Estados” e suscetível de “extensão universal”.

Ao contrário do Pacto de Paris, o tratado do Rio de Janeiro não visa a guerra de um modo geral, “como instrumento de política nacional”, mas apenas

.....

³⁰ J.M.YEPES - Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique, 1936, págs. 116-117.

³¹ NICOLAS POLITIS - La neutralité e la paix, 1935, pág. 168.

a “guerra de agressão” e exclui, de modo expresso, o campo reservado à legítima defesa.

Especifica o Pacto do continente americano numerosas sanções aplicáveis aos casos de sua violação. Os Estados contratantes obrigam-se a assumir “atitude comum e solidária”, o que significa que devem proceder a uma consulta coletiva sobre os meios a empregar em caso de conflito. Tais meios podem ser, nos termos do artigo 3º, políticos, jurídicos e econômicos.³²

Mas, é curioso assinalar que o Pacto Saavedra-Lamas declara que a atitude “comum e solidária” em caso de guerra, ou de ameaça de guerra, será assumida pelos Estados “na sua qualidade de neutros”. A aplicação das sanções, deduz-se, não importa para aqueles no abandono da neutralidade. A disposição é contraditória e opõe-se à lógica e aos princípios da segurança coletiva. É esta, como advertiu POLITIS, uma das incongruências do tratado.³³

Apesar de interessadas teorias em contrário, resulta dos sistemas de segurança coletiva que a neutralidade é com eles incompatível. Através das vacilações e incertezas de alguns textos, surge a tendência dominante nas relações internacionais de após a guerra de 1914: o abandono da indiferença e da passividade dos Estados diante da guerra, considerada crime contra a ordem jurídica interestatal. Esse novo dever dos países civilizados já está tão arraigado na consciência universal que, na grande luta armada do presente, a neutralidade, salvo em restritos e inexpressivos casos, não se manteve com a força de outros tempos. E o que é mais, vive sob a condenação dos povos empenhados solidariamente no renascimento da ordem jurídica.



³² J. M. YEPES - Op. cit., pág. 118. Para o texto integral do tratado, *Neutrality and Collective Security* (lectures on the Harris Foundation), 1936, pág. 233-239.

³³ NICOLAS POLITIS - *La neutralité et la paix*, pág. 170-171.

Altérité, dynamiques sociales et démocratie
[Alteridade, dinâmicas sociais e democracia]
 Paris, Editora LGDJ/Lextenso
 (Coleção *Droit et Société*), 2010, 227 p.*

Gilles FERRÉOL e Angelina PERALVA (coord.)

Diante dos novos riscos sociais e do aumento das reivindicações relativas à identidade, não há resposta política simples. O legislador deve, sem cessar, levar em conta a criação ou a (re)atualização das normas e medidas adaptadas à complexidade de situações em permanente mutação. A obra coletiva, aqui comentada, coordenada conjuntamente por Gilles Ferréol¹ e Angelina Peralva², permite-nos compreender melhor essas questões. Este livro resultou de uma proposta feita por juristas intelectualmente curiosos e interessados em conhecer mais profundamente os termos do debate que existe em torno do retorno à questão social³. Preocupados em expor os argumentos suscetíveis de mostrar as principais teses sobre a diversidade, a integração, a cidadania e a alteridade, Gilles Ferréol e Angelina Peralva reuniram diferentes autores que oferecem ao leitor com um salutar olhar pluralista.

Neste livro, composto de uma primeira parte histórica e de uma segunda parte voltada para 'estudos de casos', encontraremos diferentes sensibilidades que souberam combinar originalidade e rigor, e veremos que todas as contribuições integram uma mesma problemática, a da democracia imersa na modernidade. Mas, para além deste princípio de método, que lembra que a compreensão do presente exige uma volta à análise do passado, estão presentes duas preocupações maiores: uma vontade de fazer avançar o debate intelectual, e um esforço no sentido de trazer novos esclarecimentos através de abordagens empíricas pertinentes.

Em suas linhas introdutivas, Gilles Ferréol lembra que a democracia remete sempre a três significações: o modo particular de gestão dos assuntos públicos, o tratamento político das desigualdades e a consideração das trans-



* Tradução Wanda Capeller.

¹ O sociólogo Gilles Ferréol é Professor da Universidade de Franche-Comté à Besançon (gferreol@hotmail.com)

² A socióloga Angelina Peralva é Professora da Universidade de Toulouse II, Le Mirail.

