

Constitucionalismo, direitos fundamentais e estado de direito na Índia contemporânea: análise da literatura constitucional indiana e suas variantes no contexto de uma jurisdição constitucional ativista¹

Constitutionalism, fundamental rights, and rule of law in contemporary India: analysis of the Indian constitutional scholarship and its variations in the context of an activist constitutional jurisdiction

Diva Julia Safe Coelho*

Universidade Federal de Goiás, Goiás – GO, Brasil

Saulo de Oliveira Pinto Coelho**

Universidade Federal de Goiás, Goiânia – GO, Brasil

Ricardo Martins Spindola Diniz***

University of Luxembourg, Luxemburgo

1. Introdução

O presente artigo relata pesquisa direcionada à compreensão das características do constitucionalismo indiano contemporâneo, quanto à sua relação

¹ Artigo produzido com apoio financeiro do PPGDP-UFG por meio das instituições conveniadas.

* Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás. Realizou Estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal de Uberlândia. Professora adjunta da Universidade Federal de Goiás, Regional Cidade de Goiás. E-mail: diva.julia@hotmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Estágio Pós-Doutoral na Universidade de Barcelona. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. E-mail: saulopintocoelho@yahoo.com.br.

*** Doutorando em Direito pela University of Luxembourg. Mestre Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: ricardo.ms.diniz@gmail.com.

com a ideia de estado de direito, de direitos humanos e fundamentais, bem como com sua própria cultura tradicional pregressa e os desafios atuais do modelo constitucional indiano para a efetivação de direitos.

Buscou-se compreender, a partir da própria literatura constitucional indiana, quais são as variáveis de abordagem dos problemas centrais que dominam o debate constitucional.

A República da Índia é considerada a segunda nação mais populosa do mundo e ocupa o sétimo maior território do mundo. Com uma riqueza cultural ímpar, e um recente crescimento e desenvolvimento econômico e tecnológico, a Índia ocupa o *status* de uma grande potência emergente. É nesse cenário que se buscou analisar as nuances do constitucionalismo indiano contemporâneo e verificar, desde uma perspectiva de confrontação entre discurso normativo e dos discursos intelectuais, o papel dos direitos humanos e fundamentais nessa nação. Para lograr a feitura desse intento, devemos esclarecer que se evitaram análises comparativas superficiais e, geralmente, equivocadas, no sentido de impor, a partir de uma pré-compreensão calcada na cultura jurídica brasileira, uma interpretação de outro sistema com tantas particularidades próprias como é o sistema jurídico indiano; buscou-se evitar fazer interpretações ocidentais da Índia, como preconiza Amartya Sen². Quer-se compreender a linguagem constitucional indiana, buscando dialogicamente apreendê-la, na medida em que a própria Índia oferta elementos e fatores para a seu entendimento.

Com efeito, não se poderia proceder a essa análise sem antes abordar alguns tópicos importantes sobre cultura, religião, tradição e costumes na formação da normatividade indiana. Afinal, uma das questões aqui propostas é analisar a importante relevância dos costumes e das tradições indianas e verificar até que ponto permeiam o debate constitucional atual, bem como preponderam, na prática cotidiana, em detrimento dos direitos institucionalmente normatizados. Trata-se de entender os problemas de inefetividade dos direitos na experiência constitucional indiana e para tal é preciso compreender a tensão entre cultura tradicional e constitucionalismo de base ocidental na Índia.

Ademais, como se verá, constatou-se que a linguagem intelectual do direito constitucional indiano se pauta numa centralidade, nas investigações e debates acadêmicos, da Suprema Corte da Índia e de sua prática, re-

2 SEN, 2007.

sultado, dentre outros motivos, da postura ativista adotada pela Corte em função do contexto e existências de uma constituição de 1950, num modelo de *common law*, a perdurar no tempo, num país marcado por desigualdades sociais. Para o mapeamento dessa discussão, recorreu-se à análise de uma diversificada amostragem da produção jurídico-acadêmica indiana. Da amostragem construída acerca da literatura constitucionalista indiana, concluiu-se que essa tendência de enfoque se desdobra em diferentes abordagens, que transitam entre posturas laudatórias e posturas críticas, com respeito à centralidade da construção judicial das bases de proteção e promoção dos direitos no Estado constitucional indiano contemporâneo e dos problemas daí decorrentes.

Por se tratar, a partir do conhecimento dos autores, do primeiro artigo em português dedicado a cartografar a autocompreensão subjacente e operativa da linguagem intelectual do direito constitucional indiano, a motivação ou fundamento para esse esforço investigativo se encontra na noção de diferencialismo, desenvolvida por Pierre Legrand. Tal noção traduz algo que deveria engendrar, na verdade, qualquer intento comparativo. Assumindo que toda a metafórica dos transplantes de sistemas ou modelos jurídicos tem uma compreensão abstrata e acultural do direito, compreensão que contraria aquela da equipagem conceitual empregada neste texto, a qual apresenta o direito como experiência³, e que é essa mesma metafórica que parece render, equivocadamente, o direito comparado como um instrumento para buscar soluções a nível de estrutura ou função em institutos e instituições jurídicas estrangeiros violentamente enquadrados como equivalentes àqueles institutos ou instituições locais que se quer transformar, o presente artigo se lança ao seu intento comparativo buscando na experiência estrangeira elementos para desoperacionalizar a autocompreensão do direito local que aparece como situação hermenêutica dos autores, ao invés de buscar no outro soluções para reforçar e preservar essa autocompreensão. Admitindo, ainda, que um grau de instrumentalidade se faz sempre presente, quer-se que essa seja a menor instrumentalização possível, ainda na esteira de Legrand⁴.

3 Para uma elaboração desse marco teórico, ver COELHO, 2017.

4 Ver: LEGRAND, 2011. Para uma outra articulação da motivação comparativista, GINGSBURG, 2010.

Outrossim, parece inegável que, política e economicamente, coordenadas que podem ser apreendidas enquanto vetores da cultura que forma uma e outra experiência, isso é, a indiana e a brasileira, um e outro direitos constitucionais se constituem em contextos de hipercomplexidade, tipologicamente apreensíveis como de modernidade periférica ou tardia, com padrões de desigualdade e inclusão social aproximados entre si e radicalmente diferentes dos contextos centrais de emergência do constitucionalismo social e pós-social. Essa proximidade (constitucionalismos periféricos do sul global, em países com dimensão continental, hipercomplexidade e desigualdade social estrutural) suscita um maior potencial de radicalidade na diversidade das conjunturas que suscitam ao significado o direito-mundo outro e, assim, um maior potencial de inflexão para o nosso próprio direito-mundo.

Essa questão acaba por desaguar também na metodologia empregada. Seja em razão de sua abordagem teórica do fenômeno jurídico adotada, seja em razão do estado da arte da literatura comparativa brasileira, quanto à experiência jurídico-constitucional indiana, a investigação assume caráter exploratório e teve como critério de seleção de sua amostragem (isto é, o arquivo constituído para interpretação quanto a autocompreensão do constitucionalismo expressa no discurso intelectual jurídico indiano) algo análogo àquilo que se indica, no contexto de investigações pautadas no entendimento e não na compreensão, como “amostragem por bola de neve” (*snowball sampling*). Essa técnica direcionou a textualidade da presente investigação no sentido de que, da leitura inicial dos textos encontrados em publicações de editores renomadas acerca do direito indiano, como *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, identificou-se uma série de outros textos, referenciados nessas publicações, os quais também foram objeto de análise para seleção do arquivo da pesquisa. Igualmente, identificou-se, da multitude de publicações, determinados eventos e eixos estruturais e funcionais, passando-se a buscar, em múltiplas plataformas indexadoras, por contribuições que se voltassem tanto à reflexão a nível jurídico constitucional desses eventos, tal qual o período de emergência, ou a virada ativista da Suprema Corte Indiana, quanto à elaboração desses eixos de abordagem, a nível jurídico-dogmático, como no caso da centralidade da dignidade humana inscrita textualmente no art. 21 da Constituição indiana para a estruturação dos direitos fundamentais nesse contexto.

2. Formação da cultura constitucional indiana entre a normatividade tradicional e a experiência colonial

A continuidade de múltiplas tradições de longa duração, permeadas por um histórico de conflitos e de convivências, subjaz, engendra, e por vezes se tenciona com um dos cerne do projeto da Índia como nação contemporânea (argumentavelmente inventada por Gandhi e descoberta por Nehru, nas palavras de Baxi⁵), qual seja, a de uma cidadania e de uma identidade autonomamente indianas. Por se tratar de dimensão que se reconfigura como importante questão ligada à unidade política indiana, de todo atinente, afinal, à problemática do direito constitucional deste país, se faz necessária uma breve recapitulação (necessariamente incompleta) das normatividades tradicionais que acompanham e conformam a história da Índia, com destaque para o contraponto mais ressaltado nesse amalgama, o dualismo entre hinduísmo e o islamismo.

2.1 As características normativas da base tradicional hinduísta

O hinduísmo é caracterizado por ser complexo, contraditório (sem qualquer sentido pejorativo nisso), multifacetado, não sendo visto somente como uma religião, mas também como uma cosmovisão que abrange e normatiza áreas tais quais Estado, medicina, direito e outras, nessa cultura tradicional.

As principais obras do hinduísmo clássico são as *Samhitas*, os quatro *Vedas*, as *Brahmanas* e os livros derivados dos ensinamentos de gurus, especificamente os *Aranyakas* e os *Upanishadas*⁶. Estes últimos são considerados somente especulações a partir dos *Vedas*⁷. De todo modo, a normatividade hindu tem seu centro no conceito de *Dharma*⁸, que gravita em torno da noção de obrigações, com suas regras indicando como cada membro da comunidade deve se portar, de acordo com sua casta, sexo e etapa da vida, ou das sucessivas vidas, de modo que os erros cometidos em uma

5 BAXI, 2006, p. XV.

6 “En los *Upanishadas* está la sustancia gnoseológica que contiene la clave del *Veda* (Alto Conocimiento), es decir la búsqueda del conocimiento para escapar del *samsara* (o cadena de renacimientos)” (MELITÓN, s/d, p. 4).

7 SEN, 2007, p. 26.

8 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358.

vida implicarão o retorno em uma próxima para que sejam compensados ou superados⁹.

Religião, cosmovisão e normatividade estão imbricadas nos textos sagrados hindus. Exemplo disso são os quatro livros sagrados dos *Veda*: *Rigveda*, *Yajurveda*, *Samaveda* e *Atharvaveda*. O revelado em cada livro fornece o alicerce para a vida dos hindus tradicionais, desde uma análise eminentemente religiosa, centrada no arraigamento de valores baseados em uma crença que afere uma “estreita ligação entre o indivíduo e a família, o clã, a sociedade e o próprio universo que o rodeiam, que é a chave para a compreensão do Hinduísmo”¹⁰.

