

Direção do Departamento de Direito

Adriano Pillati

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Luiz Alberto Warat
Maria Celina Bodin de Moraes
Tânia da Silva Pereira

Coordenação de Publicações

Gisele Cittadino
Rachel Herdy

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22453-900 ou para o endereço eletrônico web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE
nº 25 julho-dezembro, 2004.

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

Constitucionalização de uma União conservadora: esboço de
uma crítica cosmopolita ao projeto de Constituição Européia 6
Bruno Frederico Muller

A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus
usuários na internet 30
Carlos Affonso

Estatuto do Desarmamento: irracionalidade, ilegitimidade
e inconstitucionalidade 55
João Pedro Chaves Valladares Pádua

A legitimidade do direito nos horizontes da
modernidade/pós-modernidade 83
Pablo Guetti

Democracia constitucional e fundamentos de um sistema
punitivo democrático 111
Thiago Bottino do Amaral

2. Espaço Discente

Pentecostalismo no Brasil 138
Pedro Henrique Batista Barbosa

3. Tradução

STILLE, Alexander. *O império de Antonio Negri* 158
Flávio Leão Pinheiro

4. Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos

173

Do armário à vitrine: o empoderamento de minorias sexuais e a demanda de reformas legais – uma questão de direitos humanos

Aníbal Guimarães Jr.

5. Notícias e Informações

205

Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2004 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

6. Resumos/*Abstracts*

213

Artigos

Constitucionalização de uma União conservadora: esboço de uma crítica cosmopolita ao projeto de Constituição Européia

Bruno Frederico Müller*

I. Introdução

O objetivo do presente artigo é discutir o processo de elaboração de um projeto constitucional para a União Européia e suas possíveis conseqüências, tentando entender como o debate acerca do cosmopolitismo se encaixa neste contexto. O cosmopolitismo é concebido como uma resposta às transformações estruturais produzidas pelo processo de globalização tanto na ordem social interna dos Estados quanto na ordem internacional. Num tempo em que, acreditamos, o nacionalismo e sua matriz, o universalismo, esgotaram suas possibilidades de compreensão e ação consciente no mundo, o cosmopolitismo surge como uma proposta de análise mais ampla, por levar em consideração a erosão das fronteiras nacionais, e ao mesmo tempo mais rica, por ressaltar a diversidade das experiências das sociedades humanas.

A questão que orienta este estudo é: dentro deste contexto, que papel joga a União Européia (UE)? É importante investigar o papel que ela desempenha no mundo da globalização tanto sob o ângulo das transformações estruturais – que incitam transformações analíticas –

* Bruno Frederico Müller é aluno do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal Fluminense (UFF).

quanto sob o ângulo dos próprios atores. É fundamental, ao avaliar esta questão, levar em consideração que futuro os realizadores desta grande União continental vislumbram para a Europa. Estando ciente da visão de mundo dos protagonistas da reforma da UE, estaremos habilitados para desconstruir o seu discurso, de modo a melhor compreender o que ele revela e o que silencia; seus alcances e suas limitações; seus avanços e retrocessos.

Podemos antecipar, de qualquer modo, que não é de pouca importância o estudo do processo político que ora se desencadeia no Velho Mundo. É por demais cedo para qualquer sentença sobre o futuro da UE na ordem internacional. Não é possível, para o analista social, antecipar se a UE será de fato um protagonista das relações internacionais ou apenas uma União de Estados frágeis em busca de sobrevivência na ordem global. Este estudo mantém sua relevância, entretanto, devido aos objetivos expressamente declarados de fazer da UE um farol do mundo globalizado e devido aos desafios que a sua construção, reforma e ampliação – a partir da integração de novos países, da constitucionalização e aprofundamento dos laços entre os Estados nacionais – lançam sobre conceitos há muito consagrados pelas ciências sociais – em particular, os conceitos de Estado, Estado-nação e Constituição.

Feita tal análise, poderemos avaliar com maior clareza quais as possíveis aproximações e distanciamentos do projeto de uma União Européia em relação a uma ordem cosmopolita que tem como base teórico-conceitual os estudos de Ulrich Beck e Jürgen Habermas.

II. Algumas palavras sobre cosmopolitismo

Para aclarar a discussão que pretendemos levar adiante, é necessário, primeiramente, enunciar e clarificar o conceito que irá orientar a análise. Segundo Ulrich Beck, o tempo em que vivemos é de crise da modernidade, que ele define como a era da Ilustração e dos Estados-nação que continham as redes de comunicação e comunidade. Segundo Beck, esta modernidade, seus “modelos coletivos de vida, progresso e controle, pleno emprego e exploração da natureza” estão hoje sendo desafiados por cinco processos. A *globalização* é um desses processos característicos da pós-modernidade, sendo os outros: a *individualização*, a *revolução dos gêneros*, o *subemprego* e os *riscos globais*. Os cinco processos

estão interligados e, dialeticamente, representam a vitória e a superação da primeira modernidade. São resultado de conseqüências imprevistas do processo, uma “modernização radical” em que as idéias de certeza, controle e segurança entram em colapso (Beck, 2002a: p. 2). Beck afirma que, se transpostos os desafios impostos pelo que os teóricos conceituam como pós-modernidade, “Aquilo que aparenta ser decadência poderia ser transformado no anúncio de uma *segunda modernidade*” (Beck, 1999: p. 26; grifo nosso).

A primeira modernidade foi marcada pelos ideais universalistas do Iluminismo. O universalismo contém um elemento excludente e preconceituoso, por limitar-se a dois tipos de atitude ante o “outro”: a conversão (como no caso do cristianismo) e a exclusão (como no caso da nação em relação ao estrangeiro). Na segunda modernidade, com a erosão das fronteiras e a ascensão do indivíduo, poderá surgir uma nova era de pluralidade e multiculturalismo que Beck conceitua como *cosmopolitismo* (Beck, 2002a: pp. 1-28).

Beck não vê contraposição entre individualização e sociedade. A individualização resulta de uma democratização que dá ênfase ao indivíduo. A individualização na verdade implica um estilo coletivo de vida – só que partindo dos indivíduos, ao invés de coletividades (família, tribo, clã, nação, etc.) Este indivíduo está pleno de valores éticos e morais, mas é estranho às barreiras da nacionalidade e possui maior sensibilidade moral a uma série de questões, desde os direitos humanos e a igualdade de gênero e raça até o meio ambiente e os direitos dos animais. A segunda modernidade cria condições para o surgimento de um *individualismo cooperativo*.

Enquanto o universalismo da primeira modernidade indistingue entre indivíduo e sociedade, o cosmopolitismo parte do reconhecimento da alteridade e das diferentes experiências culturais. Por reconhecer o outro como legítimo, é includente. Traz implícito uma noção de diversidade e carrega consigo o conceito de transnacionalidade. Daí também uma percepção mais *inclusiva*, livre da barreira estabelecida pela nação. Isso cria a possibilidade de uma sociedade mais aberta, tanto ponto de vista coletivo quanto individual. Por isso, Beck define a sociedade mundial como uma *globalidade*, que vive uma unidade na diversidade. À luz desse novo contexto, Beck urge para a possibilidade concreta de se forjar uma sociedade e consciência *mundial e cosmopolita*

– multicultural, inclusiva e democrática, e descentralizada devido à nova ascensão de um indivíduo coletivamente consciente e atuante.

III. O debate sobre a Constituição Européia

Começaremos nossa análise pelo debate em torno da elaboração de um projeto constitucional para a UE. As discussões e polêmicas começam com a aplicação do conceito de Constituição para aquilo que seria a lei maior de um organismo interestatal¹. Tanto políticos quanto analistas demonstram pudores em abraçar sem restrições o termo “Constituição”. Para os políticos, soaria, diante do seu público interno, como a renúncia à soberania nacional. Para os analistas, uma contradição em termos, já que a Constituição é concebida como a lei maior de um Estado nacional. O debate sobre a constitucionalização encontra-se mergulhado em formalismos e na aparente incompatibilidade de conceitos. Os contendores esgrimam exemplos históricos. Entretanto, a constitucionalização e a construção de uma ordem européia dependem mais do futuro que do passado. A partir de agora, pretendemos demonstrar que o emprego do conceito de Constituição para denominar a Carta Magna da União Européia não só é possível como adequado, e que não se faz à expensa do que anteriormente entendíamos por Estado, Constituição e organismos interestatais.

Luis María Díez-Picazo, com muita precisão destaca porque os tratados internacionais não diferem tanto das constituições quanto geralmente crêem os estudiosos. Tanto a Constituição como um Tratado resultam na cessão de soberania por parte dos Estados membros. A diferença é que, enquanto em uma Federação, os Estados perdem completamente sua independência, em um tratado internacional, os Estados se mantêm independentes à exceção dos temas em que o tratado versa. O argumento de Díez-Picazo é que, inclusive pelo exemplo histórico de Estados federados, como os Estados Unidos da América, a Alemanha e a Suíça, a Constituição de uma Federação pode evoluir de

¹ Definimos como interestatal aqueles organismos que não substituem a soberania dos Estados nacionais, mas que instituem algum tipo de cooperação ou compromisso. Adiante, definiremos a União Européia como um organismo *supranacional*, pois neste caso não há apenas cooperação, mas todo um arcabouço jurídico-burocrático (típico de um Estado) que se sobrepõe à soberania dos Estados-membros em certas questões.

tratados entre Estados soberanos. No caso dos Estados Unidos, a verdade é que é controverso se a Constituição de 1787 fora um tratado entre Estados soberanos ou entes de uma Federação – embora de certo modo a Guerra Civil Americana tenha “solucionado” o impasse... A Constituição de uma Federação, como um tratado internacional, requer, em sua fundação, do consentimento dos Estados membros. Os tratados internacionais, diferente do que afirma o senso comum, nem sempre exigem unanimidade para sua modificação e esta poderá ser vinculante mesmo no caso de um Estado que não tenha consentido na mudança. Este princípio está consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Também a retirada unilateral de um Estado membro de um organismo internacional, como a retirada de um Estado de uma federação, não depende exclusivamente da vontade do ente em secessão. Disso tudo se infere a natureza semelhante entre Tratados e Constituições e a conseqüente conclusão de que a redação de uma Constituição Européia não só não se trata de uma “aberração” ou de um abuso do conceito, como sequer seria um fato tão inédito, em termos históricos, podendo-se encontrar semelhanças com o desenvolvimento de outros Estados federativos.

A Constituição Européia também perde um pouco de seu ineditismo se tivermos em mente os equívocos de interpretação que acompanham as teses nacionalistas que se levantam em objeção à federalização da União Européia. Críticos argumentam que falta à UE um *povo* que legitime o poder da União garanta sua coesão social. Afirmam ainda que, na ausência dessa *identidade européia*, o déficit democrático da União jamais poderia ser superado: é fundamental para a democracia a existência de um povo que compartilhe das mesmas tradições políticas que constitua uma opinião pública capaz de orientar e fiscalizar a atuação dos governantes.

Estes argumentos ignoram em larga medida a história dos Estados-nação e a *construção* dos mesmos. O emprego do substantivo não é gratuito: as nações são coletividades construídas historicamente, e não grupos etno-culturais perenes. De fato, ao contrário do que versa o senso comum, os Estados não se formam em torno de nações, mas bem o oposto: as nações são construídas, nem sempre de forma pacífica, no interior de Estados já constituídos. Em detrimento de minorias étnicas e grupos subnacionais, os Estados impuseram uma língua oficial e todas

as ferramentas ideológicas do Estado-nação. A identidade nacional se constitui depois dos Estados, não antes, e não guarda relação direta nem necessária com o compartilhamento de língua, origem, religião e tradições. Ademais, exemplos não faltam, mesmo nos dias de hoje, de democracias multiétnicas e multinacionais. Não há porque supor que a Europa unida não possa obter êxito semelhante. Enfim, como argumenta Díez-Picazo, esta Europa, apesar das diversidades, já conta com sua própria opinião pública, em torno dos “grandes problemas europeus”, como a moeda, a ampliação, intervenção humanitária e a própria Constituição. Além disso, existe “ao menos entre as elites, uma crescente circulação de notícias e opiniões em escala continental” (Díez-Picazo, 2002: p. 71). Não há qualquer obstáculo *estrutural* para que esta opinião pública se expanda por todas as camadas sociais da União – não vem da heterogeneidade nacional o obstáculo à democratização da UE, esta é a nossa conclusão.

Não obstante, mesmo aqueles que não vêem na ausência de uma realidade nacional um limite para a integração ressaltam que a legitimação do poder “não pode realizar-se por meios puramente racionais, mas necessita também dos sentimentos” (Idem, p. 77), algo que também Jürgen Habermas destaca: uma identidade que congregue desde portugueses até suecos, e que convença os cidadãos de diferentes países a fazer sacrifícios em benefício de cidadãos além de suas fronteiras. Habermas tenta solucionar o problema propondo um *patriotismo constitucional*², ou seja, a criação de uma identidade europeia baseada em valores e procedimentos democráticos. No entanto, como ressaltam tanto Díez-Picazo quanto Fine e Smith, o *patriotismo constitucional* é mais um diagnóstico que uma solução, e Habermas não consegue explicar porque a integração, além de possível, é *necessária*.