³ Fala-se atualmente na Europa de um 'retorno' às questões sociais, questões que sempre foram pungentes no Brasil.

formações que aparecem no âmbito das relações sociais. Ora, a democracia é uma “narrativa sobre o viver junto e um processo social e cultural que, permanentemente, questiona esta narrativa” (p. 9). A principal dificuldade não é, então, a de sempre reforçar a coesão social ao mesmo tempo em que se deve considerar a diversidade dos grupos sociais e suas problemáticas específicas?

Foi muito perspicaz ter retornado às definições do ponto de vista filosófico. Bernard Jolibert entregou-se, assim, a um verdadeiro trabalho de “dissecação” das noções de fraternidade e de solidariedade que costumamos considerar como sinônimos. A primeira noção baseia-se numa *socialidade primária* (para retomar a expressão de Alain Caillé); a segunda encontra sua força numa *socialidade secundária*. Com efeito, se a fraternidade participa diretamente de nossa socialização e de nossa construção identitária, a solidariedade foi principalmente o objeto de uma elaboração conceitual atestando o estado de uma cultura política ambiente ou a evolução de nosso *processo de civilização*... Para além das diversidades ou singularidades culturais, não podemos entrever uma parte de humanidade que testemunhe deste processo de civilização tão bem descrito por Norbert Elias?

É o que sugere Gilles Ferréol, lembrando-nos que “se a exigência de universalismo supõe a não negação do direito à especificidade identitária, ela não pode, entretanto, aceitar a subordinação dos princípios universais de justiça ao ‘diferencialismo’ cultural” (p. 42). Os termos desta questão, uma vez presentes e definidos, serão retomados de maneira mais direta no debate entre os adeptos do multiculturalismo e os defensores de uma concepção mais abstrata de universalidade. De fato, uma tendência importante da sociologia francesa, representada por Alain Touraine ou Michel Wieviorka, sublinha a realidade de uma fragmentação das sociedades nacionais. Angelina Peralva observa, a propósito, que o “tema da *diversidade* atesta novas formas de individualismo da vida social contemporânea e da democratização das condições e das iniciativas que exigem novas formas de visibilidade da vida pública” (p. 101).

Coloca-se aqui a questão da preservação da coesão social em sociedades em permanente mutação: como reconhecer as minorias histórico-culturais? Como gerenciar os conflitos que aparecem em suas buscas de legitimação? Seria preciso substituir, por exemplo, nosso modelo republicano por um sistema político que valorize um multiculturalismo mais respeitoso do direito à diferença dos grupos sociais marginalizados? Jacqueline Costa-Lascoux não adota este ponto de vista. Segundo ela, estaremos equivocados se descartarmos a noção de integração, mesmo se a evolução recente de nosso sistema social mostra uma crescente distância entre a afirmação dos princípios de igualdade e as dificuldades de sua aplicação. A partir de uma demonstração rigorosa, a autora insiste no interesse heurístico de sairmos dessas confusões e amálgamas, na medida em que integração não é assimilação, e pluralidade (à qual nos incita toda democracia) não é multiculturalismo. Um novo contrato social deve fundar a integração, pois a indiferença, o desconhecimento e o desprezo continuam reativando os sofrimentos de um exílio ainda marcado nas memórias. Se o esquecimento é necessário, questiona Françoise Vergès, não deveria ele apoiar-se mais no reconhecimento dos fatos do que na manipulação da memória?

O segundo interesse heurístico deste livro refere-se a diferentes análises que nos levam a realidades eminentemente complexas, feitas de ambivalências, que revelam inclusive riscos de clausura. O trabalho de Rebecca Lemos Igreja expõe a maneira pela qual a revalorização das tradições dos índios, no México, apresenta uma dupla função: ajuda o reforçamento cultural dos grupos indígenas urbanizados, e permite-lhes lutar eficazmente contra todas as formas de discriminação. Um exemplo é da reapropriação dos procedimentos de direito, necessária mesmo se isso provoque inevitáveis tensões no interior de diferentes comunidades indígenas.