Esses traços característicos também estão nas *smritis*¹¹, denominadas *Dharmasutras* e *Dharmasatras*, que contêm um arcabouço de condutas morais que devem ser respeitadas pelos hindus, de acordo com sua “condição social e espiritual”. Dentre os textos denominados *Dharmasatras* o mais notável é o *Código de Manu*, considerado “obra fundamental do Direito hindu”. Sua origem se remete aos séculos II e III d.C, o que o torna “uma das codificações mais duradouras da História da Humanidade”¹². Os *Dharmasutras* e *Dharmasatras* deixaram de ser atualizados no século VIII. A partir daí, a função de sistematizar e interpretar traduções já compiladas ficou a cargo de sábios dedicados a tanto. Por conseguinte, surgiram os *Nibandhas*¹³, que as complementavam e davam sentido e aplicabilidade nos novos tempos e contextos. Durante a colonização britânica, os *Nibandhas* foram de grande valia para os juízes ingleses na aplicação do direito na Índia. Não obstante, essas compilações não poderiam, para os hindus, ser considerados fontes de Direito “na medida em que as opiniões neles formuladas não vinculam a jurisdição”, não geram precedentes¹⁴.

9 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358.

10 VICENTE, 2012, p. 433.

11 MELITÓN, s/d, p. 6.

12 VICENTE, 2012, p. 430.

13 “Os preceitos ou normas de conduta religiosas, morais e jurídicas constam do livro *Dharmasatras*, os quais contêm os ensinamentos dos sábios da tradição hindu chamado *Smṛti*, dos quais os mais conhecidos são: *Manu*; *Yajñalkaya* e *Nibandhas Narada*. Os comentários desses livros são escritos em sânscrito, exclusivamente por juristas. Nenhum deles pode ser catalogado ou qualificado como código e muito menos como um conjunto de leis. A autoridade desses livros advém dos laços que os prendem aos livros sagrados, contemplados como os únicos que contêm a Verdade Revelada”. CAMPOS NETO, 2009, p. 86.

14 VICENTE, 2012, p. 433.

Com o desenrolar de uma complexa digressão de diferenciações normativas, tem-se como resultado que normatividade tradicional hindu estrutura e espelha uma sociedade de castas: Brâmanes (sacerdotes), Chatrias (guerreiros); Vaisias (lavradores); Sudras (trabalhadores); e os Párias (“intocáveis”) considerados sem casta. Essas eram as divisões principais, dentre uma plêiade delas e outras tantas subdivisões. Em que pese seu antagonismo com as balizas constitucionais contemporâneas da Índia, essa divisão ainda perdura nos dias atuais, em muitos aspectos do cotidiano indiano, tratando-se, nas palavras de Kanshi Han, do mais grave desafio para a concretização da democracia na Índia.

Os considerados “intocáveis” (sem casta ou párias), portanto, foram e continuam sendo a classe mais explorada na Índia, sendo equiparados em termos de humilhações e abusos, aos escravos, com sua exclusão se estendendo mesmo à utilização de águas comunais e à educação de seus filhos que, na prática, são ainda, em diversas regiões tradicionais do interior do país, proibidos de frequentar escolas, voltadas para outras castas¹⁵.

2.2 O uno contra o múltiplo: a presença islâmica na cultura indiana

Na Índia medieval, o período da invasão islâmica iniciou-se entre 1191 e 1192, quando tropas turco-afegãs invadiram a Índia. O sultanato muçulmano perdurou de 1206 até 1526, quando teve seu fim com o início do período das Dinastias Mongóis. O período histórico de domínio do poder teocrático islâmico na Índia pode ser dividido, então, em dois momentos principais: o primeiro denominado “Sultanato de Délhi” (1206-1526); e o segundo conhecido como “Império Mongol” (1526-1858).

O choque cultural provocado pela invasão islâmica e pela consequente imposição de questões religiosas, políticas e culturais trouxe a violência de maneira particularmente marcante para o cenário histórico indiano. Sofia e Tressiamma¹⁶ afirmam que o encontro dos mundos islâmico e hindu foi marcado por perseguições e violência, em uma luta por penetração e consolidação em torno da supremacia sobre o território e as consequências daí advindas.

15 CAMPOS NETO, 2009, p. 84.

16 SOFIA; THRESIAMMA, 2009, p. 73.

O “Sultanato de Délhi” perdurou por trezentos anos. Nesse período, foram as Dinastias Islâmicas que permaneceram no poder e, apesar de serem consideradas de curta duração, frente à longevidade da tradição hindu, conseguiram conquistar grandes territórios para o que posteriormente viria a ser a Índia. Isso posteriormente se intensificaria com o domínio mongol, tão intenso que fitou com implementar a uniformidade da normatividade no território dominado, chegando à decretação de uma única cidadania para todo o império¹⁷. Assim, mesmo sobrevivendo como cultura milenar, a complexa normatividade hindu passou a coexistir com a normatividade mulçumana na história da Índia.

As imposições do direito muçulmano e os grandes choques culturais provenientes das invasões às quais a Índia foi submetida ainda podem ser notados. De certa maneira, integraram-se na cultura indiana. O hinduísmo, múltiplo e complexo, consegue conviver com localismos, tradições autóctones e convivências inter-religiosas. O mesmo, porém, não se pode dizer do islamismo, sem maiores complicações. Esses contrastes aos quais nos referimos tornam-se notáveis mesmo muito tempo depois da dominação islâmica, já na Índia independente. Em paralelo, são facilmente perceptíveis as influências do direito islâmico no direito hindu, bem como a verdade da afirmação de que o direito islâmico está presente no direito indiano atual. Um exemplo disso é o fato de que o direito islâmico, ao fazer parte do corpus normativo da Índia, “*se enseña en las facultades y escuelas de derecho y se aplica, en lo que concierne al derecho de las personas, a aproximadamente 115 millones de habitantes*”¹⁸.

Por fim, cabe ressaltar que a introdução da cultura jurídico-religiosa islâmica na normativa hindu vigente na Índia gerou questões contrastantes e por vezes incompatíveis, ao mesmo tempo em que, entretanto, a evolução de ambos os sistemas normativos apresentou certas correspondências estruturais. Exemplo de tanto diz respeito ao paralelismo no tocante às fontes normativas, sendo a revelação (*Veda*), a tradição (*Smrti*), as opiniões e as interpretações dos sábios (*Nibandha* e comentários) na normatividade bramânica, e a revelação do Corão, a tradição na *suna*, o consenso dos sábios na *ijma* e as interpretações no *qiyas*, conforme pontua Mario Losano¹⁹.

17 SOFIA; THRESSIAMMA, 2009, p. 74.

18 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 361.

19 LOSANO, 2007, p. 478.

Até este ponto, vimos o processo coexistência do direito indo-islâmico aplicado na Índia durante o domínio do Islã. Com a colonização inglesa, a *Common Law* se soma a esse complexo normativo, dando-se, a partir daí, a experiência de modernização (ocidentalizante) e sua peculiar relação com a normatividade tradicional indiana.

2.3 A construção do direito moderno indiano na experiência colonial de *Common Law*

A Companhia das Índias Orientais estabeleceu sua primeira base em 1612, mas somente no início do Século XIX a Inglaterra conseguiu conquistar uma fronteira estratégica que tornava sua ocupação mais manejável. A Companhia realizou atividades administrativas e judiciárias na Índia até 1858, quando o controle da Índia foi passado para a Coroa Britânica, o qual perdurou até a independência, no pós-Guerra.

Primeiramente, “a tendência dos ingleses foi de restringir progressivamente o âmbito dos direitos bramânico e islâmico”²⁰. Nesse início, a aplicação do Direito Hindu pelos juízes ingleses foi no mínimo conturbada, vez que se utilizavam de textos sagrados do hinduísmo como base legal para a aplicação do direito, com total imprecisão, pois lhes faltam a base da tradição hindu a complementar a leitura do texto, já suficientemente complicada em razão dos problemas de tradução, e da diversidade de grupos sociais, castas e variações religiosas.

Na busca por facilitar a aplicação do direito, utilizou-se a figura dos *pundits* para auxiliar os juízes ingleses, como peritos para interpretação dos *Dharmasatras* e *Nibandhas*. O resultado dessa ajuda interpretativa acabou por somente atribuir ao juiz o papel de dar força de lei ao que fosse determinado por esses peritos.

Ademais, soma-se à complexidade do processo de aplicação do direito na Índia o fato de que os *Dharmasatras* foram compostos por proposições que visavam uma normatividade ideal, compreendidos como uma espécie de meta a ser alcançada e não como uma obrigação de pronto exigível, aos moldes da normatividade ocidental projetada como no *rule of law*. Ou seja, seu conteúdo contemplava o que seria considerado o ideal para as diversas situações, e assim adaptável aos diversos contextos. Então, a interpretação

20 LOSANO, 2007, p. 480.

feita pelos *pundits* dos casos em concreto, tornando normas de direito os escritos religiosos modelares do hinduismo, acabou gerando decisões que desvirtuavam essa normatividade, sobretudo porque simplificadoras da sua complexidade circunstancial e conjectural.

Para tornar mais coerente a aplicação da normativa indiana e as respectivas decisões dos juízes britânicos foi solicitada a tradução das partes relevantes dos livros do *Dharma* para o inglês. Ademais, foi solicitada a feitura de compilações das jurisprudências pertinentes ao direito hindu, então construídas pelos *pundits*, e a sua tradução para a língua inglesa. Assim, começou o processo de consolidação da interpretação do Direito Hindu pela técnica dos precedentes.

Quando, porém, a normatividade tradicional indiana não conseguia dar uma resposta coerente, na ótica ocidental, os juízes decidiam de acordo com os critérios de “*justice, equity and good conscience*”, o que se fazia frequentemente com referência ao direito inglês²¹. As alterações sofridas pela normatividade hindu, portanto, partiram também da necessidade dos ingleses de terem o domínio dos termos utilizados dentro dos procedimentos judiciais – posta a existência de termos que não possuíam correspondente na língua inglesa, fazendo com que o processo de compreensão e aplicação do direito fossem necessariamente baseados em uma compreensão parcial do caso em análise por parte dos juízes ingleses. Com efeito e por derradeiro, podemos constatar que foi conferida superior importância aos precedentes judiciais, antes inimagináveis na normatividade tradicional hindu.