O debate sobre a constitucionalização da União Europeia não se resume a questões meramente conceituais. Ela terá efeitos práticos que precisam ser levados em consideração. A democratização da UE, por exemplo, é uma necessidade que transcende as questões conceituais. Estas tomam importância na medida em que orientam o caminho – ou

² Este conceito foi primeiramente definido por Dolf Sternberger. Conferir STERNBERGER, D. *Patriotismo constitucional*, n. 19, Serie de Teoria Jurídica y Filosofía Del Derecho, Universidad Externado de Colômbia, 2001.

descaminho – dessa democratização. Destacar que a ausência de uma identidade europeia não impede a construção de uma democracia europeia não equivale a dizer que não existem obstáculos para tal construção. Sob nosso ponto de vista, o maior problema para a democratização da UE se encontra numa *crise derivada de legitimidade*: o motor do processo de integração, até aqui, tem sido os governos dos Estados, num processo de pouca transparência e num momento específico em que os próprios governos perdem legitimidade perante suas populações. Em outras palavras: governos nacionais menos representativos concentram o poder na UE, de modo que as decisões desta não passam pelo crivo do público carecendo, assim, de legitimação democrática. Ulrich Beck chama atenção para a existência de uma falsa democracia: como os membros da União Europeia podem se considerar democracias quando a maioria das leis aprovadas em seus parlamentos são “meras transposições das diretrizes emitidas por Bruxelas, a Organização Mundial do Comércio, etc.?” (Beck, 2002a: pp. 21-2). Os riscos para a democracia estariam, nestes casos, vinculados, em grande parte, ao êxito da política neoliberal no plano global.

Nas palavras de Díez-Picazo, o constitucionalismo é a “doutrina que sustenta a necessidade de estruturar e limitar o poder político através do direito” (Díez-Picazo, 2002: p. 17). Nesse sentido, a Constituição viria justamente como resposta à urgência de delimitação dos poderes e competências da União em relação aos Estados-membros. No entanto, sustenta este mesmo autor, a UE está carente de um autêntico constitucionalismo, dada a fragilidade da sua única instituição representativa: o Parlamento Europeu. Díez-Picazo afirma que a aprovação de uma Carta de Direitos Fundamentais – incorporados ao projeto de Constituição – foi um passo importante na construção de uma “democracia constitucional em escala continental”. A UE, entretanto, sob nosso ponto de vista, segue pobre de legitimidade democrática devido ao modelo que escolheu para a elaboração de seu projeto constitucional: a Convenção.

Tida por autores como Aldecoa como um modelo paradigmático e genuinamente democrático, a Convenção desperta nossa desconfiança devido à sua estrutura hierárquica e aos seus poderes derivados. Dito em outras palavras: a Convenção não teve nenhum representante eleito especificamente para a elaboração de um projeto constitucional. Ela foi

convocada pelos chefes de Estado e governo na Declaração de Laeken; foi composta por parlamentares europeus e nacionais. A sociedade civil seria representada por organizações não-governamentais que teriam papel consultivo. Portanto, nenhum representante direto das populações fora eleito para colaborar com o projeto, como seria em uma Assembléia Constituinte, nem teve direito a voto – embora Aldecoa objete que a Convenção procurou ao máximo o consenso e instituiu grupos de trabalho com a participação das ONGs da sociedade civil. Este autor ressalta que estes grupos de trabalho em grande parte delinearão o projeto. De qualquer modo, sendo duvidoso os critérios de indicação dos parlamentares e a representatividade das ONGs que participaram, além do fato de que os trabalhos da Convenção foram presididos por pessoas indicadas, e chegamos à conclusão de que, longe de ser um órgão democrático, prevaleceu na Convenção as iniciativas dos chefes de Estado e de governo. Pode-se contra-argumentar que, sendo estes chefes eleitos pela população, ela estaria representada por princípio. Sabemos, entretanto, que se trata de um argumento ingênuo, levando em consideração que o poder delegado pelos chefes de Estado é um poder derivado, que a distância entre as decisões de um governo e as aspirações de uma população são agravadas pela crise de legitimidade dos governos europeus e que os próprios chefes de Estado admitem a falta de transparência na condução dos assuntos da União Européia. Como definiu o constitucionalista Dieter Grimm, “o poder público europeu não deriva do povo, mas da mediação dos Estados” (citado em Vieira, 2004: p. 71). Grimm, que acredita que a UE possui um déficit democrático estrutural, afirma que a Constituição pode ser “um instrumento para que a democracia se concretize no âmbito da União Européia” (Idem, pp. 71-2). Ele objeta, no entanto, que o tratado constituinte é marcado por evidente deficiência democrática. Se, como afirma Grimm, é um dos papéis de Constituição “traçar os limites entre o poder estatal de coerção e a liberdade individual, de outro”, a Constituição Européia nascerá, mais claramente, da necessidade de regular uma comunidade de Estados – daí em grande parte as observações sobre esta ser, na verdade, um tratado. Por outro lado, ela extrapola o papel de um tratado ao versar sobre temas como os direitos fundamentais e reclamando para a União competências classicamente atribuídas ao Estado-nação.

A despeito de todas essas objeções, a Constituição, ao definir os limites do poder da União, poderá contribuir de fato para maior transparência e democracia neste organismo. Por todas as razões acima expostas não cremos que o déficit democrático da UE seja estrutural. Superá-lo, entretanto, passa por um processo bem mais amplo e democrático do que foi a própria Convenção. É de fundamental importância para este objetivo, também, como ressaltam tanto Grimm quanto Díez-Picazo, o fortalecimento do Parlamento Europeu. Não obstante, superar o déficit democrático da UE, entretanto, pode não ser do interesse nem dos seus defensores nem dos seus críticos. Para os governos europeus – ao menos a maioria deles – parece conveniente deixar as decisões longe do alcance e dos olhos do público³. Os “eurocéticos”, por sua vez, além de por definição desconfiarem das instituições supra-nacionais – sendo porta-vozes do princípio da soberania nacional – podem esgrimir, em defesa de sua tese, a falta de transparência e de democracia no interior destas instituições. Aparentemente, o modelo tecnoburocrático da UE recebe o reforço indireto dos grupos e governos que, em nome da preservação da soberania, rejeitam o aprofundamento das instituições da União.

É interessante destacar a abordagem de Díez-Picazo acerca do debate sobre a soberania. Longe do senso-comum acerca do tema, ele cita Herbert Hart para argumentar que a soberania contemporânea é atribuída *dentro* do direito internacional, e não à sua margem – são soberanos os Estados reconhecidos pela ordem internacional. O direito internacional zela pela igualdade jurídica dos Estados. O uso acritico do argumento da soberania, conceito que o constitucionalismo contribuiu para relativizar, conduz à idéia da necessidade de existência de um soberano – o Estado – não submetido à limitação jurídica. Esta visão nos leva de volta aos tempos do absolutismo, quando a autoridade do poder soberano dentro do Estado era absoluta – o que significa dizer que o poder equivalia ao Estado – e as relações internacionais não tinham qualquer instrumento de mediação – o que significa dizer que a guerra

³ É interessante constatar que dos três países que não aderiram à zona do Euro – onde a competência pela política monetária é exclusiva da União – ao menos a Grã-Bretanha tem um Banco Central autônomo, o que em outras palavras significa que também lá a moeda está apartada das questões políticas e, logo, longe do alcance do cidadão comum.

era um instrumento legítimo⁴. Díez-Picazo exorta ao abandono do conceito de soberania no ordenamento jurídico e político, alegando que este traz consigo “a inconfessável crença na inata superioridade do próprio grupo” (p. 134).

IV. A Declaração de Laeken

Esta Declaração (anexado em Vieira, 2004: pp. 173-87) é um documento muito rico para entendermos o que move a União Européia. Para quem procura nesse texto evidências de algo novo para as teorias das Relações Internacionais, entretanto, ele resulta em grande frustração, dado seu conteúdo conservador. O explícito interesse na “gestão da globalização”, a repetida recorrência a termos como “vanguarda” e “potência”, a abordagem da questão da imigração deixam nítida a orientação *conservadora* da União, podendo ser enquadrada na mais típica das leituras realistas. Projetos genuinamente cosmopolitas – conforme definido por Ulrich Beck – só poderão aflorar *apesar* da corrente majoritária que move a União, e não em função desta.

Em primeiro lugar, fica claro ser a globalização o motor externo da integração. O que preocupa no contexto da globalização? Três questões vêm à tona: a segurança, a economia e a imigração. Quanto ao primeiro, as referências ao terrorismo, fanatismo religioso, nacionalismo étnico, entre outros. No segundo, a necessidade de desenvolvimento e competitividade no capitalismo global. No terceiro, a necessidade de “controle dos fluxos migratórios” (Idem, p. 176). Para todos, o mesmo diagnóstico: a necessidade de integração para enfrentar estes problemas que extrapolam as fronteiras e “só podem ser resolvidas através da cooperação” (Idem, p. 177). Também podemos encontrar referências às questões da pobreza e do meio ambiente. E logo no início, é afirmado que os limites da União são a democracia e os direitos humanos. Mas os dois focos centrais da declaração, a globalização e uma maior proximidade

⁴ Na presente ordem, ao menos sob luz do direito internacional, a guerra é um instrumento ilegítimo, ao menos para os signatários da Carta das Nações Unidas, cujo artigo 2.4 afirma: “os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas”. Dentro dos dispositivos da Carta, a intervenção armada é somente autorizada sob manifestação expressa do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

da UE aos cidadãos, levam à centralidade das questões da reforma – incluindo a constitucionalização – e a construção de uma *potência*.

Potência é um termo recorrente na Declaração. Seus objetivos, assumir papel na “gestão da globalização”, prover segurança sem fechar os olhos às injustiças, “alterar as condições no mundo por forma a que não ofereçam vantagens apenas aos países ricos, (...) dar um enquadramento ético à globalização” (Idem, p. 176). Ora, tais afirmações fazem certamente a felicidade dos adeptos do realismo nas Relações Internacionais. Não resulta de mero cinismo as fortes desconfianças de hipocrisia nas exortações éticas sobre justiça e igualdade no mundo globalizado. Se pela interpretação literal do texto podemos apenas afirmar que a ascensão à condição de *potência* e a assunção de uma posição de *vanguarda* são meios para atingir o fim de uma ordem internacional estável e justa, a experiência histórica e política nos advertem de que é o discurso ético o verdadeiro meio, servindo ao fim de construir uma Europa Potência. Toda doutrina imperialista lança mão de proclamações universais – daí uma das razões de nossa tentativa de contrapor o cosmopolitismo ao universalismo. Toda potência hegemônica proclama trabalhar para a estabilidade e justiça internacionais, bem como a prevalência de valores universais que ela própria estabelece – assim, a Grã-Bretanha exportou a *civilização* no século XIX, os Estados Unidos defendem a *liberdade* e a *democracia*, inicialmente contra o perigo comunista, e atualmente contra o terrorismo. Não tarda a ficar claro, entretanto, que tais valores universais acabam servindo a fins bem específicos e a expressar princípios autoritários, excludentes e preconceituosos, com os quais a identidade nem sempre pode se estabelecer e em nome dos quais são tomadas atitudes não só arbitrárias como também contraditórias. Não nos parecerá diferente no caso das pretensões declaradas pela União Européia.

O outro grande destaque deste documento é a questão da reforma da União, de modo a democratizá-la, simplificar suas regras, aproximar os cidadãos. O foco central aqui é dar mais transparência, democracia e eficácia à União, definir com clareza as suas competências e sua relação com as instituições nacionais – tais como os parlamentos, aproximá-la e legitimá-la diante dos cidadãos, melhorar o processo decisório. Esta reforma, levaria em última instância, à aprovação de um texto constitucional. Para definir o rumo da organização e debater o tema da

constitucionalização, a Declaração se encerra com a convocação de uma Convenção, cuja composição e métodos de trabalho são definidos, incluindo a nomeação do Presidente, Valéry Giscard d'Estaing e os vice-Presidentes Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene.

Note-se que os dois grandes temas estão interligados: aproximar os cidadãos significa estar atento aos seus reclames neste contexto específico da globalização, assim como a reforma da União é tida como primordial para que esta aja de modo eficaz para atingir seus objetivos de se tornar um ator capaz de definir os rumos do supra-citado processo.

Também merece menção a afirmativa de que a UE não pretende se transformar num “Super-Estado” (Idem, p. 177), a qual parece dirigida para apaziguar aqueles que, dentro da União, temem pela perda de soberania nacional. Este tema, entretanto, pretendemos desenvolver num tópico à parte. Antes, porém nos voltaremos a uma breve análise do projeto de um tratado constitucional.

V. O Projeto Constitucional

Já discutimos a disputa semântica e jurídica em torno dos conceitos de Tratado ou Constituição. Neste item pretendemos analisar alguns pontos do que, por razões já expostas, preferimos definir afirmativamente como um projeto constitucional.

O “Projeto de Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa” (anexo em Vieira, 2004: pp. 189-254), como bom documento jurídico, apresenta-se em linguagem técnica e formal, aparentemente neutra, sendo por isso bem mais difícil de analisar que a Declaração de Laeken, ao menos para os que não tem formação jurídica. Apenas os preâmbulos deixam nítidas algumas construções mais subjetivas. Ainda assim, tentaremos analisar parte do projeto levando em consideração aquilo que ele expressa e aquilo que ele deixa de expressar. Faremos algumas considerações acerca dos objetivos e do tema da cidadania – será possível uma cidadania cosmopolita na União Européia? Esta é uma das perguntas que pretendemos responder.