Esta alteridade é sublinhada por Christine Castelain-Meunier que vê, nesta nova mestiçagem identitária sexuada, onde a evolução de uma cultura somática que aproxima os gêneros, a oportunidade de sermos, ao mesmo tempo, objeto do desejo e sujeito de desejo. A demonstração de Yu-Sion Live, consagrada à pesquisa das raízes das diferentes categorias sociais da ilha da Reunião, convence-nos dos limites de uma reconstrução identitária perfeitamente artificial. Ora, esta tese é apoiada pela de Stéphanie Mulot que observa uma tendência similar na Guadalupe, lembrando-nos que seus habitantes, atualmente, dificilmente poderiam se refugiar num passado pré-colonial intacto ou isento de relações sociais de dominação.

No entanto, esta possibilidade de 'encerramento' não remete somente à mobilização dos atores sociais. Este 'fechamento' é também sistêmico, e Mehdi Alioua mostra-nos como as dificuldades acumulam-se quando os transfronteiriços do sul do Sahara se confrontam com o processo europeu de externalização das fronteiras. Esta política de externalização, que recorre sistematicamente à listagem de indivíduos e a uma proteção armada ou agressiva das fronteiras, suscita o aparecimento e o desenvolvimento de novas solidariedades transnacionais. Os poderes públicos são, então, interpelados em relação aos seus pressupostos ou postulados. Neste sentido, Mathieu Rigouste assinala a pregnância das metáforas medicinais nos discursos dos oficiais ou dos estrategistas. Essas representações tratam do risco de uma contaminação, o que necessita um constante trabalho sanitário de preservação.

De qualquer forma, o indivíduo não é sempre, e em toda parte, o mesmo. A figura do migrante atesta uma multiplicidade de parâmetros culturais e de características identitárias. Para William Berthomière e Marie-Antoinette Mily, é a política que deve tomar consciência e levar em conta esta realidade, trate-se de um aventureiro ou de um migrante detido. Esta última proposição mostra bem um movimento de balanço intelectual entre a necessidade da coesão social e a atenção dada ao processo cultural da diferença. Isso lembra toda a dificuldade em manter em tensão esses dois processos de reunião e de separação, que vão em sentido contrário, para a produção social do *viver juntos*. Não estaríamos aqui, por acaso, lidando com a dialética de Simmel da *ponte* e da *porta*?

Terminada a leitura deste livro, persiste a questão inicialmente colocada por Jacqueline Costat-Lascoux: por que querer absolutamente categorizar as identidades culturais quando é o nosso sistema democrático, em seu todo, que está em crise? Vasto questionamento que exige outros elementos de resposta, e

sobretudo novas abordagens cognitivas (do mesmo teor), pois seria uma pena parar no meio de tão bom caminho reflexivo!

Para completar uma sociologia da ação dos modos identitários, organizada coletiva e localmente, seria preciso sem dúvida imaginar uma visão englobando o peso histórico das culturas, as homologias estruturais dos funcionamentos comunitários e os encadeamentos lógicos, que devem sempre ser relacionados aos efeitos do contexto político. Mas simplesmente, este livro, concebido a partir de um pedido formulado fora das ciências sociais, atesta o interesse da abertura disciplinar e da busca de uma melhor sinergia entre ação, reflexão mútua e decisão política.

Revista JURÍDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS

1) A Revista é aberta e composta fundamentalmente de artigos resultantes de monografias, dissertações, teses e pesquisas, bem como de ensaios, resenhas, entrevistas, resumos de palestra, relatórios adaptados de pesquisa científicas e registros significativos.

2) Edições especiais podem ser publicadas e as normas abaixo poderão sofrer alterações. Números assim reconhecidos poderão passar por tratamento editorial e gráfico diferenciado.

3) Os artigos devem ser encaminhados à Equipe Editorial com 1 gravação em CD-R e 3 cópias impressas, entre 15 a 20 laudas, com 25 linhas de 70 toques, fonte Times New Roman, corpo 12, em espaço interlinear de 1,5 cm, todas as margens com 2,5 cm, em papel formato A-4. Essas dimensões incluem as referências bibliográficas completas e possíveis ilustrações. As resenhas não devem exceder a 3 laudas.

4) O artigo deverá ter o nome completo do(s) autor(es), sua formação profissional, títulos acadêmicos, cargos, nome e endereço completos da instituição a qual está(ão) vinculado(s), telefone e e-mail, dados em folha separada do corpo do artigo.

5) A primeira página do texto deverá conter:

– somente o título do artigo, sem nome(s) do(s) autor(es), constando, no máximo, 10 palavras.

– o resumo deve ter até 150 palavras.

– devem ter entre três a cinco palavras-chave, escolhidas entre aquelas que possam classificar com precisão o trabalho em pesquisa bibliográfica, para efeito de indexação.