Não obstante, importa notar que a aproximação forçada entre a normatividade hindu e o sistema de precedentes “tornou-se cada vez mais forte e os tribunais indianos tiveram os tribunais ingleses como modelo de funcionamento” a partir da metade do século XIX²².

3. Os direitos fundamentais na Constituição Indiana: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

A atual Constituição da República Democrática da Índia foi aprovada pela Assembleia Constituinte em 26 de novembro 1949 e entrou em vigor em

21 VICENTE, 2012, p. 481.

22 VICENTE, 2012, p. 483.

26 de janeiro de 1950. A elaboração do texto constitucional durou cerca de cinco anos e contou com as assinaturas de muitos membros fundadores da República da Índia²³. Esses redatores tinham por escopo discursivo “garantir a *unidade e a democracia e criar uma revolução social*”²⁴, no qual a garantia dos direitos humanos aparecia com bastante preeminência, especialmente ao se considerar o contexto para o qual se voltava a projeção de completa transformação social, entrecortado por uma pluralidade de minorias étnicas historicamente oprimidas – fatores uns e outros que informaram assim a decisão por uma constituição formal.

Apesar do vanguardismo da Constituição da Índia para sua época, a normatividade indiana atual ainda vive a forte dualidade entre a normatividade hindu tradicional e o modelo constitucional de Direito, calcado nos direitos fundamentais como núcleo e razão-de-ser do sistema normativo. O caminho a ser percorrido ainda é longo e, apesar da abertura para diálogos no âmbito internacional, a Índia contemporânea ainda carece muito de apoio dos poderes institucionais, para garantir, de modo efetivo, o cumprimento dos direitos humanos-fundamentais, problema que se coloca juridicamente, em alguma medida, nas tensões e choques entre a multiplicidade de fontes que compõem a realidade efetiva da normatividade jurídica indiana.

Quanto à normatividade tradicional ainda presente, destacam-se não apenas as normas religiosas, mas também a forte e estruturada presença dos costumes. Essa herança costumeira, ainda praticada na atualidade, muitas vezes choca com preceitos constitucionais importantes.

Ressalte-se que, na própria normatividade tradicional, os costumes em geral prevalecem sobre o *Dharma*. A fundamentação para a prevalência consiste em que esse possui um modelo ideal com maior alcance nas castas consideradas superiores. Os *dharmasastras* são mais exigíveis, nesse sentido, dos brahmanes, que das demais castas, mais afeitas às adaptações e padronizações costumeiras. Ademais, a análise da conformidade com os *sastras* e os costumes não é pautada em precedentes, na cultura tradicional indiana. Os *Panchayat*, conselhos que podiam ser compostos dentro de

23 Dentre eles podemos destacar um grande líder dos “intocáveis” na Índia, Ambedkar “tinha sido Ministro da Justiça no primeiro governo da Índia independente e participara da redação da Constituição do país”. NAIPAUL, 1997, p. 8.

24 BALAKRISHNAN, 2008.

uma casta ou mesmo dentro de uma aldeia, decidiam por critérios peculiares às suas tradições locais²⁵.

Em paralelo, atualmente, os tribunais superiores indianos emitem decisões que passam a abrir precedentes e, por sua vez, vinculam as decisões de mesma matéria, sendo, inclusive, desnecessário o recurso às fontes originárias das normatividades tradicionais, em razão da força substitutiva do precedente, típico da *common law*.

O conflito entre normatividade constitucional e normatividade tradicional é por vezes patente, com essa realidade escapando mesmo aos intensos processos de reforma e reestruturação²⁶. Em que pese isso, o sistema constitucional indiano propugna pela supremacia da constituição por meio de um estruturado sistema de controle de constitucionalidade que, em tese, quando se trata de proteger direitos fundamentais, sujeita tanto as normas estatais ordinárias quanto as normatividades tradicionais. Nesse sentido, o disposto no artigo 13, parágrafo primeiro, estabelece que qualquer norma incompatível com os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional deve ser considerada nula na medida da sua incompatibilidade.

Outro avanço, a nível internacional, foi a subsequente adesão pela Índia aos pactos internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), notadamente o pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A esse respeito, Bakshi considera que a Índia construiu um desenvolvimento institucional mais intenso no campo dos direitos humanos por haver participado fortemente da evolução do sistema de tratados internacionais multilaterais a esse respeito²⁷.

Voltando à Constituição, o artigo 14 dispõe sobre a igualdade perante a lei. A esse respeito, a Constituição estabelece que: “*El Estado no negará a persona alguna la igualdad ante la ley o la igual protección de las leyes dentro del territorio de la India*”. Está presente desde o preâmbulo da Constituição,

25 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 360.

26 Nesse estado de coisas, e frente a dualidade entre *common law* e as práticas locais tradicionais, foi proposto pelo Parlamento a produção uma codificação total do Direito Hindu, o que foi considerado como uma “subversão do hinduísmo”. Apesar disso, em 1955 foram adotados quatro leis que formavam o *The Hindu Code: The Hindu Marriage Act* (1955), *The Hindi Minority and Guardianship Act* (1956), *The Hindu Adoption and Maintenance Act* (1956), *The Hindu Succession Act* (1956, alterado em 2005). Essas leis estabeleceram o direito hindu reformado aplicado ainda hoje na Índia.

27 BAKSHI, 2013, p. 29.

o discurso de “*igualdad de status e de oportunidades, y que esse articulo es una manifestación de ese principio en el texto constitucional*”²⁸.

Os efeitos da busca por igualdade e por liberdade na Índia, e a demanda pela efetivação das garantias desses direitos, são sobremaneira relevantes na problemática constitucional indiana. A igualdade perante a lei e a proibição de discriminação por razão de religião, raça, casta ou sexo, são duas das mais importantes transformações nomológicas do direito indiano, em detrimento do direito hindu tradicional. A Constituição permite potencialmente o “tratamento diferenciado” afirmativo dos segmentos historicamente marginalizados, “que passaram a ser conhecidos como *Scheduled Castes* (SC) – castas específicas e *Scheduled Tribes* (ST) – tribos específicas”²⁹.

Vinculada à problemática da igualdade, a discriminação da mulher é um tema que tem um impacto considerável no país. Mesmo com a atualização da normativa vigente, que proíbe a seleção gestacional em razão do sexo, ainda é considerada uma prática recorrente na Índia o “descarte” de bebês do sexo feminino. Somando-se a esse problema temos, por um lado, o direito indiano proibindo o matrimônio de menores de idade, principalmente do sexo feminino, e por outro lado, a existência de uma prática antiga de se fazerem arranjos para matrimônio de mulheres menores de idade. Ademais, o texto constitucional indiano dispõe que a maioria de se alcança com 21 anos para mulheres e 18 para homens, uma distinção que não parece encontrar sentido num Estado democrático de direito. Ainda assim, a Constituição indiana representa um avanço na Índia quanto ao tema, porém ainda preservando diferenciações arraigadas na cultura tradicional³⁰.

Na realidade social indiana, as possibilidades de uma criança do sexo feminino conseguir ser escolarizada ou, quando se tornar adulta, conseguir seguir uma carreira pública ou privada, continuam menores. Isso se dá pela ideia de que homens e mulheres têm competências muito distintas. Essa ideia sobreviveu durante séculos até os dias atuais em muitos lugares do mundo e na Índia³¹.

28 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 30.

29 BALAKRISHNAN, 2008.

30 FRANCAVILLA, 2012, p. 28.

31 SEN, 2007, pp. 280-281.

O artigo 15 da Constituição indiana dispõe exatamente sobre a “*prohibición de la discriminación por causa de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento*”³². Estudiosos do direito constitucional indiano destacam a atuação dos tribunais no sentido de afirmar os direitos fundamentais e penalizar discriminações, notadamente em relação à mulher. Essa foi considerada uma conquista importante para o avanço da efetividade dos direitos fundamentais na Índia. Tornou-se paradigmática uma decisão do Tribunal na qual “*el acoso sexual de las mujeres trabajadoras equivale a una violación de los derechos garantizados por los artículos 14,15 y 16 (igualdad y dignidad)*”³³. Não obstante, a discriminação persiste e é de fundo religioso e costumeiro, agredindo a própria efetividade do texto constitucional. Isso ocorre sobremaneira nas comunidades rurais onde o acesso à informação e a presença do poder judiciário oficial são precários.

Outra questão que afeta a população indiana é a discriminação por casta. A normativa atual inovou nesse sentido, com a abolição jurídica da intocabilidade, no artigo 17: “*queda abolida la ‘Intocabilidad’ y se prohíbe su práctica en cualquier forma. La imposición de cualquier incapacidad derivada de la ‘Intocabilidad’ constituirá un delito penado de acuerdo con la ley*”³⁴. Mas, também a esse respeito, os contrastes entre a normativa constitucional indiana e a realidade social são notórios.

Amartya Sen analisa a situação pós-constitucional sobre a desigualdade entre as castas e sobre a desigualdade de gênero, e enumera os termos dessa desigualdade da seguinte maneira: “1) *desigualdad en la supervivencia*; 2) *desigualdad en la natalidad*; 3) *servicios desiguales*; 4) *desigualdad en la propiedad*; 5) *reparto desigual de los beneficios y las tareas de la casa*, y 6) *violencia doméstica y victimización física*”³⁵. Para Sen, as desigualdades cultural, social e de gênero são um problema mundial, não somente indiano, mas, na Índia, Sen reconhece que há problemas peculiares e graves quanto a essas questões³⁶.

Avançando no texto constitucional indiano, o artigo 21 dispõe sobre a proteção da vida e da liberdade, estabelecendo que “somente a lei pode

32 BAKSHI, 2013, p. 49.

33 BAKSHI, 2013, p. 52.

34 BAKSHI, 2013, p. 59.

35 SEN, 2007, pp. 271-272.

36 SEN, 2007, pp. 271-272.

criar exceções a essa proteção”. Quanto ao direito à vida, o entendimento do Tribunal Supremo da Índia sobre o dispositivo é o seguinte:

*El Tribunal Supremo en P. Nalla Thampi v. Union of India, convirtió efectivamente este derecho fundamental en un depósito de varios derechos humanos. Así, incluye: (a) El Derecho a vivir con dignidad humana; (b) El derecho a un medio ambiente saludable, entre otros*³⁷.

Trata-se de típico exemplo de como, por meio da jurisdição constitucional, a jurisprudência indiana assume a tarefa de atualizar a Constituição, datada de 1949.