Estamos atentos à advertência de Jürgen Habermas, de que existe uma genuína vontade da maioria do povo europeu pela União. Neste ponto, não seria demais lembrar que todo país membro da UE teve seu ingresso referendado pela sua população – o que dá ao menos a esta etapa inicial um caráter democrático. Por isso, Habermas fala que esta

não é somente a União dos Estados, mas também dos povos europeus. O principal motivador dessa união, ainda segundo Habermas, seria a globalização e a vontade dos povos europeus de preservar as conquistas do *welfare state*. A União seria “a melhor alternativa à preservação dos Estados nacionais” (Idem, pp. 77-9). Trata-se de uma interpretação bem interessante, pois abandona a visão tão freqüente de choque entre Estados nacionais decadentes e o Estado supranacional emergente, e adota uma leitura que privilegia a complementaridade. A dupla filiação da União é expressa nos preâmbulos do Projeto e da Carta de Direitos Fundamentais, que falam em nome de ambos: Estados e povos. Mesmo convencidos da pertinência dos argumentos de Habermas, entretanto, temos que ressaltar que não se pode ignorar que os grandes sujeitos da União têm sido os Estados, e que os documentos aqui analisados apenas confirmam isso ao ressaltar a necessidade de democratizar a União e aproximá-la dos cidadãos.

O Preâmbulo procura destacar a existência de uma identidade europeia, expressa nos valores do humanismo, na civilização, nas tradições culturais e religiosas partilhadas. A união destes povos seria um passo à frente na sua evolução e no cumprimento das responsabilidades destes povos “para com as gerações futuras e para com a Terra” (Idem, p. 192). Quais seriam as possíveis contribuições deste preâmbulo ao debate do cosmopolitismo? Ele decerto afirma, textualmente, como no conceito de Ulrich Beck, a “unidade na diversidade” (Idem, p. 192). E com certeza não deixa de ser um avanço frente ao nacionalismo a visão de uma história compartilhada por diferentes povos. Também é digno de nota que o preâmbulo afirme uma responsabilidade da União com toda a Terra. Esta, em particular, é uma declaração ambígua, entretanto, pois isolada não deixa entrever se tal responsabilidade se exerce como um compromisso igualitário entre os povos ou como um poder hegemônico. A confusão se desfaz se recordarmos a menção explícita da Declaração de Laeken à aspiração de elevar a União à condição de *potência*. Não, não é um compromisso cosmopolita que move a ação externa da União Europeia. Ela se move por uma pretensão hegemônica justificada pelo compromisso de paz e estabilidade na ordem internacional e vagos ideais de ética e justiça no contexto da globalização. A conclusão a que isto nos leva é que *reside nas fronteiras geográficas e culturais da União Europeia o limite do seu cosmopolitismo pós-nacional*. E esta conclusão se confirma

ao analisarmos a questão da cidadania europeia e a menção de um problema inquestionável por ela enfrentado: o problema da imigração.

Em seus objetivos o Projeto afirma o compromisso da Europa com o capitalismo, ressaltando as metas do desenvolvimento sustentável, do “pleno emprego e progresso social”, bem como a preservação do meio ambiente e o combate à exclusão social e à discriminação. Internamente, afirma seu compromisso com a diversidade cultural. Externamente, “afirma e promove seus valores e interesses”, contribuindo para “a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta”, respeitando o direito internacional e reconhecendo a Carta das Nações Unidas (Idem, pp. 193-4).

Diferente do Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957, que não era incompatível com uma “hipotética experiência de socialismo democrático”, como destaca Díez-Picazo (Díez-Picazo, 2002: 144), este Projeto afirma seu vínculo com o capitalismo através da menção a uma “economia social de mercado altamente competitiva” (Vieira, 2004: p. 193). Também não vislumbra algum tipo de sociedade pós-industrial e pós-trabalho, já que para aplacar os temores advindos da automação e do desemprego, afirma seu compromisso com o pleno emprego. Trata-se, do nosso ponto de vista, de dois retrocessos conceituais. O Projeto não só não vislumbra nenhum tipo de sociedade pós-capitalista, como abraça o sistema com “ressalvas” tendo em vista um modelo de capitalismo social. Naturalmente, não seria de se esperar de um projeto constitucional o vislumbre da necessidade ou possibilidade de mudança no sistema produtivo. Não deixa de ser digno de nota, entretanto, a diferença apontada por Díez-Picazo com o Tratado de 1957. Igualmente importante é perceber que o texto tem como horizonte um período do sistema capitalista que nos parece historicamente datado – o *welfare state*. A Constituição Europeia, assim, já nasce defasada em relações aos desafios da nova ordem global e da revolução científico-tecnológica⁵. É de fundamental importância, entretanto, que toda sociedade comece

⁵ O texto do objetivo, como bem destacou Francisco Aldecoa (2003), resultou de um compromisso entre direita e esquerda ao optar por uma “economia social de mercado”. A menção ao pleno emprego também ela resultou da pressão dos setores da esquerda europeia, uma demonstração clara de que os horizontes da mesma não se expandiram além da crise do *welfare state* e das mudanças estruturais na economia capitalista.

um amplo debate e questionamento sobre como enfrentar o problema do desemprego estrutural: numa sociedade em que muitos postos de trabalho perdem-se para a automação, é importante fazer uma reflexão sobre a libertação do homem do trabalho, que somente se constitui numa tragédia porque a riqueza produzida por essa sociedade está atrelada ao trabalho como valor e pilar da sua organização social e econômica. É importante destacar, entretanto, como fazem Vieira e outros autores, que a categoria dos sujeitos da União teve uma evolução significativa ao passar de trabalhadores para cidadãos (Vieira, 2004: p. 130). Essa mudança significa que os indivíduos no território de vigência da Constituição são sujeitos em todas as ramificações da sociedade – não apenas no mundo do trabalho. Isso demonstra claramente a passagem da União Européia, de uma organização para cooperação econômica para um outro tipo de entidade, de caráter político – que nós pretendemos demonstrar, mais à frente, tratar-se de um Estado.

O compromisso assumido com o direito internacional e a Carta das Nações Unidas, por outro lado, se configura como uma conquista de grande importância e muito relevante para o debate nos campos do Direito e das Relações Internacionais. Trata-se de um claro reconhecimento da existência de uma ordem internacional que os realistas tanto rejeitam. Trata-se também de uma adesão explícita a pelo menos parte das regras que regem essa sociedade internacional. Se considerarmos somente o Projeto Constitucional europeu, portanto, não poderemos admitir como válido o conceito da sociedade internacional como uma sociedade anárquica.

Por último, devemos fazer algumas considerações sobre a questão da cidadania européia. Não é um fato insignificante que a cidadania européia é proclamada como complementar à cidadania dos Estados, e atribui-se a estes a competência de conceder a cidadania. A criação da cidadania européia, uma cidadania comum aos cidadãos de todos os Estados-membros, representa uma evolução interna.

Baseado nos trabalhos de Luis María Díez-Picazo, podemos concluir que a cidadania é a plenitude de direitos políticos. Nas democracias contemporâneas, a cidadania se difere da nacionalidade. Este autor nos oferece algumas reflexões muito importantes para analisar o conceito de cidadania – que como ele próprio afirma, tem sido empregado, nos últimos tempos, fora de seu contexto jurídico. Segundo o autor, no

século XX a cidadania desvinculou-se da plena capacidade jurídica. Nesses tempos, triunfou a visão liberal de que o cidadão tem direitos inatos e os deveres que a lei lhe atribui (oposto à lógica republicana de que só é cidadão aquele que defende o Estado – o soldado). Afirmo o autor que a democratização das sociedades “pode e deve conduzir à abolição da diferenciação entre cidadão e estrangeiros residentes para efeito do gozo de direitos políticos” (Díez-Picazo, 2002: p. 60). Ele destaca que a cidadania não é um termo meramente positivo, mas que, tendo o papel de atribuir direitos, define igualmente aqueles que não os possuem. O conceito de cidadania é excludente. Neste sentido, a criação da cidadania europeia não deixa de ser uma barreira aos imigrantes (Idem, p. 65).

O mais importante a se ressaltar aqui são as leis cada vez mais restritivas dos Estados europeus para a concessão da cidadania. Países como a Alemanha têm adotado o critério sangüíneo (*jus sanguinis*) que condena gerações inteiras de imigrantes à marginalização no processo político. Trata-se de um retrocesso diante dos critérios liberal e de livre eleição de residência (este instituído pela Revolução Francesa). Talvez seja este o mais importante retrocesso da Europa, que no campo dos direitos políticos está cada vez mais restrita, e não aberta. Novamente, a Europa, longe de ser cosmopolita, se revela restritiva em relação aos indivíduos que vivem além das suas fronteiras.

Mesmo a evolução interna representada pela criação de uma cidadania europeia deve ser matizada. A importante advertência de Díez-Picazo é que “sem um fortalecimento e, sobretudo, uma verdadeira democratização das instituições da União Europeia dificilmente poderá consolidar-se um povo transnacional” (Idem, p. 63). Os limites da transnacionalidade europeia podem acabar por revelar os limites do cosmopolitismo, na medida em que a Europa construir a sua própria identidade política comum.

Também é inquietante constatar que, dentre todos os princípios humanistas consagrados pela Carta de Direitos Fundamentais, nenhuma palavra é dita sobre os direitos dos imigrantes ilegais da Europa. A questão da imigração se revela, portanto, um ponto chave na discussão sobre a amplitude da União Europeia e de seus valores.

VI. Europa: um novo tipo de Estado

Terá significado estrutural o aprofundamento e a federalização da União Européia? Em outras palavras: apesar das ressalvas feitas, constituir-se-á a UE num novo tipo de Estado, supranacional? Esta é a questão que pretendemos responder neste item.

A maioria dos autores rechaçam com veemência a hipótese da UE constituir-se num Estado. Ainda que muitos o façam por não conseguirem conceber, conceitualmente, um Estado com outro tipo de organização que não a nacional, alguns apresentam argumentos importantes para o debate. Por exemplo, o fato de que os Estados-membros mantêm autonomia organizacional, constitucional e administrativa, e que muitas atribuições chave continuam sob seu domínio. Outros afirmam que a UE não possui nem as atribuições nem os instrumentos de um Estado. Na verdade, se levarmos em consideração a realidade além do mito do Estado-nação, o exemplo de certos Estados federativos e multiétnicos (ou seja, Estados que, sob o rótulo de “nacionais” têm uma constituição multinacional), nem mesmo a aceitação de que a União se constitui num Estado traria grandes desafios conceituais aos estudiosos. Entretanto, como pretendemos demonstrar, a relação *sui generis* da UE com seus Estados membros pode constituir um *bloco estatal*, um *Estado de novo tipo*. E a restrição feita baseada na definição de atribuições deve ser relativizada, tendo como referência a crise e transformação do Estado no período pós-Guerra Fria e no contexto da globalização.

A autonomia institucional dos Estados membros é um direito reconhecido pela União Européia, o que limita e condiciona a validade dos atos das instituições comunitárias – elas não podem ferir o princípio da autonomia. No entanto, como destaca Díez-Picazo, o princípio da autonomia não é válido na fase ascendente do direito comunitário – a fase de elaboração. Isso implica que os Estados não podem legislar sobre temas de atribuição da União. E, nestes temas, ainda que caiba aos Estados membros autonomia para escolher o processo de execução de uma decisão da União, esta tem sempre caráter *vinculante*. Trata-se de um modelo muito próximo de uma federação – e Díez-Picazo ressalta sua semelhança com o modelo federativo alemão. Os limites para os Estados membros na aplicação da autonomia institucional são claros. Na prática, temos muitos sinais de *centralização* no processo de tomada de decisão, contrariando os princípios da descentralização e da independência judicial.

E quais são as competências atribuídas à União? Estas ainda são motivo de debate e disputa. Usaremos como referência, entretanto, o projeto da Constituição Européia. São competências exclusivas da União: regulação do mercado interno; política monetária (para os países que adotaram o Euro); política comercial comum, união aduaneira; conservação dos recursos biológicos do mar; celebração de acordos internacionais, quando esta “esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer sua competência interna ou afeto um ato interno da União” (Vieira, 2004: p. 199). Além de tais competências, a União pode “desenvolver ações de apoio, de coordenação ou de complemento na área da indústria, proteção e melhoria da saúde humana, educação, formação profissional, juventude e desporto, cultura e proteção civil” (Idem, p. 154). A União tem ainda competência para coordenar políticas económicas e de emprego e definir e implementar uma política comum de defesa e segurança.

Vale ressaltar também as áreas de competência compartilhada entre União e Estados membros. São eles: “mercado interno; espaço de liberdade, segurança e justiça; agricultura e pesca (...); transportes e redes transeuropeias; energia; política social; coesão económica, social e territorial; meio ambiente; defesa dos consumidores e problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública” (Idem, p. 154).