6) Serão aceitas contribuições em português, espanhol ou inglês. Em relação à língua dos Resumos e palavras-chave, a orientação é a seguinte:

– artigo em português e inglês, o resumo e as palavras-chave só deverão ser em português e inglês.

– artigo em espanhol, o resumo e palavras-chave deverão ser em espanhol, português e inglês.

7) As notas de rodapé devem ser evitadas; quando indispensáveis, não deverão exceder a quatro linhas.

8) Os trabalhos enviados à Revista devem ser inéditos, não é permitida sua apresentação simultânea em outro periódico. A Equipe Editorial reserva-se o direito de exclusividade na publicação de artigos e similares, cabendo avaliar as exceções. O copyright dos artigos publicados pertence a seus autores e os direitos autorais de cada edição pertencem à *Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*; portanto, caso os autores do artigo queiram republicá-los em coletâneas ou outros periódicos, solicita-se obrigatoriamente mencionar a primeira publicação na *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*

9) As colaborações não encomendadas são encaminhadas à Equipe Editorial a quem cabe recomendar a publicação. Quando da não coincidência de avaliações, o artigo será submetido a outro terceiro parecerista. A Equipe Editorial da Revista poderá sugerir aos autores modificações.

10) Os originais enviados à Revista serão considerados definitivos. Os originais não aprovados serão inutilizados e a Equipe Editorial se compromete, ainda, a enviar resposta, positiva ou negativa, por e-mail e/ou diretamente ao(s) seu(s) autor(es). A simples remessa de originais à revista implica a autorização para publicações. Será assegurado o anonimato para os autores no processo de avaliação e aos pareceristas sobre sua avaliação, em qualquer circunstância.

11) Réplicas e comentários sobre os artigos publicados são do interesse da Revista e, se aceitos para publicação, serão enviados aos autores para conhecimento prévio às publicações e para direito a réplicas, preferencialmente no mesmo número.

12) Os artigos publicados farão jus a um exemplar da Revista, que será enviado pelo Comitê Editorial.

13) Não serão pagos direitos autorais.

14) Não serão publicados artigos que atentem contra a ética profissional, que emitam preconceitos de qualquer natureza ou pontos de vista incompatíveis com a Linha Editorial da Revista.

15) Os artigos e similares devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e devem ser entregues à Revista, revisados segundo as regras gramaticais vigentes.

CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O conteúdo dos artigos, incluindo suas citações e referências, entregues pelos autores à Revista para publicação, são de responsabilidade dos seus respectivos autores.

Citações (Segundo a NBR/Agosto de 2002):

– As citações devem seguir a orientação autor-data;
– Citação de até 3 linhas: dentro do corpo do texto, entre aspas, fonte igual à do texto.

– Citação de mais de 3 linhas: fora do corpo do texto, fonte 11, recuada para a linha do parágrafo, sem aspas, ou qualquer outro destaque, espaçamento interlinear simples, margem direita igual à do texto.

– Nome do autor, para os dois casos acima:

a) no corpo do texto (grafia normal para nomes próprios). Exemplo: Segundo Costa (2002, p. 39), “A sociedade civil (...)”.

b) entre parênteses, em caixa alta. Exemplo: “A sociedade civil (...)” (COSTA, 2002, p. 39).

Referências Bibliográficas (serão obrigatórias e só devem ser feitas da bibliografia efetivamente citada no artigo ou similar)

Exemplos:

a) Para livros (obra completa):

ROCHA, C. L. A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BITTAR, E. C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.

b) Para capítulo de livro:

MORAES, L. C. S. de. Competência legislativa. In: *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 2, p.54-68.

MACHADO, A. M. O. O estágio de estudantes: oportunidade de aprendizado ou porta aberta para a fraude aos direitos trabalhistas?. In: Gilberto Stürmer. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-32.

c) Para periódicos – revistas:

TÁCITO, C. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

d) Para dissertações/teses:

DEMARCHI, C. *Medida liminar em mandado de segurança no Direito Educacional*. Itajaí, Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, 1998.

e) Para jornais:

DAMOUS, D. E quem vai nos defender? *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 de fev., 2007. Tema em debate, Caderno 1, seção Opinião, p. 7.

f) Para meio eletrônico:

Reestruturação do curso jurídico em função da realidade social contemporânea do país. Disponível em: <http://metodocaso.blogspot.com> Acesso em: 7 dez. 2006.