Em uma análise geral sobre a proteção de direitos fundamentais no sistema constitucional indiano, corroboramos com o entendimento de Agrawal, segundo o qual a Índia alcançou um nível formal satisfatório de reconhecimento normativo de direitos de dignidade e previsão normativa e institucional de instrumentos de garantia desses direitos. Porém, como país emergente e em desenvolvimento, os problemas de efetivação desses direitos e garantias ainda são significativos. Ademais, concordamos com a seguinte análise de Agrawal³⁸, para quem parte significativa dos direitos humano-fundamentais positivados no texto constitucional já se encontram virtualmente à disposição do povo indiano, ainda que, por vezes, em razão de interpretações extensivas realizadas pela corte constitucional. Mas, daí, surge o problema de que muitos desses direitos acabam não sendo fruídos pela maioria da população pobre, composta por um número significativo de pessoas analfabetas e miseráveis, fatores que se complementam à falta de uma aplicação efetiva do texto constitucional por parte das autoridades mais próximas das realidades locais, como a polícia, os gestores públicos, juízes de primeira instância e agentes políticos, que seriam responsáveis, segundo Agrawal, por parte significativa das violações dos direitos humanos em Índia, com o mesmo peso dos tradicionalismo religiosos e costumeiro.

Mesmo temperando a posição extremada de Agrawal, considera-se que a Índia ainda padece de um grau significado de bipolaridade dissociativa entre o momento de declaração e o de efetivação dos direitos na sua experiência jurídico-política atual (questão que se assemelha muito ao problema constitucional nuclear do Brasil).

37 BAKSHI, 2013, p. 95.

38 AGRAWAL, 2001.

4. As discrepâncias ao nível do discurso erudito indiano: direitos fundamentais e dignidade nos diferentes olhares do constitucionalismo indiano

4.1 Os caminhos do pensamento constitucional indiano contemporâneo: a centralidade da construção jurisdicional no debate jurídico da Índia

Pode-se dizer que é ponto quase pacífico no pensamento indiano dedicado a entender a experiência constitucional do país a ideia de que o país se destaca como uma vívida e ascendente democracia, com uma tradição constitucional contemporânea que se estende por cerca de 60 anos. Não obstante os sérios e profundos problemas sociais e econômicos que atravessam, por vezes estruturalmente, a sociedade indiana, há um otimismo considerável, ao menos por parte da comunidade jurídica, voltado especialmente para a Constituição indiana de 1950 e, em certa medida, para a Suprema Corte da Índia, especificamente após o chamado “período de emergência”, com o final dos anos 70 e início dos anos 80. Parece haver um consenso de que foi em razão da experiência indiana com o autoritarismo recente, bem como do envolvimento da Suprema Corte nas práticas que Upendra Baxi classifica como ditatoriais da então Primeira-Ministra Indira Nehru Gandhi, que a mais alta Corte do país abandonou sua postura inicial (taxada generalizadamente como positivista e deferente em relação aos poderes executivo e legislativo), para uma atitude mais “social” e em alguma medida construtivista.

O que todos os autores analisados neste trabalho parecem concordar é que a Corte passou a atuar, nos tempos mais recentes, segundo uma lógica de “ativismo judicial”, impulsionada em grande medida pela cultura de “litígios de interesse público” – na terminologia emprestada do debate americano –, ou de “ações constitucionais sociais” – na terminologia utilizada por Upendra Baxi. De fato, a produção jurídico-dogmática dos constitucionalistas indianos está quase que inteiramente voltada para a casuística da Suprema Corte. Para alguns, o artigo 21 da Constituição representa o *locus* enunciativo do direito à dignidade e, hoje, o “coração” e a “alma” da Constituição, texto central por meio do qual, aliado aos mecanismos mais diversos, a Corte passou a expandir o rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Isso se deu, por exemplo, por meio de expedientes como a “supervisão mandamental” e aquilo que se apelidou

por “jurisprudência epistolar”, isto é, a instauração de processos judiciais embasados em denúncias formuladas em cartas escritas por cidadãos endereçadas ao *Chief Justice*.

Muito se critica quanto à lógica e aos resultados concretos dessa expansão. Entretanto, a maioria dos autores indianos não parece discordar quanto aos ganhos em termos de horizonte de significado para a tradição constitucional como um todo. À expressão fria de que ninguém seria privado de sua vida ou liberdade pessoal senão pelos procedimentos estabelecidos em lei, a Suprema Corte adicionou uma série de significados. Por exemplo, no enunciado “pelos procedimentos estabelecidos em lei”, assim escrito pelos constituintes como uma maneira de deliberadamente evitar a cláusula do “devido processo legal”, a Suprema Corte interpretou justamente no sentido da exigência de observância do *due process*. Mais intimamente relacionado à dignidade humana, entendeu-se que ao “direito à vida” do texto constitucional deve-se atribuir o significado “direito à subsistência” e daí, por consequência, uma série de novos direitos – por vezes classificados como de segunda geração, isto é, econômicos e sociais – como direito à habitação, à alimentação, à saúde, à educação, e ao “mínimo existencial”.

É importante salientar que a atual Constituição Indiana, originada em 1950, precisou necessariamente passar por uma construção constitucional jurisprudencial, para que nela fossem incorporados os direitos sociais, econômicos e culturais nas formas tipicamente configuradas a partir da década de 1960. Esse estado de coisas se retroalimentou da característica tipicamente judicial que o sistema jurídico indiano, de forte influência na *common law*, possui. Dessas duas questões deriva principalmente a importância que a Corte Suprema acabou obtendo na Índia.

Tal expansão de direitos é por vezes louvada e por vezes criticada – ainda que posições completamente críticas pareçam ser bem raras. No segundo caso, a crítica é avançada em termos muito próximos daqueles utilizados no debate internacional e contemporâneo a respeito da justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais. No primeiro, mesmo dentre os entusiastas do ativismo judicial ora característico da Suprema Corte, existem aqueles que assumem uma atitude mais distanciada, apontando uma série de dificuldades e problemas na prática judicial do tribunal. A intelectualidade jurídica indiana denuncia, assim, de um modo geral: a falta de coerência; a ausência de qualquer esforço por identificar princípios ou

“teorias” a guiar a atribuição de direitos ao texto constitucional; a seletividade dos casos e dos direitos então relacionados; a falta de transparência; a ausência de uma visão de longo prazo e de esforços voltados à resolução estrutural dos problemas igualmente estruturais que assolam a sociedade indiana, preferindo por uma abordagem caso-a-caso, pautando-se por raciocínios e juízos *ad hoc*; e, relacionada com a última crítica, a falta de efetividade e de transformações realmente impactantes na realidade social indiana, pese os esforços da Corte.

Nossa percepção é de que, malgrado o criticismo acima descrito, não parece haver por parte da doutrina indiana, ou de quaisquer outros grupos que chamem a atenção dos juristas a pretensão de substituir o papel de “liderança hermenêutica” construído e galgado pela Corte ao longo de seus mais de trinta anos de ativismo judicial. Assim, critica-se a ausência de formulação, por parte da Corte, de uma “teoria dos direitos fundamentais” para o contexto constitucional indiano. Então, especialmente quanto à dignidade humana, esse esforço de ressignificação teórica, em diálogo com a problemática constitucional especificamente indiana, faz-se necessário. O significado exclusivamente contextual da construção dada pela Corte à dignidade como direito fundamental nuclear carece de um contraponto propriamente teórico-reflexivo autenticamente indiano. Não parecer haver por parte da dogmática um esforço significativo em suplantando essa ausência.

Consequentemente, o debate jurídico-constitucional na Índia, inclusive no que diz respeito à dignidade humana como direito, se construiu precipuamente (e ao nosso ver desequilibradamente³⁹) em torno da Suprema Corte do país. A maioria dos juristas parece ser favorável a tal configuração. E aqueles que são completamente críticos se utilizam de discursos que parecem por demais ocidentalizados para terem um efetivo impacto no debate jurídico. Distintamente de outros lugares e experiências jurídicas, o ativismo judicial, nos moldes praticados pela justiça indiana, é interpretado como um fenômeno mais positivo que negativo, chegando a ser teorizado e proposto, como veremos, por Upendra Baxi, como uma possível contribuição do “sul global” para o *ethos* judicial, então dominado

39 Em nossas pesquisas e incursões de coletas de dados não localizamos, por exemplo, estudos e reflexões jurídicas voltadas para as políticas públicas desenvolvidas pelo poder executivo do país. Análises sobre a eficiência regulatória de tais políticas etc. Debates sobre elas somente aparecem na discussão jurídica indiana, quando e naqueles aspectos que são em algum momento judicializados.

por uma visão ocidental, construída em condições ausentes nos países em desenvolvimento, não sendo a Índia uma exceção⁴⁰.

4.2 Uma busca por compreensão da relevância e dos riscos da construção judicial da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, segundo a ótica de Upendra Baxi

Para Upendra Baxi, o papel assumido pela Suprema Corte enquanto autoproclamado ator de transformação social após o período do governo autoritário Indira Nehru Gandhi é determinante na explicação do desenvolvimento do pensamento constitucional no país. Indira Gandhi foi responsável, dentre outras coisas, pela nacionalização dos bancos e das seguradoras, durante o período de “emergência nacional”. A partir dos muitos atos de legitimidade questionável, cuidadosamente revestidos de aparência constitucional, produziu um único ato explícito de autoritarismo, segundo Upendra Baxi. A causa desse ato foi a decisão por parte da Alta Corte de Allahabad por retirá-la do parlamento, ao considerá-la culpada de corrupção. Sua resposta foi uma emenda constitucional anulando a decisão, bem como vetando quaisquer apelos eventuais.