O que podemos extrair dessa leitura é que matérias de importância estratégica ou associadas ao planeamento e coordenação do Estado estão, em geral, sujeitas à competência da União, umas de forma exclusiva, e outras em partilha com os Estados membros. Pode-se ressaltar também a obscuridade de certas expressões que podem dar margem a interpretações muito amplas (“coesão económica, social e territorial”; “problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública”). Conclui-se que o alcance do poder da União é bem amplo e atinge áreas chave. Além disso, é de fundamental importância que qualquer dúvida na matéria de competências deverá ser arbitrada pela Corte Constitucional Européia. Neste ponto, vale a pena recordarmos a seguinte advertência:

Qualquer que seja o modo de repartição adotado, pondera [Dominique] Rousseau, a realidade da divisão será determinada progressivamente, ao fio desse conflito que a Corte Constitucional Européia terá necessariamente que resolver. Na opinião desse autor, a exemplo da jurisprudência nas

unidades políticas complexas, esse órgão regulador de competências tenderá a favorecer o centralismo. (Vieira, 2004: pp. 144-5)

Díez-Picazo identifica como elementos do Estado um aparato governamental, um território e um povo. Em matéria territorial, o direito comunitário se estende por todos os Estados membros e suas possessões territoriais. O poder sobre estas, entretanto, é de competência exclusiva dos Estados membros. Assim também é o direito de conceder cidadania, como vimos. Território e cidadania, portanto, são zonas de grande autonomia dos Estados membros. Há, quanto à cidadania, entretanto, uma regra ditada pela União de que a cidadania concedida por um dos Estados, deve ser reconhecida por todos os outros. Há, portanto, alcance do direito comunitário sobre a matéria.

É fundamental, ao debatermos a natureza da União Européia, aludirmos ao conceito de Estado de Max Weber, um dos mais amplamente adotados nas ciências sociais. Weber afirma que traço definidor do Estado moderno é o monopólio legítimo da violência. Nos Estados federativos, tais como Estados Unidos ou Alemanha, os governos federais mantêm as forças armadas sob competência federal, mas o poder de polícia fica sob competência das unidades federadas. Isso não representa quebra no monopólio do uso legítimo da força, primeiro porque o conceito de federação é justamente a “partilha das atividades estatais entre dois níveis de governo”; segundo, porque os particulares continuam excluídos. Pelo que foi dito, a competência dos Estados membros da União sobre a manutenção interna da ordem não viola o conceito de Estado, se tivermos em mente uma federação. Não obstante, se levarmos em consideração que até o presente momento a União Européia não detém nenhum instrumento de uso de força – um exército – supranacional, não podemos concebê-la como um Estado, do ponto de vista weberiano. Mas a elaboração de uma política externa e de defesa comum são metas da União que poder estar caminhando para a formação de forças armadas européias.

Por outro lado, consideramos essencial para avançarmos nessa discussão aquilo que pode ser uma qualificação do conceito de Max Weber: *a distinção entre coerção e violência*. Não possuir um contingente armado para prover segurança não implica dizer que a UE não tenha instrumentos de coerção: ela detém o poder de suspender direitos dos

Estados membros que violem os princípios da União – foi precisamente o que se impôs à Áustria quando ascendeu ao governo daquele país um partido de extrema-direita. E aqui vem a hipótese que gostaríamos de levantar: a UE pode ser um Estado dotado de instrumentos de coerção que renunciou ao recurso da violência contra Estados membros – sendo a paz interna um objetivo fundador da Comunidade Européia. Mas o monopólio da violência permanece através destes Estados membros e da cláusula de defesa mútua no caso de um destes Estados sofrer agressão externa. É claro que, a princípio, a ausência de meios de repressão interna levanta sérias restrições à aplicação do conceito de Estado para a União Européia. Deve-se levar em consideração, entretanto: 1) a constituição *sui generis* desta; 2) o fato de que a defesa e política externa comuns são matérias ainda em desenvolvimento; e, especialmente que, 3) no contexto contemporâneo, diante das vantagens políticas e econômicas que a União oferece aos Estados membros, a possibilidade de suspensão de direitos e até expulsão se mostra um mecanismo de coerção efetivo altamente dissuasivo. Talvez, seja até um substituto eficaz da contenção pela força⁶.

Tudo isto nos leva a crer que a *União Européia é um Estado supranacional em processo de construção*. Num tempo em que transformações estruturais nas ordens sociais, políticas e econômicas desafiam a autoridade dos Estados nacionais, podemos conceber a formação de um *bloco estatal*, um Estado de novo tipo, em que os Estados nacionais mantenham sua autoridade sobre matérias “secundárias”, que *não comprometem a ordem social e econômica*: seria o caso do sistema de governo (monarquia ou república; parlamentarismo ou presidencialismo...), da concessão de cidadania ou da delimitação territorial. Outras áreas, como as de política social e econômica, entretanto, fundamentais para enfrentar a competição externa e preservar a ordem interna, passariam à entidade supranacional. Isso imporá uma reavaliação da conceituação de Estado nas ciências sociais, para acompanhar a mudança de funções e atribuições do Estado nacional, resultado do processo de globalização. Seria este um Estado que se encaixaria mais confortavelmente no contexto da *segunda modernidade* descrito por Ulrich Beck.

⁶ Algo que não só os cientistas sociais, mas também os ativistas políticos devem estar atentos, pois, se constatado, daria uma importância ainda maior à construção de uma aliança política além das fronteiras nacionais.

O papel que cumpre a União Européia é aquele de complementar a função dos Estados nacionais, corrigir as limitações a estes impostas no mundo contemporâneo. A UE, assim, vive hoje o dilema entre a reprodução do modelo nacional em escala continental (aproximadamente a proposta de Jürgen Habermas, cuja visão não parte de uma crítica do Estado-nação, mas da necessidade de preservá-lo) e a tecnoburocracia que constitui o déficit democrático atualmente constatado nas instituições e atos da União. Cabe questionar até que ponto os Estados e atores céticos do formato federativo contribuem para fortalecer, com suas posições, o modelo de organização tecnoburocrático, ao entravar o debate sobre o aprofundamento da integração. Poderia ser melhor, mesmo para os setores dissidentes, aceitar travar a luta política no âmbito da União. Do nosso ponto de vista, embora a supranacionalidade possa dificultar o acesso do público a decisões crucias em matéria de política econômica e social (entre outras), muito mais difícil é para o público e os dissidentes intervir no processo como ele existe hoje, com uma UE tecnoburocrática. Democratizar a União pode anular a suposta perda de vantagem que há na disputa dentro das fronteiras nacionais, contanto, é claro, que também os dissidentes se organizem no plano supranacional. De qualquer modo, essa nos parece a melhor solução para estes setores, dado que a integração européia é um fenômeno de difícil reversão. Esta aliança supranacional dos setores dissidentes e da opinião pública seria também uma grande contribuição para que uma Europa cosmopolita se tornasse uma realidade, e não apenas um sonho.

VII. Conclusão

À medida que Europa constrói sua identidade comum, ela definitivamente substitui o Estado-nação podendo resultar, por fim num Estado supranacional idêntico ao Estado nacional tanto nas atribuições quanto no seu universalismo preconceituoso e excludente. Poderemos chegar então à total correspondência do patriotismo constitucional de Habermas com o nacionalismo clássico: uma ideologia que cria identidade comum aos membros “de dentro”, exclui os “de fora”, defende a correspondência entre interesses do povo e do Estado e a idéia de que, para promover estes interesses, pode-se agir em detrimento de outros povos e Estados; uma ideologia que prega a lealdade ao Estado acima de qualquer outra, independente das razões que movem as ações deste

Estado; enfim, uma ideologia reacionária e apta ao imperialismo⁷. A construção da identidade europeia nos leva a questionar se pode a UE gerar seu próprio nacionalismo – não seria esta a essência do patriotismo constitucional? Nossa tendência é responder afirmativamente. Junto ao nacionalismo dos Estados membros, poderemos experimentar um sentimento e uma ideologia semelhantes desenvolver-se em âmbito continental. Desse modo, o Estado supra-nacional não representa o fim do nacionalismo e das demandas a ele associadas. Sequer poderá representar, como já ressaltamos, uma grande guinada na teoria do Estado contemporânea.

Isto dito, a única conclusão possível é que, na sua atual configuração, a União Europeia não é uma entidade portadora de valores cosmopolitas. A UE é uma entidade conservadora, e seu ordenamento tecnoburocrático se interpõe como obstáculo a certas reformas no sistema sócio-econômico do bloco. O déficit democrático, portanto, pode ser oriundo de uma opção consciente dos condutores do processo de integração. E a Convenção convocada para elaborar o projeto constitucional não aparece, pelas razões anteriormente expostas, como um desvio desse rumo tecnoburocrático.

O cosmopolitismo, entretanto, ainda existe como alternativa no espaço europeu. Aproveitar o caminho aberto pela União Europeia, atuando, reivindicando e superando o déficit democrático da entidade pode ser uma opção política mais difícil, porém mais eficiente e consciente do que denunciá-la num nacionalismo estreito, pois a construção de um ativismo supranacional na Europa pode servir de antídoto tanto para o nacionalismo clássico quanto para o “nacionalismo europeu” que imaginamos possível. Está, portanto, nas mãos dos dissidentes da União e dos cidadãos da mesma a construção de um futuro mais aberto, um futuro de diversidade política, econômica e cultural. Uma das questões que a Europa terá de enfrentar na construção de um futuro cosmopolita é a imigração. Não pode perdurar na União que se diz portadora dos princípios do humanismo, liberdade, igualdade e diversidade a contradição da exclusão do direito de cidadania aos imigrantes, mascarando o racismo e o preconceito com alegações de

⁷ Fine e Smith também estão atentos a esta possibilidade (2003).

preservação da tradição cultural ou do espaço econômico e dos empregos, num continente que sofre com a estagnação econômica e populacional – ou seja, que tem como um de seus problemas estruturais, com reflexos na economia em pontos chave como a previdência social, a redução ou estagnação da população, o envelhecimento desta e as baixas taxas de natalidade.

Num mundo em que grande parte dos problemas da globalização são resultado de ações deliberadas do Estado e da transformação das suas estruturas, não cabe esperar do nascente Estado europeu a iniciativa da verdadeira abertura do sistema – não a abertura econômica, mas a abertura social. No momento em que a revolução técnico-científica automatiza a economia, devemos começar a refletir numa sociedade pós-trabalho em que o trabalho possa ser eficientemente gerido em poucas horas de jornada e a riqueza social seja repartida entre todos os homens. Esse não é o caminho que a Europa está tomando, tendo como referências a Declaração de Laeken e o projeto constitucional. O desafio do cosmopolitismo cabe particularmente aos setores dissidentes da esquerda, a qual reivindica a herança das lutas por justiça, liberdade e igualdade. Se a ordem estatal não busca verdadeiras soluções para os problemas da segunda modernidade, é porque esta está sob hegemonia daqueles que controlam a riqueza social. A contestação da ordem estatal, seja para reformá-la ou para superá-la, deve estar, portanto, no centro de um questionamento que se proponha transformador.

VIII. Bibliografia

ALDECOA, Francisco. “Una Europa”: su proceso constituyente, 2000-2003. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? – equívocos do globalismo, respostas à globalização.** Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **La sociedad del riesgo global.** Tradução para o espanhol de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002a.

- _____. O Estado cosmopolita – uma utopia realista. Tradução de Adriana Bebiano. In: **Eurozine**. Publicado em 30/01/2002 (2002b). Disponível em: <http://www.eurozine.com/article/2002-01-30-beck-pt.html>. Acessado em: 24 de janeiro de 2004.
- _____. Toward a new critical theory with a cosmopolitan intent. In: **Constellations**, volume 10, n^o 4, 2003. Oxford-UK, Malden-MA: Blackwell Publishing Ltd., 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Constitucionalismo de la Unión Europea**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2002.
- FINE, Robert, SMITH, Will. Jürgen Habermas's Theory of Cosmopolitanism. In: **Constellations**, volume 10, n^o 4, 2003. Oxford-UK, Malden-MA: Blackwell Publishing Ltd., 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation. Political essays**. Traduzido, editado e com introdução para a língua inglesa por Max Pensky. Cambridge: The MIT Press, 2001.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 23 de junho de 2004.
- VIEIRA, José Ribas (org.). **A Constituição Européia – projeto de uma nova teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na internet

Carlos Affonso Pereira de Souza*

1. A campanha de um alarme

Ao ser indagado sobre o papel desempenhado pela responsabilidade civil na sociedade contemporânea, Stefano Rodotà valeu-se de uma figura bastante elucidativa: “a responsabilidade civil é como a campanha de um alarme.”¹

O significado da expressão mencionada pode ser facilmente percebido, pois tal qual a campanha de um alarme - que soa para chamar a atenção - a responsabilidade civil, quando acionada, visa a evidenciar uma situação que necessita de uma adequada tutela jurídica.

Todavia, como explicitado pelo referido autor, é preciso averiguar, cada vez que o alarme soa, como a técnica da responsabilidade civil deverá ser manejada no caso concreto, pois, em uma organização social com alto grau de danosidade, a hipótese de utilização imprópria da tutela jurídica está distante de ser remota.²

* Carlos Affonso Pereira de Souza é advogado; mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); doutorando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

¹ Entrevista concedida a Gustavo Tepedino, Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, publicada na *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 11 (jul/set); p. 288.

² Idem; pp. 287/288. Valendo lembrar que, com o desenvolvimento da Internet, novas possibilidades de dano foram criadas, especialmente com relação à violações aos direitos da personalidade (cf. Carlos Alberto Menezes Direito. “Os direitos da personalidade e a liberdade de informação”, in *Revista Forense* nº 363 (setout/2002); p. 36.