O autor continua destacando que, durante o ápice da ditadura constitucional, a Suprema Corte invalidou essa emenda. Contudo, a mesma Corte promoveu uma completa e total negação do venerado direito ao *habeas*

40 O quadro geral que acima sintetizamos criticamente, construído a partir das análises das obras dos autores indianos que serão a seguir detalhadas nos apartados deste tópico, não encontra, ao nosso ver, objeção em relação à análise feita no compêndio *The Oxford Handbook of Indian Constitution*. Essa obra coletiva é considerada inovadora por procurar contextualizar as perspectivas e tendências dos estudos de direitos constitucional indiano até então desenvolvidos. De certa forma, a análise que propusemos vai ao encontro do *Oxford Handbook*, mas é mais crítica do que a feita pelos autores do compêndio. No texto introdutório da obra (que também funciona como a síntese geral da mesma) os juristas de origem indiana Sujit Choudhry, Madhav Khosla e Pratap Mehta afirmam que dois são os modos de análise desenvolvidos pela doutrina constitucional indiana. No primeiro, busca-se uma análise cuidadosa e técnica da doutrina, visando especialmente os profissionais do direito. A mais atual contribuição de peso, nesse sentido, indicam os autores, encontra-se na obra de H. M. Seervai sobre o direito constitucional indiano. Já a segunda é mais acadêmica em natureza. Contudo, apesar de sua engenhosidade e eruditismo, tal literatura estaria de certo modo desorganizada, tendo de lutar para conseguir apoio institucional e, conseqüentemente, estando particularmente vinculada à atuação deste ou daquele estudioso em particular, focando-se em algumas áreas do direito constitucional, ao mesmo tempo em que ignorando outras. Em suma, para os autores, o direito constitucional indiano tem encontrado dificuldades em se consolidar como um campo de investigação intelectual, frente ao protagonismo da construção judicial. Ver: CHOUDHRY; KHOSLA; MEHTA, 2016.

corpus durante esse período⁴¹, que é considerado como o mais baixo ponto de “liderança hermenêutica” da Corte, nas palavras de Upendra Baxi. Tal situação, entretanto, seria revertida no período que se seguiu após a emergência, em um longo itinerário de restauração normativa, retroalimentado por uma série de atos populistas e catárticos a culminar no reestabelecimento de uma Suprema Corte autônoma. Ainda nesse sentido, o autor argumenta pelo acontecimento de uma “revolução de direitos” liderada pela Corte e iniciada com a interpretação extensiva do artigo 21, no caso *Maneka Gandhi vs Union of India* quanto ao direito à vida e à liberdade pessoal.

Essa revolução de direitos foi, portanto, segundo o autor, marcada e impulsionada pela proposição de litígios socialmente estratégicos e engajados, provocando a Corte a restaurar muitos dos direitos que, segundo Baxi, deliberadamente foram excluídos do texto constitucional pela Assembleia Constituinte nos anos quarenta, tais como o direito a um processo célere, fiança e representação adequada. Mais importante, encontra-se a interpretação projetada ao já discutido artigo 21, efetivamente estabelecendo o direito ao devido processo legal em sua dimensão substantiva, a Suprema Corte teria dado abertura a “um longo processo de enunciação dos direitos humanos à subsistência, abrigo e habitação, comida e nutrição, educação, saúde, e ao bem-estar ambiental”, uma verdadeira chave de conversão de “necessidades humanas em direitos humanos”⁴².

Já no artigo *The State and Human Rights Movements in India*, Baxi busca mostrar as limitações de uma definição estatizada de direitos humanos e como os movimentos sociais na Índia vêm contestando tal perspectiva, e qual o papel da Suprema Corte da Índia nesses conflitos enquanto, afinal, órgão estatal. Baxi, porém, principia por reconhecer o grande potencial da Constituição indiana para abarcar uma experiência jurídico-política de forte proteção de direitos e garantias relativos à dignidade humana. Para o autor, os direitos consagrados na Parte III da Constituição representariam não somente “limitações ao poder estatal, garantindo espaços livres de Estado para a busca de projetos de vida individuais e coletivos, mas também um ataque violento a atitudes e comportamentos intransigentes na sociedade e na cultura”. A Constituição indiana seria inaugural, “no sentido de que ela aprimora o alcance dos direitos fundamentais para além do Estado, para

41 BAXI, 2016, p. 149.

42 BAXI, 2016, p. 150, tradução nossa.

a sociedade civil”, o que se verifica, também, no fato de se tratar de uma carta constitucional “distintivamente solícita no que diz respeito a direitos solidários de minorias linguísticas, culturais e religiosas, bem como das classes atrasadas por motivos sociais, educacionais ou outrem”⁴³.

Sobre a questão da inicial impossibilidade de judicialização de muitos dos direitos previstos na Constituição e a gradual construção, por parte da Corte, da garantia desses direitos, Baxi tece a base da explicação sobre como o judiciário na Índia deu sua contribuição na construção (inacabada) de uma experiência social de respeito a direitos de dignidade na Índia. Inicialmente, e conforme os debates da Assembleia Constituinte, o texto constitucional distinguia entre direitos judicializáveis e não-judicializáveis, o que, em nível de técnica redacional, manifestava-se na distinção entre o rol de direitos da Parte III, os direitos fundamentais propriamente ditos, e o rol de direitos da Parte IV, entendidos enquanto diretrizes políticas fundamentais para a governança do país. Essa distinção, entretanto, enfraquece-se a partir dos anos 80, quando a tarefa que restou incompleta pelos autores da Constituição, qual seja, a de garantir um “mínimo existencial de direito das massas empobrecidas da Índia” passa a ser retomada pela Suprema Corte “por meio de seu corpus de jurisprudência ativista”, enunciando “uma série de novos direitos básicos”, como o “direito a dignidade, o direito a subsistência, o direito a compensação e reparação por danos cometidos ou causados por agentes ou agências estatais, o direito a um julgamento célere, o direito à saúde, o direito à educação, o direito a igualdade de gênero, o direito ao meio ambiente”⁴⁴.

O estilo de abordagem feito por Baxi, consistente em focar a construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito aos direitos humanos, encontrou muitos ecos no meio acadêmico jurídico. Essa tendência acaba desdobrando-se em três principais linhas de abordagem: uma mais apologética, muito presente na produção acadêmica manualística e na intelectualidade jurídica mais próxima aos ambientes institucionais e judiciais, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada

43 BAXI, 1998, p. 341, tradução nossa.

44 BAXI, 1998, p. 342, tradução nossa.

numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; e uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca da experiência constitucional indiana de promoção de direitos. Veremos a seguir essas três tendências, as quais se somam a uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

4.3 Variações laudatórias na análise do construtivismo judicial na proteção dos direitos de dignidade na Índia, nos discursos apologéticos de Sripati e Radhakrishnan

Esta primeira tendência de remição do pensamento jurídico-constitucional indiano à atividade protagonista da Suprema Corte acaba por assumir um discurso marcadamente laudatório, portanto eivado de um certo otimismo, fundamentado em duas razões básicas. Primeiramente, uma ideia de que o direito decidido no papel pela Corte coincide com o direito vivido pela sociedade indiana (como se bastasse a decisão tomada pela corte em um processo para que todos os problemas sobre a fruição de um direito estivessem, desde ali, resolvidos). Segundamente, uma percepção tendencialmente acrítica em relação ao conteúdo das próprias decisões tomadas pela Corte, em matéria de direitos constitucionais fundamentais.

Reproduzindo esse estilo apologético de abordagem, Vijayashri Sripati, PhD em Direito pela Osgode Hall Law School, propõe, em texto de 1998, fazer uma síntese dos então 50 anos de evolução do constitucionalismo na Índia, voltando-se em um primeiro momento para os debates da Assembleia Constituinte e, posteriormente, para a atuação da Suprema Corte da Índia, buscando, em cada parte, identificar a importância desses desenvolvimentos históricos para a interpretação dos direitos fundamentais no constitucionalismo indiano.

Vijayashri Sripati argumenta por uma longa tradição concernente a direitos, desde tempos antigos, chegando à Assembleia Constituinte e à construção da Constituição da Índia, bem como a mais recente e moderna preocupação do povo indiano para com o tema. Nesse contexto, a Carta

de Direitos dos Estados Unidos da América apareceu como uma inspiração natural para a Parte III da vindoura Constituição. Em uma simbólica expressão, ela afirma que “foi o rio Potomac, e não o rio Tâmis, que fertilizou as correntezas do Yamuna”⁴⁵.

O período de emergência aparece como um evento significativo para a construção da compreensão dos direitos humanos e da respectiva articulação institucional na Índia. Vijayashri Sripati aponta que sua influência cataclísmica contribuiu decisivamente para a metamorfose da Suprema Corte do país, com o abandono de sua atitude inicialmente deferente quanto ao executivo, por vezes caracterizada por outros autores, como Upendra Baxi, pela alcunha de “positivista”, rumo a uma atitude mais “estrutural”, adotando o papel de “ator social”, como já dissemos. Nesse seu novo papel, escreve Sripati, a Corte teria reconhecido os direitos dos pobres e dos esquecidos, expandindo seu alcance para defender os interesses do povo da Índia. Mais uma vez, nas palavras de Upendra Baxi, ecoadas por Sripati, a Suprema Corte da Índia teria se transformado, assim, na Suprema Corte de todos os indianos⁴⁶. O exagero acríptico dessa narrativa de Sripati pode ser confirmado na seguinte passagem de seu texto:

O escopo em expansão dos direitos fundamentais na Índia também lança luz à característica ilegalidade estatal e à tenra consideração pela ética constitucional comum a muitas nações do Terceiro Mundo. Visto desta perspectiva, a Suprema Corte Indiana merece ser aplaudida por seus incansáveis e impassíveis chamados ao governo para que leve a Constituição a sério e para que respeito a dignidade daqueles que governa⁴⁷.

Outra abordagem da construção de um constitucionalismo protetor de direitos fundamentais, com uma toada também apologética, é a do juiz da Bombay High Court, S. Radhakrishnan. Em artigo referente ao desenvolvimento jurisdicional da proteção de direitos humanos na Índia, Radhakrishnan ressalta, como sói ser entre os juristas indianos, a centralidade e os méritos do artigo 21 da Constituição cinquentenária, bem como o trabalho expansivo feito pela Suprema Corte a partir, sobretudo, de tal

45 SRIPATI, 1998, pp. 427-428, tradução nossa.

46 SRIPATI, 1998, pp. 441-442.

47 SRIPATI, 1998, p. 450, tradução nossa.

dispositivo. Segundo o juiz, o dispositivo seria “o coração e a alma” da Constituição indiana, em “constante expansão, por meio de vários pronunciamentos judiciais”, passando a analisar o caso que deu início a esse suposto crescendo de transformação social. Antes do caso *Maneka Gandhi v. Union of India*, de acordo com Radhakrishnan, o artigo 21 estaria “fechado em si próprio”, “uma ilha em si mesma”, em uma leitura restrita do significado da vida e da liberdade nele proclamados a nível de direito fundamental. Entretanto, da interpretação sistemática do artigo 21 com o restante do texto constitucional, atribuiu-se “o espírito do homem” como o fundamento do dispositivo, de modo que outros direitos fundamentais passaram a ser projetados em seu texto”⁴⁸.

Assim, em que pese o tom unilateralmente elogioso do trabalho da Suprema Corte indiana (como se a mesma não tivesse decidido mal nenhum processo), o escrito de Radhakrishnan é recheado de narrativas sobre as importantes decisões adotadas pelo tribunal, em matéria de direitos e garantias relativos à dignidade humana.

4.4 A crítica da construção judicial da proteção aos direitos no contexto constitucional indiano segundo Chhatrapati Singh, Surendanath e Rajagopal

Chhatrapati Singh é, segundo Baxi, o mais relevante filósofo do direito da Índia pós-independência. No estudo aqui colacionado, de certo modo antecipando muito da discussão contemporânea com quase 30 anos de antecedência, o jusfilósofo busca identificar os problemas da lógica de expansão e atribuição de significados empregada pela Corte quanto ao artigo 21 do texto constitucional. Consciente da importância de tal prática para o desenvolvimento social e econômico da Índia, o autor é crítico da efetividade dessa estratégia. O autor busca identificar outras áreas de atuação e estratégias, bem como maneiras de se aprimorar a prática judicial como carro-chefe da promoção e tutela de direitos na Índia.

Nesse diapasão, sua argumentação inicia apontando a ameaça de se destruir o escopo do artigo 21 pela extensão descontrolada de seu sentido. Segundo Singh, ao substituir a noção de vida pela de subsistência na aplicação do dispositivo, a abrangência trazida, e com isso, o “leque de

48 RADHAKRISHNAN, 2008, p. 307, tradução nossa.

bens, ofícios e oportunidades necessários para sustentar a subsistência” vão “além da conta”. Para Singh⁴⁹, ao se projetar, por exemplo, o direito de ter estradas como corolário do direito a livre circulação, projeta-se progressivamente o direito ao transporte público, do direito de habitação, o direito de residência, e finalmente o de moradia, liberdade de expressão, o direito a possuir meios para tanto, como telefones, walkie-talkies, rádios etc.

Frente à constatação de que um dos problemas de uma prática de expansão de direitos humanos pode ser a banalização dos próprios direitos humanos (quanto tudo se encaixa no rol desses direitos, então nada pode merecer uma proteção especial e sobrevalente). Chhatrapati Singh sugere a manutenção do propósito da Corte, isto é, em transformar a realidade social indiana, com uma restrição metodológica a decidir pela invocação de direitos “que de fato sejam invocações de uma reivindicação ou prestação”. Singh define duas modalidades de reivindicação, “necessárias ou meritórias”, definindo as primeiras como aquelas reivindicações que “dizem respeito à falta de conjunto de meios requeridos para realizar os bens humanos de preservação e desenvolvimento”, enquanto as segundas corresponderiam à “possessão de alguma qualidade que coloca o indivíduo em uma posição preferencial relativa a algum bem”. O artigo 21 abrangeria, portanto, casos relativos somente a reivindicações do primeiro tipo, a partir do que se deveria desenvolver jurisprudencialmente “uma teoria explícita acerca das necessidades”⁵⁰.

Não obstante essas propostas de aprimoramento da prática jurisdicional constitucional indiana, as preocupações de C. Singh permanecem, articuladas na seguinte pergunta: “avançar a interpretação extensiva do artigo 21 é o único meio legal de obter o mínimo existencial para pessoas desfavorecidas”, e, mais que isso, tratar-se-ia do “meio legal mais eficiente de alcançar o desejado?”. A ignorância dessas perguntas, segundo o autor, revelaria uma inocência, a qual sustentaria, no fundo, a impressão fundamentalmente falsa de que o “ativismo judicial” em torno à nova interpretação do artigo” teria trazido “uma mudança significativa em nossa herança legal colonial”. Como arremata Singh: “asserções ou proclamações gloriosas, mas vãs são uma coisa, mudança efetiva, outra”⁵¹.

49 SINGH, 1986, p. 249, tradução nossa.

50 SINGH, 1986, p. 250, tradução nossa.

51 SINGH, 1986, p. 251, tradução nossa.

Para Singh⁵², os juízes adotaram o caminho mais fácil, ao não se perguntarem quanto à efetividade ampla desses direitos, preferindo por efeitos meramente circunstanciais, caso a caso. Se a justiça deve ser feita para proteger o direito à subsistência dos indianos, são as causas dos problemas referentes à fruição desses direitos que devem ser erradicadas, de modo que todas as futuras gerações estejam protegidas, ao invés de se remediar o presente e seus efeitos meramente imediatos.

Mais do que soluções imediatas, Singh chama por reformas jurídicas que estariam fundadas no “*ethos* da Constituição”, em que, diante da falta de “*expertise legal*” do executivo e do legislativo, bem como de seu distanciamento relativo à “complexidade do direito”, essa tarefa foi “delegada pela Assembleia Constituinte ao poder judiciário”. Em suma, quando Singh fala em reformas, ele tem em vista as “leis coloniais exploratórias, as quais erodem a base de subsistência do povo rural e tribal e que continuam a existir por três décadas desde a Independência”. Ignorar esses padrões estabelecidos denuncia o não-entendimento por parte do judiciário de sua tarefa, evitando-se uma reforma jurídica estrutural “com estratégias que nunca chegam ao ponto da questão”, a partir do que o ativismo judicial se revelaria, no fundo, como “*escapismo constitucional*”⁵³.

Anup Surendranath, professor assistente da Universidade Nacional de Direito de Delhi, é outro autor a construir uma leitura mais crítica e vigilante, em relação ao construtivismo constitucional judicial indiano. Em um de seus textos, apresenta o estado da arte em torno do artigo 21 da Constituição e, conseqüentemente, do direito à vida e dignidade no discurso jurídico como direitos nucleares na ordem constitucional vigente.

Partindo do mesmo estilo de estudo da construção judicial indiana, Surendranath, ao nosso ver, avança na questão, ao explicitar as atomizações do discurso jurídico, que a sua construção eminentemente judicial, sem a devida mediação de uma teoria jurídica consistente e presente, pode provocar. Ele considera que os casos que evocam o artigo 21 são tantos e tão diversos que construir uma narrativa a respeito da evolução de sua interpretação é praticamente impossível. Para o autor, as diferentes interpretações propostas sobre o direito à vida e à liberdade pessoal são tão numerosas e tão diversas que apreender qualquer nível de coerência normativa se torna muito difícil:

52 SINGH, 1986, p. 253.

53 SINGH, 1986, p. 257, tradução nossa.

O uso da estrutura da dignidade e do “direito-a-vida-é-mais-do-que-a-mera-existência-animal” não foi feito de modo a conceder qualquer sentido de coerência ao conteúdo de direitos do artigo 21. Quando essas estruturas são utilizadas para reconhecer direitos, isto se dá por meio de asserções insignificantes, em uma lógica de caso-a-caso, ao invés do esforço por justificar o reconhecimento do direito colocando-o dentro de alguma estrutura normativa. O problema com a atual abordagem da Corte está em deixá-la com absoluta discricionariedade quanto a quais exigências de direitos ela reconhecerá, ou, ainda mais importante, quais ela não reconhecerá⁵⁴.

Assim, apesar de seguir a mesma linha de Baxi, Surendranath é mais pessimista em relação ao ativismo judicial indiano. Afinal, para o autor, a falta de coerência e legitimação teórica pela comunidade de intérpretes produz contradições como, por exemplo, “uma ausência de discussões sobre dignidade em casos de terrorismo, apesar de violações frontais às proteções criminais jurisdicionais”, ao mesmo tempo em que, em outras circunstâncias, a Corte sustentou “a validade da criminalização da tentativa de suicídio” a partir do discurso sobre dignidade projetado no artigo 21. Soma-se a isso uma “aplicação seletiva” quanto aos direitos socioeconômicos, por meio da qual os direitos de habitação e abrigo não se traduzem “em qualquer reconhecimento significativo”, “muito menos em qualquer proteção”, e a questões relacionadas a direito ambiental, onde em contextos “de grandes barragens e projetos infraestruturais, a Corte se mostrou incapaz de alcançar consistência no peso atribuído ao impacto dos projetos nos grupos afetos”. De modo que, para Surendranath, em essência, o texto constitucional se traduz “naquilo que qualquer juiz diz que ele é”⁵⁵.

Em que pese a consistente abordagem crítica, Surendranath não deixa de ver na experiência indiana de construção judicial de parâmetros de respeito e proteção da dignidade um saldo geral positivo. Em alguma medida, portanto, “o cometimento normativo das cortes indianas com a dignidade permitiu pelo menos a expansão do direito à vida e a liberdade pessoal”⁵⁶.

Outro autor que, apesar de reconhecer o papel histórico e social que a Suprema Corte indiana possui, segue na mesma linha de apresentar

54 SURENDRANATH, 2016, p. 797, tradução nossa.

55 SURENDRANATH, 2016, p. 797, tradução nossa.

56 SURENDRANATH, 2016, p. 799, tradução nossa.

críticas e preocupações quanto a esse modelo “justiciocrático” indiano é Balakrishnan Rajagopal, professor no Centro de Estudos e Planejamento Urbanos do MIT.

Rajagopal busca identificar as limitações e preconceitos subjacentes à prática judicial da Suprema Corte da Índia no que diz respeito à promoção dos direitos humanos e ao desenvolvimento social na Índia. Para o autor, muito resumidamente, duas são as principais causas desses problemas: primeiro, a proveniência dos juízes da Suprema Corte e seu envolvimento nas políticas do Estado indiano; segundo, as próprias deficiências da assimilação indiana do discurso internacional dos direitos humanos, com sua preferência pelos direitos de cunho civil e político, em detrimento dos sociais e econômicos.

Em artigo intitulado “*Pró-direitos humanos, mas anti-pobre?*”, Balakrishnan Rajagopal elucida, dentre outros temas, a relação entre os movimentos sociais e a Suprema Corte da Índia, bem como as persistentes preferências desta, apesar de todos os avanços, para uma tutela de direitos civis em detrimento de direitos sociais.

Segundo o autor, desde o início de sua fase ativista, os movimentos sociais vêm dependendo da Corte, voltando-se em sua direção em busca de reparação e obtendo respostas impressionantes. A Suprema Corte introduziu a noção de devido processo legal na jurisprudência indiana, expandiu o sentido do direito à vida sob o Artigo 21, de modo a incluir o direito à subsistência e ao meio ambiente, judicializando o que seriam, constitucionalmente, princípios diretivos, como o direito fundamental à educação, defendendo os direitos dos empregados e avançando a justiça de gênero, bem como pela introdução de inovações procedimentais, como o de supervisão mandamental, e da formação de comissões fiscalizadoras constituídas pela própria Corte. Contudo, continua o autor, é hoje cada vez mais reconhecido que o impacto das decisões da Suprema Corte da Índia na realidade não é consistente, além de questões envolvendo a falta de legitimidade democrática e o “juristocracismo” consequentes de sua postura ativista⁵⁷.