É nessa conjuntura que se pode enquadrar a responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na Internet, uma vez que diversas ações indenizatórias têm sido propostas em face daqueles por danos eventualmente causados por seus usuários na rede mundial de computadores. Contudo, a ausência de um posicionamento legislativo bem definido sobre o tema, assim como a existência de uma pluralidade de fundamentos para as decisões já proferidas pelos tribunais estaduais, têm gerado situações que demandam uma análise mais pormenorizada dos aspectos jurídicos e técnicos envolvidos na questão.

O presente artigo visa a contribuir para o debate sobre a responsabilidade civil dos provedores, enfocando a hipótese de sua responsabilização perante terceiros por atos praticados por seus usuários. Logicamente, existem diversas situações em que os chamados provedores respondem perante os seus usuários por danos que venham a causar aos seus próprios usuários. Essas situações, contudo, fogem ao escopo da análise aqui desenvolvida.

2. A responsabilidade dos provedores por atos de seus usuários

A nomenclatura “provedores” compreende diversas atividades desenvolvidas por pessoas – físicas e jurídicas – no âmbito da rede mundial de computadores. Algumas atividades em muito se assemelham com aquelas já existentes previamente ao surgimento da Internet, enquanto outras, por sua vez, foram sensivelmente alteradas, ou mesmo criadas somente a partir do desenvolvimento da Internet.

Existem diversas classificações empregadas pela doutrina para identificar os provedores. Para os fins do presente estudo, os provedores são classificados em três categorias, de acordo com o tipo de atividade desempenhada. São eles: (i) os provedores de acesso; (ii) os provedores de serviços; e (iii) os provedores de informações, também conhecidos como provedores de conteúdo.

Dessa forma, cumpre analisar as particularidades da responsabilidade civil por atos de seus usuários, pertinentes a cada tipo de atividade desenvolvida pelos provedores na Internet.

2.1. A responsabilidade civil dos provedores de acesso

O provedor de acesso é responsável pela conexão de um usuário à rede mundial de computadores. A Norma nº 04/95, que dispõe sobre o

uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à Internet, segundo aprovada pela Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações, refere-se à atividade de conexão à Internet como um “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”.

É importante ressaltar que o provedor de acesso pode desempenhar outras atividades que não apenas a disponibilização dos meios técnicos para o usuário se conectar à rede mundial de computadores. Nessas circunstâncias, o provedor de acesso poderá atuar como verdadeiro provedor de serviços ou de informações, inserindo-se nos seus regimes específicos de responsabilidade civil, conforme comentado mais adiante.

Para que seja analisada a responsabilidade dos provedores de acesso pela conduta de seus usuários no ambiente da Internet, faz-se necessário definir se existe um dever de monitoramento prévio, por parte do provedor, sobre os hábitos de navegação de seus usuários, visando à prevenção de eventuais danos.

Comumente essa indagação é respondida com um argumento de natureza técnica em favor da não responsabilização do provedor de acesso pela conduta de seus usuários: a efetiva impossibilidade de se exercer um monitoramento preventivo sobre todas as pessoas que se valem de seus serviços.

Nesse particular, reforçam a evidência da impossibilidade técnica de monitoramento os dados sobre o número de usuários conectados à Internet no Brasil. Segundo o último *press-release* divulgado pelo Ibope E-Ratings – empresa que acompanha a audiência dos *sites* nacionais – a totalidade de usuários que se conectam à rede mundial no Brasil, através de seus computadores residenciais, já alcança o número de 12,3 milhões, conforme os dados colhidos no mês de março de 2004.

Apoiados no argumento da impossibilidade técnica de monitoramento preventivo, diversos autores manifestaram-se pela não existência de responsabilidade dos provedores de acesso pela conduta de seus usuários.

Esse é um entendimento que merece reparos, pois o argumento jurídico não pode se escorar apenas em fundamentos de ordem técnica.⁴

³ Conforme dados disponíveis em: http://www.ibope.com.br/imprensa/noticias_2004_internetabr2_no.htm (acessada em 20.05.2004).

⁴ Nesse sentido, vale destacar os escritos de Gustavo Corção ao combater a aplicação de conhecimentos técnicos para questões de natureza social. Segundo o autor, esse tecnicismo cria a “ilusão de resolver os problemas da vida humana como se resolve um problema de linha de transmissão” (in *As Fronteiras da Técnica*. Rio: Agir, 4ªed., 1995; p. 17).

Para se legitimar um entendimento jurídico é preciso mais do que reproduzir dados, gráficos e planilhas; é preciso que se investigue a natureza das obrigações assumidas tanto pelo provedor de acesso, como pelo usuário, quando da contratação dos serviços de conexão à Internet. Apenas definindo-se claramente o papel de ambas as partes é que se poderá afirmar um entendimento jurídico sobre o assunto.

Para obter acesso à Internet, o usuário usualmente submete os seus dados para cadastro em um provedor de acesso que, inserindo as informações pessoais em seu banco de dados, disponibilizará ao usuário um *login* e uma senha para que possa usufruir de seus serviços. No contrato entre as partes, o provedor de acesso apenas se compromete a providenciar os meios técnicos para que o usuário acesse a Internet.

Dessa forma, o monitoramento sobre as páginas eletrônicas visitadas pelo usuário, as pessoas com as quais ele se relaciona, bem como sobre os arquivos que são objeto de *download* ou *upload*, não está incluído dentre as atividades pelas quais se obriga o provedor.

Por oportuno, deve-se traçar um paralelo entre a responsabilização do provedor de acesso pelos atos de seus usuários e a chamada teoria da equivalência das condições. A mencionada teoria, sempre referida nos estudos sobre o nexa de causalidade, sustenta que, para a análise do nexa causal em determinado ato ilícito, devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias presentes no desenvolvimento lógico do evento danoso.⁵ Assim, poder-se-ia, por absurdo, entender que o fabricante de uma arma de fogo é responsável por todo ato ilícito que venha a ser cometido utilizando-se uma arma por ele produzida.

Idêntico absurdo seria criado com a responsabilidade do provedor de acesso pelos atos de seus usuários, pois, tal qual o fabricante de armas de fogo, o provedor apenas disponibiliza um instrumento, um meio para que o seu usuário desenvolva determinada atividade. Como esse usuário vai se portar, ou com que retidão de caráter ele vai se utilizar do instrumento técnico que lhe foi disponibilizado, são questões que já extravasam a esfera de responsabilidade de quem apenas forneceu os meios para o desempenho de uma atividade lícita.

⁵ Essa teoria, como se sabe, há muito se encontra superada no direito brasileiro. Nesse sentido, vide, por todos, Gustavo Tepedino. “Notas sobre o nexa de causalidade”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 05 (jan-mar/2001); p. 06.

Assim, fortalecido com o argumento da impossibilidade técnica, deve-se reconhecer que juridicamente não há como responsabilizar o provedor de acesso pela conduta de seus usuários. Nessa direção já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento cuja ementa está assim redigida:

apelação cível. ação cautelar. medida com objetivo de retirar do ar *site* na internet. ilegitimidade passiva do provedor de acesso. manutenção da sentença.

É parte ilegítima para figurar no pólo passivo da medida cautelar ajuizada o provedor de acesso da internet que apenas possibilita a seus associados o acesso à rede mundial de computadores. Apelo desprovido.⁶

Vale transcrever ainda uma passagem do voto do relator, no qual se afirma que:

[A] Webcom Marketing e Informática Ltda [Réu] funciona como provedora de acesso à rede mundial. Desta forma, sua atuação limita-se a possibilitar a seus usuários acesso à Internet. Portanto, a ré não possui nenhuma ingerência sobre o conteúdo do *site* de contos eróticos e de nenhum outro *site* da rede mundial. Daí decorre a sua ilegitimidade passiva *ad causum*, bem observada na sentença de primeiro grau. Não se pode responsabilizar o provedor pelos acessos, por atos dos internautas a quem ela possibilita a navegação, bem como, pelas publicações vinculadas nos *sites* que os internautas visitam.⁷

A não responsabilidade dos provedores de acesso pela conduta dos seus usuários é igualmente afirmada na doutrina. Sobre o tema, ressalta o jurista argentino Waldo Sobrino:

Este tipo de empresa no debe asumir ningún tipo de responsabilidad, habida cuenta que su única función es solamente brindar la estructura técnica, para que las empresas de Internet Service Provider (ISP) o hosting

⁶ Ap. Civ. n° 70001582444, rel. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. em 29.05.2002.

⁷ Idem. Ibidem.

service provider puedan llegar a tener acceso, de forma tal que la información llegue al ciberespacio.⁸

Da mesma forma, o projeto de lei federal nº 4.906/200, dispõe em seu artigo 35 sobre a não responsabilização dos provedores de acesso:

Art. 35 O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Todavia, se o provedor de acesso não responde pelos atos de seus usuários na ocorrência de danos causados por esses a terceiros, é importante notar que quando se trata de danos causados pelo provedor aos seus próprios usuários, em decorrência de descumprimento de contrato, evidentemente será ele responsável pelos danos advindos de sua conduta.

Veja-se, por exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que condenou um provedor de acesso a indenizar uma empresa que se valia de seus serviços de conexão por danos materiais e morais. Entendeu o Tribunal que a má prestação dos serviços de acesso à Internet, acrescida do descaso para com reiteradas solicitações de reparos feitas pelo cliente, não apenas prejudicaram o desempenho econômico da empresa, mas também contribuíram para lesão à sua honra objetiva. Confira-se a ementa da referida decisão:

Civil e Processual Civil. Indenização por danos morais postulada contra provedor de acesso à internet sob alegação de propaganda enganosa. Obstáculos na solução dos problemas de acesso à rede, acarretando dificuldades ao desenvolvimento das atividades da empresa contratante, dedicada ao ramo de consultoria e informática. Desrespeito do provedor ao usuário, provocando lesão à reputação e honra objetiva da autora. Caracterização de dano moral a pessoa jurídica (súmula 227 do STJ).⁹

⁸ Waldo Augusto Roberto Sobrino. "Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet", in *Revista de Direito do Consumidor* nº 38 (abr-jun/2001); p. 23.

⁹ Apelação Cível nº 2002.001.16410, rel. Luiz Fernando de Carvalho, j. 29.04.2003.

Por todo o exposto, compreende-se que os provedores de acesso não são responsáveis pela conduta de seus usuários, não lhes sendo ainda possível exigir o monitoramento preventivo dos hábitos de navegação daqueles que utilizam os seus serviços.

2.2. A responsabilidade civil dos provedores de serviços

Os provedores de serviços na Internet (*Internet Service Providers*) desempenham atividades de diversas naturezas na rede mundial de computadores, podendo-se destacar o provimento de serviços de correio eletrônico, de hospedagem de páginas eletrônicas e de chave de busca, por exemplo. Algumas dessas atividades representam evoluções de modelos já existentes anteriormente ao surgimento da Internet, ao passo que outras atividades foram genuinamente criadas a partir das relações travadas no ambiente da rede mundial de computadores.

Em tese, os provedores de acesso também prestam um serviço, pelo que poderiam ser enquadrados como provedores de serviço. Todavia, como o provimento de acesso à Internet é um pré-requisito para o desenvolvimento das demais atividades – e o caráter instrumental do serviço de acesso é mais evidente – optou a doutrina por conferir tratamento diferenciado para essa categoria.

Cumpre, portanto, analisar a responsabilidade civil dos provedores de serviços pela conduta dos seus usuários. Essa análise deverá levar em conta a especificidade de cada atividade desenvolvida e, para tanto, cumpre manter o foco nos três serviços mencionados acima (correio eletrônico, hospedagem e chaves de busca), não obstante os comentários aqui feitos terem aplicação sobre outras atividades.

Importa destacar, de início, as atividades desempenhadas pelos provedores de serviços analisados para que se possa compreender as relações jurídicas que se desenvolvem por conta da utilização dos mencionados serviços.

Os provedores de serviço de correio eletrônico disponibilizam aos seus usuários uma caixa postal para que possam enviar e receber mensagens (*e-mails*).

Os provedores de hospedagem, por seu turno, proporcionam ao internauta os meios técnicos para a veiculação de página eletrônica na Internet, oferecendo espaço para armazenamento dos arquivos que a

compõe. O referido provedor pode, até mesmo, disponibilizar para o usuário os instrumentos para a produção de sua página pessoal.

Por fim, os provedores de serviços de chave de busca (usualmente conhecidos como *sites* ou motores de busca) disponibilizam ao internauta a possibilidade de localizar a informação desejada através de pesquisa no conteúdo de inúmeros de *sites*.

Para que se analise a responsabilidade desses provedores, deve-se ressaltar que, uma vez mais, o argumento da impossibilidade técnica de controle preventivo sobre a conduta dos usuários faz-se pertinente. O provedor de serviços de correio eletrônico, por exemplo, não tem como verificar o conteúdo de cada mensagem que é enviada por seus usuários, sem prejudicar sensivelmente a velocidade na comunicação eletrônica. Nesse caso, inclusive, o provedor nem mesmo poderia adotar esse tipo de atitude, pois estaria violando o direito ao sigilo de correspondência, previsto na Constituição Federal.

Raciocínio semelhante pode ser conduzido com relação aos provedores de hospedagem e chaves de busca, na medida em que ambos não detêm a tecnologia para realizar um monitoramento preventivo - e ao mesmo tempo eficiente - sobre as páginas eletrônicas que são produzidas e hospedadas em seus *sites*, ou mesmo as informações que ingressam em seus bancos de dados para a indexação de pesquisa, respectivamente.