57 RAJAGOPAL, 2007, pp. 157-158.

4.5 Confrontação com a realidade social e insuficiências do modelo judicial de promoção de direitos nas críticas radicais de Ranbir Singh, de Dhavan e de Shankar

Ranbir Singh, professor e vice-chanceler fundador da Universidade Nacional de Direito de Delhi, coloca em contraste o discurso dos direitos humanos na Índia, especialmente aquele consolidado na Constituição de 1950, para com a situação da população indiana, especialmente aquela localizada em segmentos mais pobres e excluídos. Muitos de seus escritos focam em analisar de que maneira o abismo entre discurso e realidade na temática dos direitos humanos poderia ser superado ou encurtado na Índia, bem como a importância de efetivamente sê-lo. Assim, ao refletir sobre o próprio direito à existência autenticamente humana no contexto da sociedade indiana, ele o compreende como o direito à existência digna e, a partir daí, disere sua contundente radiografia da situação paradoxal atual:

O direito humano mais importante a meu ver, o qual verdadeiramente embeberia e nutria a cultura da civilização dos direitos humanos no mundo, é o direito a ser humano. E, no entanto, os problemas acerca de direitos humanos começam com o ser humano ele próprio, seja escravidão, trabalho em servidão, subordinação da mulher, abuso de crianças, morte por custódia e outros maus sociais, a lista é praticamente infinita. O problema das violações dos direitos humanos surge porque nós vivemos em uma sociedade exploradora, onde uma pessoa, em razão de sua posição, poder, classe, dinheiro ou qualquer outro fator; tem a tendência de explorar outro ser humano⁵⁸.

Ranbir Singh faz uma dura análise sociológica da precária relação entre direitos humanos e democracia em países subdesenvolvidos, onde, para numerosos milhões, “valores como liberdade e dignidade humana têm interesse meramente acadêmico”. Para esses representantes da maioria da raça humana, “o problema central é o problema de conseguir o suficiente para comer”, não importando se com isso se abdica das liberdades civis e políticas⁵⁹.

58 SINGH, 1998, p. 114, tradução nossa.

59 SINGH, 1998, p. 115.

O tom denunciativo de Ranbir Singh revela a dura realidade social ainda permanente na Índia emergente, apesar de todo esforço, insuficiente, por enquanto, da Suprema Corte indiana. Para ele, frente à extrema pobreza, ainda presente para boa parte da população, o que têm a Índia e demais países que convivem com essa realidade são “Constituições de papel”, “uma esperança”, que “precisará cumprir suas promessas”, muito embora a “constituição real” do “*quarto mundo* dentro do terceiro mundo”, da realidade dos “negligenciados abaixo da linha da pobreza” se estruture em torno do fato de que “as parcelas exploradoras da sociedade” saibam muito bem “que o medo da fome e suas condições correlatas são os melhores meios para manter as parcelas exploradas sob controle”⁶⁰.

Em alguma medida, estudos críticos como o de Ranbir Singh encontraram algum eco na experiência da Suprema Corte e, ainda que indiretamente, contribuíram para impulsionar uma postura ativista socialmente engajada, iniciada nas décadas de 1980 e 1990. O próprio Ranbir cita Prafullachandra Bhagwati, que foi o décimo sétimo presidente da Suprema Corte da Índia, durante esse período de maior engajamento⁶¹.

A obra crítica de Ranbir Singh vem influenciando também a intelectualidade jurídica indiana, como é o caso de Rajeev Dhavan, comissário da Comissão Internacional de Juristas, representando a Índia. Em artigo sobre o tema, Rajeev Dhavan contrasta o discurso jurídico indiano sobre problemas sociais e problemas econômicos do país, com vistas a identificar suas deficiências.

Dhavan assevera a separação constituinte entre direitos civis e políticos de um lado, e direitos econômicos e sociais de outro, no contexto constitucional indiano, de certo modo espelha a distinção entre direitos fundamentais, previstos na Parte III do texto constitucional, e princípios diretivos de política estatal, previstos na Parte IV. Para Rajeev Dhavan, restringir a justiciabilidade ao primeiro grupo é um equívoco histórico. As-

60 SINGH, 1998, p. 116.

61 Bhagwati é indicado por muitos juristas indianos como um dos principais juízes responsáveis pela consolidação do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia e, de todo modo, o principal responsável pelo desenvolvimento do que se apelidou “jurisprudência epistolar” no sistema de jurisdição constitucional indiano: a abertura de processos jurídico-constitucionais embasados em denúncias escritas em carta por parte de cidadãos. Da mesma geração de Amartya Sen, podemos dizer então que Bhagwati se esforçou por introduzir, no campo da então positivista análise judicial, as mesmas variáveis sociais de liberdade e dignidade que o prêmio Nobel se esforçou por introjetar no debate econômico, ver: SINGH, 1998, p. 116.

sim, em razão das condições efetivas da Índia, os juízes têm duas opções: ou esperar o sistema se redimir, o que o autor acredita ser muito improvável, ou o ativismo judicial, efetivando direitos de caráter social, econômico e cultural⁶².

Shylashri Shankar, professora do Centro para Pesquisa em Políticas Públicas de Nova Delhi, também expressa uma postura mais radicalmente crítica e, por consequência, menos propensa a ver no construtivismo judicial o caminho para a construção de uma sociedade de respeito a direitos de dignidade.

Em artigo que faz parte de um livro que propõe o estudo comparado da atuação das cortes constitucionais na Índia, Brasil e África do Sul, Shankar buscou apresentar o contexto social, normativo, histórico e institucional de funcionamento da Suprema Corte da Índia para daí traçar críticas que alcançam mais que a Corte e chegam à própria Constituição indiana. Em sua análise, três características da compreensão constitucional indiana se destacariam diante, por exemplo, da possibilidade jurídica de “detenção preventiva como ato ordinário do poder legislativo em tempos de paz”: “(i) Direitos fundamentais são interpretados como presentes do Estado, podendo ser limitados; (ii) o Estado é uma entidade benevolente; e (iii) não havia necessidade para que as cortes fiscalizassem o conteúdo ou requisitos da detenção preventiva”. Caso esse que manifestaria, para Shankar, o tremendo poder discricionário concedido pela Constituição ao executivo e ao legislativo. Discricionariedade essa que acabaria por suscitar interpretações conflitantes do sentido constitucional. Ao mesmo tempo que se invoca “um papel forte para o Estado em sua missão por trazer justiça social para as castas historicamente mais oprimidas”, permite-se “a promulgação de leis draconianas em ordem a promover uma forte proteção dos cidadãos contra aqueles que ameaçam a segurança estatal”⁶³.

Interessante verificar que, apesar do forte ativismo presente na cúpula judicial indiana, a informação trazida por Shankar é no sentido de que essa forte presença construtivista da Corte na jurisdição constitucional não alcança a capacidade de exercer um controle mais presente sobre os poderes executivo e legislativo. A isso se somam resquícios de autoritarismo do poder executivo previstos no próprio texto constitucional, segundo a

62 DHAVAN, 1997, p. 168.

63 SHANKAR, 2013, pp. 109-110, tradução nossa.

autora. Ademais, é bastante significativo o relato que faz sobre a concepção subjacente na Constituição indiana de que direitos humanos são um “presente” dado por um Estado “benevolente” aos cidadãos. Daí, conclui, causticamente, que essa compreensão não surpreenderia em razão da origem política da Constituição Indiana, um “produto da administração colonial e das novas elites políticas”⁶⁴.

4.6 Propostas e um sentido propriamente indiano para o direito os direitos humanos e o pensamento constitucional, em Patnaik, Singhvi e Prasad Vishnu

O professor do departamento de Ciências Políticas da Universidade de Mizoram, J. K. Patnaik, procura construir uma história dos direitos humanos, para localizar seu desenvolvimento na Índia. Suas conclusões abordam as dificuldades dos países do Terceiro Mundo para com a versão ocidentalizada a respeito dos discursos dos direitos humanos, bem como dos possíveis impactos nocivos da imposição desse discurso por meio da articulação da comunidade internacional, sem a devida contextualização.

Patnaik pondera que, apesar da capilarização do conceito de direitos humanos no século XX, suas origens se encontram, mesmo na Índia, na antiguidade; aí inclusos os pensadores indianos Parasar e Kautilya, os quais, segundo ele, tentaram proteger os direitos dos indivíduos e a dignidade dos cidadãos de maneira meticulosa, por meio da prescrição de uma série de deveres aos governantes⁶⁵.

Patnaik discute a desconfiança dos países de Terceiro Mundo quanto ao discurso de direitos humanos sustentado pelos países ocidentais. Segundo o autor, é comumente acreditado que tais países se utilizam das violações de direitos humanos nos países em desenvolvimento para avançar seus interesses econômicos, ignorando tais violações nas nações em que suas preocupações econômicas estão asseguradas. Para o autor⁶⁶, tal postura leva à crescente pauperização da população e dificulta a abertura da economia, minando, concomitantemente, a causa econômica e a causa dos direitos humanos.

64 SHANKAR, 2013, p. 112, tradução nossa.

65 PATNAIK, 2004, p. 500.

66 PATNAIK, 2004, pp. 508-509.

Por outra parte, Abhishek Singhvi, advogado sênior perante a Suprema Corte da Índia e PhD pelo Trinity College, também partindo da contextualização da tradição constitucional indiana, propõe uma análise sistemática dos direitos individuais, conforme positivados constitucionalmente e desenvolvidos jurisprudencialmente na Índia. Assim como outros juristas indianos, dá especial atenção, nesse debate, aos casos formadores de precedentes judiciais em torno do artigo 21 da Constituição, em suas várias ramificações construídas em razão do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia.

Em sua análise, o autor acentua a disparidade entre o declarado e o realizado como uma das principais questões a se enfrentar na experiência constitucional indiana. Afinal,

ainda que a Índia tenha um rol impressionante de direitos individuais, suportados por mecanismos institucionais de efetivação, a promessa e sua realização são frequentemente divididos por um abismo que quase sessenta anos de republicanismo constitucional falhou em eliminar⁶⁷.

Para Abhishek Singhvi, pode-se falar em uma matriz ideológica constitucionalista propriamente indiana. Primeiramente, tal matriz compartilharia com suas contrapartes judia, chinesa e greco-romana a noção de que o Estado, enquanto uma instituição moral, deve servir e responder aos direitos e liberdades dos indivíduos. Em segundo, a história indiana pré-britânica teria, ela própria, condições de embasar uma respeitável tradição constitucionalista, com apoio na noção de direitos individuais. Seria exemplo disso a jurisprudência hindu, fundada no conceito de *Dharma*, significando a supremacia da lei. Assim, as repúblicas hindus da antiguidade reconheciam, na visão do autor, alguns dos elementos básicos do constitucionalismo, subsumindo-se à supremacia moral da lei, à natureza vinculante dos procedimentos⁶⁸.

Nessa toada, Singhvi vê como positivo o protagonismo do artigo 21 da constituição (aquele que mais diretamente se refere à dignidade humana) como o “lugar” constitucional de construção jurisprudencial da proteção dos mais variados direitos básicos, ou na metáfora mobilizada pelo autor,

67 SINGHVI, 2009, p. 328, tradução nossa.

68 SINGHVI, 2009, p. 329.

“uma gigantesca loja de departamento, orgulhosamente mostrando inúmeros e diversos direitos, independentemente de sua realização operacional”. Dentre os seus produtos se incluiriam proibições de punições cruéis, duração razoável do processo, combate ao trabalho em servidão e à pedofilia, posse de substâncias atômicamente ativas, direitos morais e direito ambiental. A partir dessa lista pouco coerente, ter-se-ia, contudo, a atuação concreta “contra a privação arbitrária da vida e da liberdade, impedindo excessos encontrados em ditaduras e estados policiais”, de modo que se possa concluir pelo “papel significativo da jurisdição constitucional na emergência da Índia como uma vibrante democracia”⁶⁹. Dito isso, Singhvi volta a ressaltar o contraste dessa experiência positiva com a discrepante realidade de situações de forte injustiça social e pessoal no contexto indiano, perspectiva essa que revelaria a dimensão idealista da lista de direitos abrangidos pelo artigo 21, muito embora semelhante idealismo não deixe de ser “parte do processo de agitação que gradualmente movimentaria direitos sociais e econômicos, individuais ou coletivos, à arena de justiciabilidade e efetivação”⁷⁰. Sobre as formas específicas como na Índia se dá esse desencontro entre promessa e realização constitucional, Singhvi termina por oferecer significativo exemplo, relativo ao direito à educação.

Por fim, vejamos as considerações de Prasad Vishnu, professor assistente da National Law School of India University, Bangalore, que, em sua tese de doutorado, analisa a maneira pela qual os tratados internacionais de direitos humanos vêm sendo recepcionados no sistema jurídico-constitucional indiano. Especificamente sobre a dignidade e seu papel no direito constitucional indiano, Vishnu a considera a categoria jurídico-constitucional fundamental e nuclear da ordem constitucional indiana, em torno da qual o debate sobre vários outros direitos se organizaria, o que se fundamentaria no escopo extenso de significados possivelmente abrangidos pelo conceito de dignidade – indo desde direitos civis, relacionados à autonomia individual, ao usufruto de direitos econômicos, sociais e culturais – o que resultaria no imperativo de que o “direito a dignidade” seria sempre “compreendido contextualmente”, o que permitiria funcionar como guia para organizar o alcance e adequabilidade dos direitos humanos⁷¹.

69 SINGHVI, 2009, p. 344.

70 SINGHVI, 2009, p. 345, tradução nossa.

71 VISHNU, 2014, p. 257, tradução nossa.

Vishnu acaba por nos dar exemplos de como essa contextualidade (e também, diríamos nós, adequabilidade) se manifesta em questões concretas já devidamente assentadas na constitucionalidade indiana. Segundo o autor, em contexto dos direitos prisionais, “a dignidade pode significar e incluir a proibição da inflição de ferimentos ou tortura nos prisioneiros e detentos, ou a efetivação do direito dos prisioneiros a serem tratados com humanidade durante seu período de detenção”, o que implicaria “ambientes limpos, comida, água e roupas higienizadas, bem como instalações sanitárias separadas e adequadas”. No contexto do direito do trabalho, a dignidade significaria “acesso a condições justas e adequadas de trabalho, em instalações adequadas, com descanso, envolvimento dos trabalhadores nas decisões gerenciais”, bem como a permissão do direito de associação, “equiparação salarial, atenção às suas prioridades, perspectivas, planos e preocupações, e a aderência a leis de seguridade social”. Frente à dignidade humana, a morte de jovens “por se casarem fora de suas castas”, implicaria a criminalização qualificada dessas condutas ou a indenização civil pela “invasão dos direitos do casal”. Em suma, “o contexto se torna inevitavelmente importante para a compreensão das facetas do direito a dignidade, ainda que ‘respeito’ seja o elemento comum em todos os contextos”⁷².

5. Conclusão

As aberturas feitas no âmbito social pelo Estado indiano contemporâneo, com vistas à proteção dos direitos humanos e à garantia da dignidade da pessoa, ainda sofrem muitos obstáculos para tornarem-se efetivas na Índia. Um desses obstáculos consiste no alcance da ordem jurídica, porque, afinal, são nos pequenos povoados, cidades de difícil acesso e aldeias, que o direito indiano carece de efetividade, diante do peso de estruturas familiares e sociais de consolidação tradicional secular e milenar. Outro, diz respeito às múltiplas forças das heranças históricas da cultura indiana, marcada pela multirreligiosidade, em que hinduísmo, islamismo e tantas outras religiões se assomam ao mesmo tempo que concepções hierarquizadas e excludentes a respeito das interações humanas e resistem ao *ethos* igualitário da Constituição de 1950.

72 VISHNU, 2014, p. 258, tradução nossa.

Essa diversidade religiosa, como visto, não deixa de ter consequências normativas, o que, com o acréscimo do passado colonial indiano, só deixa mais complexa a normatividade na Índia, a encontrar no momento de independência e no processo constituinte subsequente ponto de inflexão importante.

Nesse contexto, pode-se dizer que a Constituição da Índia estabeleceu, ao menos no plano da positivação jurídica, as condições de possibilidade para uma experiência constitucional de promoção dos direitos fundamentais. Questão que passa necessariamente pela discussão quanto ao papel da Suprema Corte do país. O que se dá, no plano do debate acadêmico indiano, generalizadamente pelo enfoque na valorização ou na negação da construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito à dignidade e aos direitos humanos.

Para o mapeamento dessa discussão, recorreu-se à análise de uma diversificada amostragem da produção jurídico-acadêmica indiana. Constatou-se que linguagem intelectual do direito constitucional indiano se pauta pela centralidade, nas investigações e debates acadêmicos, da Suprema Corte da Índia e de sua prática. Da amostragem construída acerca da literatura constitucionalista indiana a esse respeito, concluiu-se que essa tendência de enfoque se desdobra em quatro linhas de abordagem (que por vezes se mesclam, principalmente no caso das duas últimas): uma primeira, mais apologética, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca de experiência constitucional indiana de promoção de direitos humanos; e uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Referências

- AGRAWAL, K. P. Protección de los Derechos Fundamentales en la India. *In: Anuário de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- BAKSHI, P. M. *La Constitución de la Índia*. Presentación y coordinación de Rafael Iruzubieta Fernández. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2013.
- BALAKRISHNAN, K. G. *A Prática do Controle de Constitucionalidade nos dias de Hoje*. Palestra proferida no Supremo Tribunal Federal (Brasil) pelo Presidente da Suprema Corte da Índia, em 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2016.
- BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. *In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BAXI, Upendra. The State and Human Rights Movements in India. *In: MOHANTY, M.; MUKHERJI, P. N.; TÖRNQUIST, O. (eds.). People's Rights: Social Movements and the State in the Third World*. Nova Delhi: Sage, 1998.
- CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado. O Hinduísmo, Direito Hindu, o Direito Indiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, pp. 71-111, jan./dez. 2009.
- CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- COELHO, Saulo de Oliveria Pinto. O Culturalismo Jurídico como superação não-reducionista do positivismo: uma componente pouco valorizada do giro linguístico do direito no Brasil. *Culturas Jurídicas*, v. 4, n.7, pp. 119-140, 2017.
- DAVID; René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

- DHAVAN, R. Promises, Promises...: Human Rights in Índia. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 39, n. 2-4, pp. 149-185, 1997.
- FRANCAVILLA, Domenico. Las reformas del derecho de familia en india: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal. Universidad Externado de Colombia: *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julio - diciembre de 2012, p. 26. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3301>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.
- INGSBURG, Tom. Studying Japanese Law Because It's There. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, pp. 15-26, 2010.
- LEGRAND, Pierre. Foreign Law: Understanding Understanding. *Journal of Comparative Law*, v. 6, n.2, pp. 67-177, 2011.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MELITÓN, Sergio Carrasco Álvarez. *El Hinduísmo en 84 conceptos*. s/d. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122817/127425_A5_El_%20hinduismo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.
- NAIPAUL, V. S. Índia: um milhão de motins agora. Trad. de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- PATNAIK, J. K. Human Rights: The Concept and Perspectives: A third world view. *The Indian Journal of Political Science*, v. 65, n. 4, pp. 499-514, 2004.
- RADHAKRISHNAN, S. Development of Human Rights in an Indian Context. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n. 2, pp. 303-331, 2008.
- RAJAGOPAL, B.. Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 18, nº 3, pp. 157-187, 2007.
- SEN, Amartya. *India contemporânea: entre la modernidad e la tradición*. Trad. de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa Editorial, 2007.
- SHANKAR, S. *Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India*. In: VILHENA, O.; BAXI, U.; VIJOEN, F. (eds.). *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013.
- SINGH, C. Right to Life: Legal Activism or Legal Escapism? *Journal of the Indian Law Institute*, v. 28, n. 2, pp. 249-257, 1986.

- SINGH, R. Human Rights and the People of India. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 4, pp. 114-120, 1998.
- SINGHVI, A. India's Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives. *The George Washington International Law Review*, v. 41, n° 2, pp. 327-360, 2009.
- SOFIA, Pasquale; THRESSIAMMA, Paul Panikulangara. Origen y Desarrollo de la Constitución de la India. Un ejemplo de equilibrio entre tradición y laicismo. *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social e Política*. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocano, Universidad del Zulia, Vol. 16, n. 1, 2009.
- SRIPATI, Vijayashri. Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking back to see ahead (1950-2000). *American University International Law Review*, v. 14, n. 2, pp. 413-495, 1998.
- SURENDRANATH, Anup. Life and Personal Liberty. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- VISHNU, P. R. *A Critical Study of Judicial Incorporation of International Human Rights into the Indian Legal System*. Tese – Universidade de Karnataka. Karnataka, 2014.

Recebido em 07 de junho de 2019.

Aprovado em 29 de abril de 2020.