Repita-se: não existe dúvida de que existem meios tecnológicos para revisar todas as páginas de um provedor de hospedagem, ou o banco de dados de uma chave de busca. A consequência, todavia, seria uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço.

Mas cabe aqui introduzir uma sofisticação relevante sobre o monitoramento preventivo da conduta dos usuários desses serviços: ainda que fosse possível realizar o monitoramento sem descaracterizar a atividade desenvolvida pelo provedor, quais seriam os critérios utilizados para descartar uma mensagem como potencialmente ofensiva ao seu destinatário? Ou ainda, como saber se a fotografia exposta em uma página eletrônica hospedada em um provedor está sendo utilizada sem autorização do retratado? Ou mesmo se a informação resultante de pesquisa em *site* de busca não viola direitos de terceiros? Parece bastante controvertida a decisão de se delegar para os provedores de serviço o

juízo de discricionariedade sobre o conteúdo das informações que circulam na Internet.

Essas indagações põem em xeque a imposição de um dever de monitoramento preventivo sobre a conduta dos usuários de provedores de serviços na Internet e enfatiza a necessidade de um debate sobre como conciliar a prevenção de danos com a salvaguarda das atividades desenvolvidas pelos provedores.

A legislação internacional já dispõe sobre o assunto. A Diretiva 2000/31, da Comunidade Européia, datada de 08.06.2000, expressamente isenta os provedores de serviço da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar. Segundo prescreve o seu artigo 15:

Artigo 15 - Não Obrigatoriedade de Monitoramento

1. Os Estados Membros não deverão impor uma obrigação geral aos provedores, quando enquadrados nos artigos 12, 13 e 14, no sentido de monitorar a informação que eles transmitem ou armazenam, também não lhes sendo obrigatória a atividade de buscar fatos ou circunstâncias que indiquem uma atividade ilícita.

A doutrina brasileira acompanhou esse entendimento, conforme se pode observar na seguinte manifestação de Marco Aurélio Greco:

Como exposto, a meu ver, tanto o provedor de acesso como o provedor de espaço [hospedagem] não estão obrigados a acessar nem controlar o que está sendo trafegado pelo sistema que disponibilizam; o primeiro tem autorização para fazê-lo por razões de avaliação da eficiência do sistema, otimização de fluxos etc., mas não por uma razão ligada ao controle sobre o respectivo conteúdo; o segundo pode ter pleno acesso aos conteúdos, embora não esteja obrigado a fazê-lo.¹⁰

Restando assentada a não obrigatoriedade de proceder a um controle editorial sobre as informações refletidas em seus *sítes*, note-se que a legislação norte-americana apresenta dispositivo de grande relevo para compreender a posição dos provedores de serviços frente aos seus usuários.

¹⁰ Marco Aurélio Greco. *Internet e Direito*. São Paulo, Dialética, 1999; p. 114.

O *Telecommunications Act*, conforme alterado pelo chamado *Communications Decency Act*, de 1994, isenta os provedores de serviços na Internet da responsabilidade que cabe ao provedor de informações em seu artigo 230 (c) (1). Nesse sentido, assim está redigido o dispositivo:

(1) Tratamento como Divulgador ou Autor da Expressão: Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como se divulgador ou autor fosse de qualquer informação disponibilizada por provedor de informações.

Mas o artigo 230 vai além: pois não apenas a legislação norte-americana dispõe sobre a não responsabilidade dos provedores de serviço, como ainda estabelece que, caso o provedor de serviço venha a obstruir a transmissão ou divulgação de conteúdo que lhe pareça ilícito – espontaneamente, ou por solicitação de terceiros – ele também não será responsável por tais atos. Trata-se de medida tomada em boa-fé, e a denominação que a lei confere a tal conduta não deixa dúvidas sobre a licitude dessa postura: “Bloqueio do Bom Samaritano” (*“Good Samaritan Blocking”*). Assim dispõe o artigo 230 (c) (2):

(c) Proteção do Bloqueio do Bom Samaritano e Remoção de Material Ofensivo

(...) (2) Responsabilidade Civil - Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador será responsabilizado por:

(A) qualquer ação voluntária, tomada em boa-fé para restringir acesso ou disponibilização de material que o provedor ou o usuário considere obsceno, indecente, lascivo, sórdido, excessivamente violento, ameaçador, ou de qualquer forma questionável, independentemente da proteção constitucional desse material.

De fato, na maior parte das vezes, os danos decorrentes de atos ilícitos na Internet são ocasionadas pelos usuários de provedores de serviços que se utilizam das facilidades tecnológicas que lhes são oferecidas. Assim, percebe-se de imediato que não são os provedores, na verdade, os responsáveis diretos pela divulgação do conteúdo lesivo na rede mundial de computadores, na medida em que não assumem a qualidade de autores desse conteúdo. O provedor de correio eletrônico não é o autor da

mensagem ofensiva aos seus destinatários, assim como não é o provedor de hospedagem quem divulga a fotografia sem autorização do retratado, quando a mesma figura em uma das milhares de páginas eletrônicas que hospeda. Da mesma forma, não é o provedor de chave de busca que insere em sua base de dados referência para a indexação de pesquisa que voluntariamente ofenda direitos de terceiros.

Como conclusão, percebe-se que a vítima deve buscar indenização em face de quem efetivamente criou e divulgou o material ofensivo. Os provedores de serviço geralmente surgem em demandas dessa natureza como simples intermediários entre a pessoa ofendida e o usuário do serviço, que se valeu do mesmo para causar o dano.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Paraná quando instado a se pronunciar sobre a responsabilidade do provedor de hospedagem pelo conteúdo das páginas de seus usuários, prontamente excluiu do feito o provedor, responsabilizando por ofensa à honra de terceiro apenas o titular da página através da qual as ofensas foram irrogadas:

civil - dano moral - internet - matéria ofensiva à honra inserida em página virtual - ação movida pelo ofendido em face do titular desta e do provedor hospedeiro - co-responsabilidade - não caracterização - contrato de hospedagem - extensão - pertinência subjetiva quanto ao provedor - ausência - sentença que impõe condenação solidária - reforma.

Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.¹¹

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a ilegitimidade passiva da empresa Terra Networks Brasil S/A, em ação movida pelo ex-jogador de futebol Paulo Roberto Falcão, por conta de ofensas que teriam sido causadas a sua imagem em entrevista

¹¹ Apelação Cível nº 130075-8, j. 19.11.2002.

com a modelo Rosane Damázio, publicada pela revista eletrônica “Isto É Gente”. Alegou o autor que a referida empresa seria responsável pelos supostos danos na medida em que a página eletrônica da revista era hospedada pelo portal Terra:

Processual civil. Legitimidade passiva. Provedor de acesso e de conteúdo. Internet. Dano moral. Responsabilidade civil. Denúnciação da lide.

1 - É responsável o provedor de conteúdo da INTERNET (PSI) pela divulgação de matéria que viole direito e cause dano a outrem, seja por calúnia, difamação ou injúria, cabendo ao mesmo residir no pólo passivo da demanda onde a parte que se diz ofendida postula indenização por danos morais. Tal responsabilidade, contudo, não se reconhece ao provedor de conteúdo na hipótese em que este serve unicamente de meio de divulgação de revista, sendo esta perfeitamente identificável e responsável na forma da lei, por quaisquer manifestações de pensamento, ou mesmo de informação, que venham a causar violação de direito.

2 – Denúnciação da lide. Cabível é a denúnciação do autor de entrevista que, através de *chat* na Internet, manifesta pensamento sobre a honra de terceiro. Agravo parcialmente provido.¹²

Todavia, esse entendimento não foi aplicado pelo relator do mesmo julgado no que concerne às alegações do autor no sentido de que a empresa seria responsável também por ter promovido uma sessão em uma de suas salas de discussão (*chat*) com a modelo Rosane Damázio, onde novamente conteúdo ofensivo à imagem do ex-jogador de futebol teria sido divulgado. Nesse particular, entendeu a decisão que o portal Terra, agora na figura de provedor de informações, seria parte legítima para figurar na ação indenizatória. Essa circunstância será discutida mais à frente, quando se abordar a responsabilidade dos provedores de informações pelo conteúdo de terceiro veiculados em seus *sites*.

Vale ainda tecer um comentário sobre os provedores de chave de busca, pois ao desempenhar as suas atividades, a caracterização desses *sites* como verdadeiros intermediários fica ainda mais nítida, pois esse provedor opera justamente como um veículo que conduz o usuário da

¹² Agravo de Instrumento n. 70003035078, rel. Paulo Antonio Kretzmann, j. em 22.11.2001.

Internet à informação desejada, constante, essa sim, em um provedor de informações.

Que o provedor de conteúdo seja responsável pelas informações disponibilizadas em seu *site*, isso não há dúvida, na medida em que as palavras, imagens e sons constantes de sua página eletrônica lá estão por exclusiva opção do provedor. Situação completamente distinta é aquela reservada ao *site* de busca.

O entendimento contrário levaria à responsabilização das bibliotecas pelo conteúdo dos livros que constam do seu acervo, e novamente volta-se para a evidência técnica de impossibilidade de monitoramento dos provedores de serviço sobre as condutas de seus usuários.

Seria necessário, para atender a essa demanda, que as bibliotecas contratassem um corpo numeroso de funcionários para a tarefa de ler todos os livros que chegam ao seu acervo, antes mesmo de proceder ao seu registro e catalogação, visando a descobrir se alguém – por qualquer motivo – não poderia se sentir ofendido por conta de um trecho de um dos livros.

Da mesma forma, é impossível para os provedores de chave de busca procederem a uma revisão editorial de toda e qualquer informação que ingressa em seu banco de dados. Isso simplesmente não é factível tendo em vista a quantidade monumental de páginas eletrônicas que são indexadas por esses *sites*. Diferentemente dos provedores de conteúdo, os *sites* de busca não optaram por exibir essa ou aquela informação.

A jurisprudência sobre a responsabilidade de provedores de chave de busca pelas informações inseridas por terceiros em seus bancos de dados para a indexação de pesquisa é ainda incipiente. Há, todavia, um caso apreciado pelo *Tribunal de Grande Instance de Paris*, em decisão datada de 31.07.2000.

O autor requereu indenização contra a empresa que explorava um *site* de conteúdo adulto por ter utilizado o seu nome para indexar a mencionada página eletrônica. Adicionalmente, o autor fez constar do pólo passivo da demanda o provedor de chave de busca AltaVista, sob o fundamento de que ao pesquisar pelo seu nome na página eletrônica daquele provedor, o *site* de conteúdo adulto do outro réu era indicado, o que agravava o dano que lhe era causado pelo provedor de informações.

Segundo a decisão do Tribunal, a responsabilidade do AltaVista haveria de ser descartada, uma vez que o *site* de busca reagiu ao pleito do autor e retirou de sua indexação a página contestada.¹³

Por oportuno, cumpre aqui ressaltar que existe uma parcela significativa da doutrina nacional que considera os provedores de serviço não responsáveis pela conduta de seus usuários apenas *a priori*, pois uma vez notificados de que um ato ilícito está sendo realizado – ou irá se realizar – por intermédio de seus serviços, devem os mesmos tomar as providências para que cesse a lesão, ou seja evitado o dano, com a urgência necessária. Caso o provedor assim não atue, depois de devidamente notificado, ele seria, conjuntamente com o autor do ilícito, responsável pelo dano causado.

Para os que assim entendem, a responsabilidade do provedor de serviço é de natureza ostensivamente subjetiva, na medida em que faz-se necessário (i) alertar o provedor sobre a existência do conteúdo ilícito, uma vez que ele não está obrigado a conhecê-lo de antemão; e (ii) quedar o provedor inerte quanto à solicitação que lhe foi encaminhada, para que surja a sua responsabilidade.

Note-se que a ausência de dever de controle e monitoramento de conteúdo permanece mesmo para os que compartilham do entendimento de que os provedores de serviços respondem com culpa, nessas circunstâncias, pelo conteúdo das informações que transmitem ou armazenam.

Nesse sentido, sobre a prestação de serviços de acesso e hospedagem de páginas eletrônicas na Internet, Carlos Roberto Gonçalves, apoiado em lição de Antonio Jeová Santos, é explícito ao afirmar que:

a responsabilidade de quem explora esses tipos de serviços será sempre subjetiva. No primeiro, há apenas a entrega de serviço para possibilitar a conexão à Internet, ao passo que o *hosting service provider* tem como função abrigar (hospedar) sites e páginas, atuando como hospedeiro tecnológico virtual.¹⁴ Não há interferência no conteúdo que o usuário coloca na página ou site.

¹³ A íntegra da decisão pode ser obtida no site <http://www.ifrance.com/achp/juris/fichDelano.html> (acessado em 20.05.2004).

¹⁴ Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002; p. 120.

Abordando especificamente a responsabilidade dos provedores de hospedagem, Erica B Barbagalo ressalta que:

O provedor de serviços de hospedagem não é responsável pelo conteúdo dos sites que hospeda, uma vez que não tem ingerência sobre o conteúdo destes, não lhe cabendo o controle editorial das páginas eletrônicas. Também não se pode esperar do provedor de hospedagem atividades de fiscalização: na maioria das vezes o armazenador não tem acesso ao conteúdo do site, apenas autorizado ao seu proprietário, que pode alterar o conteúdo de suas páginas com a frequência que lhe aprouver. Ademais, várias são as páginas e sites hospedados em cada servidor, restando impossível para o provedor de hospedagem a fiscalização de conteúdo.¹⁵

Inobstante, complementa a autora que “não cabe ao provedor de hospedagem julgar a ilegalidade de conteúdo postado por terceiro, mas pode responder se permanecer inerte em face de potencial conteúdo danoso.”¹⁶

Veja-se ainda o entendimento de Liliana Paesani, ao afirmar que

[n]esse campo, sente-se a necessidade de estabelecer as hipóteses de limitação ou isenção de responsabilidade quanto ao conteúdo da informação que o fornecedor não consegue controlar no momento da divulgação, salvo quando existe a faculdade e a possibilidade de interceptar a informação com base em fundamentadas suspeitas de utilização de material publicitário ilícito a pedido da pessoa ofendida ou por indicação de terceiros.¹⁷

A legislação norte-americana referente à proteção dos direitos autorais na Internet partilha de igual posição. O denominado *Digital Millenium Copyright Act* estabelece no artigo 512 (d) que os provedores de serviço não serão responsáveis pelo conteúdo das páginas a que eles se referam

¹⁵ Erica B. Barbagalo. “Aspectos da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet”, in Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, *Conflitos sobre Nomes de Domínio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003; p. 358.

¹⁶ Erica B. Barbagalo. “Aspectos da Responsabilidade Civil”, cit.; p. 359.

¹⁷ Liliana Minardi Paesani. *Direito e Internet*. São Paulo, Atlas, 2000; p. 89.

através de indexação ou links, por exemplo, contanto que: (i) não tenham ciência do material ilícito; (ii) não recebam qualquer benefício econômico advindo da atividade infracional; e (iii) em obtendo ciência do material, atuem no sentido de bloquear o acesso a tal conteúdo.

Ainda que acatando a responsabilidade subjetiva do provedor de serviços, é importante ressaltar que permanece a responsabilidade do provedor de informação, ou seja, de quem efetivamente criou e divulgou o material ofensivo. O provedor de serviço apenas poderá ser responsabilizado caso tenha se quedado inerte após tomar ciência fidedigna da existência da ilicitude.

Por fim, um último comentário deve ser feito sobre a responsabilidade dos provedores de serviços, enfocando-se a pretensa aplicação da teoria do risco às atividades aqui mencionadas.

Tendo em vista o modo de funcionamento dos provedores de serviços descrito acima, juntamente com as suas finalidades e relevância para o desenvolvimento da Internet, torna-se evidente que a imputação de responsabilidade lastreada pelo simples risco da atividade terminaria por aniquilar de todo a prestação desse serviço na rede mundial de computadores, causando prejuízo sensível para a ampla distribuição de conteúdo, que caracteriza a Sociedade da Informação.

Tome-se o exemplo dos sites de busca: na impossibilidade de se promover uma revisão de todas as páginas que ingressam nos seus bancos de dados, restará aos mesmos: (i) reduzir drasticamente o número de páginas constantes em seus arquivos e apenas disponibilizá-las após passar por uma revisão do seu conteúdo, o que fatalmente implicará em quase absoluta ineficiência dos mecanismos de busca na Internet; ou (ii) continuar a prestar os serviços da forma como hoje os realiza, ficando sujeitos a colecionar ações de indenização pelo mundo afora, o que os levaria à falência iminente em poucos meses.

Sobre a total improcedência e os conseqüentes efeitos devastadores da aplicação da teoria do risco aos provedores de serviço na Internet, assim manifesta-se Erica B. Barbagalo:

Entendemos que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, não implicam em riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que

qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida um atividade, seria, definitivamente onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e conseqüentemente atravancar o desenvolvimento.¹⁸

Comentando a imputação dessa responsabilidade aos provedores de serviços que atuam com comércio eletrônico e anúncio de produtos, comenta Rita Ferreira Blum:

Em termos comerciais, atribuir-lhe tal responsabilidade inviabilizaria o seu próprio negócio. Ele, como veículo, não tem estrutura para checar a veracidade e correção de todos os múltiplos anúncios cuja veiculação ele possibilita¹⁹

A discussão está longe de ser apenas teórica, uma vez que o debate sobre o alcance e o sentido do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a responsabilidade sem culpa em decorrência de atividades que representem risco, persiste na doutrina especializada. O artigo está redigido da seguinte forma:

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em comentário ao referido artigo, Rui Berford Dias aborda especificamente o alcance do parágrafo único do art. 927, *in verbis*:

Eu leio esse parágrafo único do artigo 927 de uma forma diferente da que vem sendo lida: vejo aqui uma hipótese em que o risco de dano é inerente à natureza da atividade, ou seja, é intrínseco a essa atividade, como, por exemplo, no caso das atividades industriais mediante o emprego de amianto

¹⁸ Erica B. Barbagalo. “Aspectos da Responsabilidade Civil”, cit.; p. 361.

¹⁹ Rita Ferreira Blum. *Direito do Consumidor na Internet*. São Paulo, Quartier Latin, 2002; p. 85.

ou qualquer outro produto, substância ou equipamento que, por si só, acarrete dano.

Não me parece, pois, que se possa falar com tanta tranqüilidade que basta apontar uma atividade econômica qualquer, ainda que potencialmente danosa, e extrair daí a responsabilidade objetiva de seus exploradores.

Penso que é necessário algo mais: um elemento diferenciador, sob pena de criarmos situações bizarras, como a de considerar que a nossa própria atividade, de advogados e doutrinadores (potencialmente danosa), possa ser equiparada à atividade do sujeito que passa anos a fio manejando um martelo pneumático e acaba ensurdecendo em razão da natural atividade que desempenha.”²⁰

Sendo assim, deve-se evitar que a figura do risco, prevista no mencionado artigo, seja banalizada, a ponto de ser aplicável a toda e qualquer atividade econômica. No que diz respeito aos provedores de serviços na Internet, agentes típicos e imprescindíveis para o desenvolvimento da Sociedade da Informação, cumpre ressaltar que parcela significativa das empresas que atuam na Internet é composta por sociedades de pequeno e médio porte. E sendo assim, responsabilizá-las pelo risco da atividade que desempenham seria certamente um desfavor para o crescimento econômico da Internet brasileira.

2.3. A responsabilidade civil dos provedores de informações

Provedores de informações, ou conteúdo, são todas as pessoas – físicas ou jurídicas – que disponibilizam informações na Internet através de uma página eletrônica. A já mencionada Norma nº 04/95, aprovada pela Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações, refere-se a essa categoria de provedores como “Provedores de Serviços de Informação”. Segundo a definição apresentada pela Norma nº 04/95, é um provedor de serviço de informação “a entidade que possui informações de interesse e as dispõe na Internet, por intermédio do Serviço de Conexão à Internet”.

²⁰ Rui Berford Dias. “A responsabilidade dos administradores e as alterações promovidas no âmbito da responsabilidade civil no novo Código Civil, de forma geral”, *in* Revista de Direito Mercantil nº 128 (out/dez/2002), p. 159.

A referida definição legal é genérica – o que é positivo por permitir que a divulgação de qualquer espécie de informação torne possível o enquadramento como provedor de conteúdo – mas apresenta alguns inconvenientes como a conceituação de “informações de interesse”.

De qualquer forma, para os fins desse estudo, considera-se como provedor de informações toda pessoa que disponibiliza conteúdo informativo na rede mundial de computadores, incluindo-se, portanto, nessa categoria, não apenas os *sites* de notícias, mas também os *weblogs*.²¹

A principal característica dos provedores de informações é a inserção voluntária de um determinado conteúdo para divulgação na Internet. Existe efetivamente uma maior responsabilidade pelo conteúdo exibido pelo *site*, na medida em que as informações ali constantes presumem-se que foram analisadas e que se optou por sua divulgação.

A doutrina divide o conteúdo disponibilizado pelos provedores de informações como “próprios” (diretos) ou “de terceiros” (indiretos).²² O conteúdo próprio consiste na informação gerada pelo próprio provedor. Os conteúdos de terceiros são informações que, apesar de constarem do provedor, não são de sua autoria. A existência dessas informações demanda uma análise sobre a sua inclusão pelo provedor, pois ainda que a criação do conteúdo não provenha dele, o mesmo não se pode dizer, em regra, da opção por sua divulgação.

Nesse particular, ao se referir ao tema da responsabilidade dos provedores de informações pela inclusão do conteúdo de terceiro, a figura do *hyperlink* (ou simplesmente *link*) ganha relevo, uma vez que através de sua utilização o provedor direciona o usuário da Internet para as informações constantes na página eletrônica destinatária do *link*.

Assim, o *link* opera como uma verdadeira recomendação, devendo o provedor de informações ser cauteloso ao optar por direcionar o seu usuário para conteúdo de autoria de terceiros.

²¹ O *weblog*, ou simplesmente *blog*, “é uma página *web* atualizada freqüentemente, composta por pequenos parágrafos apresentados de forma cronológica. É como uma página de notícias ou um jornal que segue uma linha de tempo com um fato após o outro. O conteúdo e tema dos *blogs* abrange uma infinidade de assuntos que vão desde diários, piadas, *links*, notícias, poesia, idéias, fotografias, enfim, tudo que a imaginação do autor permitir.” (*in* <http://blogger.globo.com/br/about.jsp>, consultada em 20.05.2004).

²² Waldo Sobrino. “Algunas de las nuevas responsabilidades”, cit.; p. 15.

Ao se pronunciar sobre a questão, alguns autores têm atribuído aos provedores de informações uma responsabilidade direta e objetiva pela colocação de *links* para conteúdos que se mostrem ofensivos a direitos de terceiros. Dentre outros, pode-se destacar o entendimento de Antonio Jeová Santos, segundo o qual:

A respeito dos conteúdos de terceiros ou indiretos, também são responsáveis [os provedores de informações] em forma objetiva, já que antes de realizar o *link* à outra página ou site, necessariamente teve que ser analisada e estudada. De maneira tal que, ao eleger livremente a incorporação do link, necessariamente tem que ser responsável por isso.²³

Todavia, o mencionado autor, apoiado no estudo de Waldo Sobrino, restringe a responsabilidade objetiva do provedor de informações apenas ao conteúdo da página para a qual o *link* está diretamente endereçado (“*link* de primeiro nível”), não alcançando, evidentemente, prováveis *links* que a página endereçada fizer para outros sites (“*links* de segundo nível ou posterior”).²⁴ Nesse caso, afirma o autor que a responsabilidade será subjetiva.²⁵

O entendimento acima reproduzido, caso seja encampado pelos tribunais nacionais, poderá trazer prejuízos sensíveis para o desenvolvimento de diversas atividades na Internet, uma vez que estabelece um grau de responsabilidade severo para a prática corriqueira de se inserir *links* em páginas eletrônicas. O *link* é um dos instrumentos tecnológicos da rede mundial de computadores que melhor representa a Sociedade da Informação, pois é através dele que as informações constantes da Internet são interligadas, formando a rede de conhecimentos que a caracteriza. Portanto, deve-se colocar algumas ponderações sobre a responsabilidade dos provedores pela inserção de *links* em suas páginas eletrônicas.

O brocardo em inglês “*think before you link*” (“reflita antes de fazer o *link*”) expressa com precisão a idéia que deve permear a colocação de um *link*. Todavia, com a dinâmica célere do fluxo de informações na

²³ Antonio Jeová Santos. *Dano Moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001; p. 119. No mesmo sentido, vide Waldo Sobrino. “*Algunas de las nuevas responsabilidades*”, cit.; p. 16.

²⁴ Trata-se dos chamados “*links de links*”.

²⁵ Antonio Jeová Santos. *Dano Moral na Internet*, cit.; p. 119.

Internet, é importante notar que a responsabilização dos provedores de informações, tal qual acima exposto, torna-se bastante problemática, pois o conteúdo de uma página eletrônica pode facilmente ser alterado, e assim a página que anteriormente foi “analisada e estudada” poderá expor – sem a ciência do provedor que efetuou o *link* – um conteúdo ilícito.

A questão se torna mais evidente quando se trata dos *links* de segundo nível. Nesse particular, responsabilizar-se o provedor de informações pelo conteúdo de páginas que apenas foram referidas através de *link* por uma outra página – essa sim – indicada em seu *site*, constitui sensível obstáculo jurídico para o intercâmbio de idéias na rede mundial de computadores. O risco de ser responsabilizado nessa hipótese, caso se adote o entendimento ora debatido, praticamente fará com que os provedores de informações não mais adotem o expediente de inserir *links* em suas páginas eletrônicas.

Superada essa discussão, cumpre comentar a responsabilidade dos provedores de informações pelo conteúdo disponibilizado em seu próprio *site*. Aqui surge a necessidade de se abordar separadamente a responsabilidade pelo conteúdo próprio daquela proveniente de conteúdo de terceiro, lembrando-se que, distintamente do questionamento envolvendo os *links*, as informações ofensivas encontram-se divulgadas diretamente no *site* do provedor.

Com efeito, a doutrina usualmente equivale a responsabilidade dos provedores de informações por conteúdo próprio disponibilizado em seu *site* àquela pertinente aos editores de publicações impressas, como jornais e revistas em geral.

Conseqüentemente, a responsabilização característica da atividade de imprensa é expandida para alcançar as formas de expressão intelectual na Internet. Waldo Sobrino, citando passagem do constitucionalista Joaquín V. González, afirma que o conceito de imprensa abrange todas as formas de se exteriorizar e relatar em público idéias, opiniões, conselhos e fatos, seja através de livros, periódicos, folhas soltas, ou – acrescenta o primeiro autor – através de *websites*.²⁶

Assim, seria aplicável à responsabilização dos provedores de informações o disposto na súmula nº 221 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “[s]ão civilmente responsáveis pelo ressarcimento de

²⁶ Waldo Sobrino. “Algunas de las responsabilidades”, cit.; p. 16.

dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Já com relação ao conteúdo de terceiro exposto no *site* do provedor de informações, é preciso observar, especificamente, a dinâmica das salas de bate-papo (*chats*) e dos fóruns de discussão (*message boards*). É usual que provedores de informações disponibilizem para os seus usuários uma seção para que eles possam trocar mensagens entre si, de forma síncrona ou assíncrona, respectivamente. Em ocorrendo um dano em decorrência das mensagens trocadas, haveria responsabilidade do provedor de informações?

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pronunciou-se em duas ocasiões, envolvendo a entrevista concedida pela modelo Rosane Damázio em sala de bate-papo (*chat*), disponibilizada pelo portal da empresa Terra Networks Brasil S/A. O entendimento adotado pelo Tribunal foi no sentido de que o provedor de informações é parte legítima para figurar em ações indenizatórias decorrentes da veiculação de conteúdo de terceiro.

Na primeira ação judicial, já comentada acima, o ex-jogador de futebol Paulo Roberto Falcão ingressou com pedido indenizatório em face da empresa que explora o portal por: (i) hospedar o *site* da Revista “Isto É Gente”, no qual havia sido divulgado uma entrevista anterior da modelo, reputadamente ofensiva à imagem do autor; e (ii) por ter realizado uma outra entrevista, em sala de bate-papo própria do *site*, com a mencionada modelo, na qual foram repetidas ofensas à imagem do autor.

A ilegitimidade passiva da Ré foi reconhecida com relação ao serviço de hospedagem, mas o mesmo não ocorreu com a divulgação de conteúdo de terceiro, através de *chat* disponibilizado em seu *site* (atuando aqui como provedor de informações). Conforme passagem que se extrai do voto do relator:

[N]o caso em estudo, na esteira do entendimento supra esposado, a veiculação eletrônica da revista, a meu julgamento, não legitima a agravante a ocupar o pólo passivo na demanda em relação a tais fatos; porém, a entrevista iterativa, o *chat*, traduz outra relação, fazendo com que o provedor de conteúdo passe a ser a empresa que diretamente “explora o meio de informação e de divulgação.”²⁷

²⁷ Agravo de instrumento nº 70003035078, rel. Paulo Antonio Kretzmann, j. em 22.11.2001.

A segunda oportunidade na qual o mencionado Tribunal pronunciou-se sobre a questão decorreu de ação indenizatória movida por Cristina Borges Ranzolin em face da empresa Terra Networks do Brasil. A Autora sentiu-se igualmente lesionada em sua imagem pela entrevista concedida pela modelo Rosane Damázio em sala de *chat* do provedor de informações.

O Tribunal igualmente reconheceu a legitimidade passiva do provedor de informações para figurar no pleito indenizatório. Segundo consta do voto proferido pelo relator da decisão:

[Q]uem põe o serviço de portal na Internet à disposição de qualquer pessoa que pretenda ou queira dele fazer uso, corre o risco de que o serviço venha a ser mal utilizado, inclusive para atingir a privacidade, a intimidade, a honra, o bom nome, a fama, a imagem de terceiros, valores que se impõe sejam preservados. E cuja violação, até por norma constitucional, deverá ser indenizada, quer pelos danos materiais, quer pelos danos morais, venha a sofrer o ofendido - art. 5º, inc. X, da Constituição Federal. Responsabilidade que, ao menos em princípio, pode ser, sim, atribuída a quem põe esse mecanismo de informação ao público indiscriminado. Mecanismo esse, o do portal da Internet, que não pode ser equiparado, como o pretende a agravante, a uma simples banca de revistas, ou a um supermercado, ou a uma livraria onde sejam vendidas revistas. O portal, por certo, por seu alcance ao público em geral, não tem, decididamente, a mesma função desse comércio.²⁸

Como se pode notar, a questão da responsabilidade civil dos provedores de informações na Internet possui diversas peculiaridades que deverão ser exploradas pela doutrina e pela jurisprudência para que se alcance um entendimento consolidado sobre o tema. Ainda se está distante desse objetivo, mas as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais acima referidas demonstram que a relevância da matéria já se fez percebida, ocupando posição de destaque na compreensão do papel desses agentes imprescindíveis para a Sociedade da Informação.

²⁸ Agravo de Instrumento nº 70002884203, rel. Osvaldo Stefanello, j. em 26.09.2001.

3. Conclusão

O estudo da responsabilidade dos provedores pelos atos de seus usuários, como visto, não pode dispensar o exame da jurisprudência, que, cada vez mais, se depara com casos controvertidos sobre o tema. A ausência de um marco legislativo sobre a questão também dificulta bastante a elaboração de um tratamento uniforme sobre o tema, incentivando decisões díspares sobre casos bastante semelhantes.

Ainda que se possa entrever alguma tendência nos julgados acima citados no sentido de se isentar os provedores de acesso com relação aos danos que venham a ser causados por seus usuários – o mesmo podendo ser dito de alguns provedores de serviços – as dúvidas permanecem e fomentam o debate.

Por fim, todo o exposto acima não constitui uma apologia das respostas fáceis. As controvérsias geradas sobre o tema são benéficas, mas podem gerar efeitos perniciosos se o debate não chegar a algum termo na esfera legislativa, ou encontrar um rumo em meio às decisões judiciais que se pronunciam sobre a responsabilidade dos provedores.

Essa orientação, que ainda está por se firmar, nascerá justamente do debate hoje empreendido sobre as questões mencionadas. Se é certo que no Direito da Informática as respostas certas são raras, por outro lado, a consolidação de um entendimento sem o prévio debate de idéias em nada aproveita ao estudo dos temas jurídicos. Aliás, como dito outrora: “a opinião unânime está a um milímetro do erro, do equívoco, da iniquidade.”²⁹

Bibliografia

- ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. **Conflitos sobre Nomes de Domínio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁹ Nelson Rodrigues. *Flor de Obsessão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997;p. 171.

- BLUM, Rita Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- DIAS, Rui Berford. A responsabilidade dos administradores e as alterações promovidas no âmbito da responsabilidade civil no novo Código Civil, de forma geral. In: **Revista de Direito Mercantil** nº 128 (out/dez/2002).
- GELMAN, Robert B. e McCANDLISH, Station. **Protecting Yourself Online – An Eletronic Frontier Foundation Guide**. Nova Iorque: Harper Collins, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo, Dialética, 2000.
- LAGO JÚNIOR, Antonio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: LTR, 2001.
- LUCAS, André; DEVÈZE, Jean; FRAYSSINET, Jean. **Droit de l'Informatique et de l'Internet**. Paris, PUF, 2001.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. São Paulo, Atlas, 2000.
- PEREIRA, Ricardo Alcântara. Ligeiras considerações sobre a responsabilidade civil na internet. In: OPICE BLUM, Renato (org). **Direito Eletrônico**. São Paulo: Edipro, 2000.
- RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna, Il Mulino, 1995.
- RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. **Manual de Derecho Informático**. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1997.
- SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1999.
- _____. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001.
- SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. Algumas de las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet. In: **Revista de Direito do Consumidor** nº 38, abr-jun/2001.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 05, jan-mar/2001.
- VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

Estatuto do Desarmamento: irracionalidade, ilegitimidade e inconstitucionalidade

João Pedro Chaves V. Pádua*

1. Irracionalidade

Já se apercebeu boa doutrina do que se espraia lóbregamente nas sociedades brasileiras, especialmente grandes metrópoles, trazendo um terror cotidiano, inafastável. Trata-se da *cultura do medo*.¹ Com efeito, sob essa clâmide de fobias, de paranóias, de neuroses de superdimensionamento do fato social² crime, criam-se legislações de atropelo, autênticas carreiras a pisotear o já malversado sistema punitivo brasileiro. Sintetiza Nilo Batista, com precisão, a inflação legislativa causada por diplomas aprovados populisticamente, de chofre:

[...] criminalistas podem perceber com antecipação tempos sombrios, porque dispomos de uma antena muito sensível: a demanda de repressão

* João Pedro Pádua é advogado e ex-bolsista do Programa Especial de Treinamento em Direito da PUC-Rio (PET).

¹ Cf. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.157 p.; também cuida do assunto de modo crítico, embora não adotando dita nomenclatura expressamente, BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do rio de janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 270 p.

² Cf. DURKHEIM, Émile. Prefácio da segunda edição. In: _____. *As regras do método sociológico*. 14^a ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo, 1990. p. XX-XXIX: “Os fatos sociais devem ser tratados como coisas. [...] Tratar fatos como coisas [...] é observar, com relação a eles, certa atitude mental. [...] Para nós, consistem eles [fatos sociais] em maneiras de fazer ou de pensar, reconhecíveis pela particularidade de serem suscetíveis de exercer influência coercitiva sobre as consciências particulares.”; Cf., também, para maior análise do pensamento deste positivista francês, ARON, Raymond. *Les étapes de la pensée sociologique*. Paris: Gallimard, 2003. p. 362-366.

penal. O emprego inflacionário do sistema penal é o sinal que nos adverte para uma intranqüilidade, um medo social [...]³

A demanda de punição, de que fala o autor, tem o condão de atassalhar qualquer resquício de racionalidade na condução da *polis*. Aliás, já previu no século XVII o filósofo Espinosa a qualidade triste que ao sentimento medo se poderia predicar. Na sua vereda, influenciado por esta nefanda paixão, desenvolveria o indivíduo uma falsa compreensão da realidade, guiar-se-ia por idéias imaginativas, inadequadas, teria estiolada sua capacidade de razão. Obstado desta compreensão do mundo por suas verdadeiras relações, perderia o homem, em última análise, sua capacidade de ser livre. Tornar-se-ia *servo*.⁴

Pesa reconhecer que exatamente a melancólica figura vislumbrada pelo filósofo holandês encontrou, e encontra, no Brasil – ao lado de boa parte do mundo ocidental – vergonhoso viço. Inúmeros os episódios em que a razão política da sociedade, *modus faciendi et operandi* de sua democracia, rendeu-se ante a força da demagogia. A década de 1990 foi nisso viridente e Débora Pastana elenca alguns exemplos.

Em 1999, infeliz projeto de emenda constitucional foi apresentado por um grupo de seis parlamentares, liderados pelo ex-governador de São Paulo Luiz Antônio Fleury Filho. Queriam que se pudessem condenar os sujeitos ativos de crime hediondo a prisão perpétua e trabalhos forçados. Contaram com o apoio do então Ministro da Justiça, Renan Calheiros.⁵

A própria Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072 de 25.07.1990), autêntica contra-reforma legislativa aos princípios liberais que impregnaram a Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei n. 7.029 de 10.7.1984⁶, recebeu abomináveis – como já não fora abominável a própria lei – achegas repressivas ao tempero das modas midiáticas relacionadas aos tipos penais supostamente mais praticados

³ BATISTA, Nilo. Um oportuno estudo para tempos sombrios. In: *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, nº 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996. p. 302. *apud* BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do rio de janeiro*. cit. p. 22

⁴ Cf. CHAUI, Marilena. *Espinosa: Uma filosofia de liberdade*. São Paulo, Moderna, 1995. p. 61-63 e 67-68

⁵ PASTANA, Débora Regina. *op. cit.*, p. 113

⁶ A expressão é de Pastana. Cf. PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 122

em determinado momento histórico. Assim em 1994, quando foi alterada a primeira pela Lei n. 8.930, de iniciativa do gabinete do então Presidente da República Itamar Franco, com o fito de incluir em sua enumeração o crime de homicídio qualificado. Dita alteração teve inspiração em campanha organizada pela escritora de novelas Glória Perez, cuja filha, anos antes, fora vítima dessa espécie de crime, em rumoroso evento.⁷

Já no final daquela década, com base em “escândalo nacional” de venda de pílulas anticoncepcionais feitas somente de farinha, incluiu-se, mediante a Lei n. 9.695/98, o inciso VII-B no sobrecitado corpo normativo, aderindo o crime de falsificação de “produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” ao seu afrontoso elenco de restrições a direitos de liberdade⁸.

Por fim, registre-se que somente após episódio na Favela Naval de Diadema, quando policiais protagonizaram embaraçosas arbitrariedades, foi dada à luz Lei integradora do mandamento constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia limitada que fazia alusão ao crime de tortura, até a então não tipificado em nosso sistema penal. Fala-se da Lei n. 9.455 de 07.04.1997.⁹

Estes exemplos, a mostra cabal de que o sentimento triste de que nos faz refertos o medo exerce decisiva influência nos rumos político-criminais dados ao país, principalmente após a redemocratização na década de 1980.¹⁰ A propósito, faz Vera Malaguti Batista a seguinte advertência:

[...] a análise da transição da ditadura para a democracia (1978-1988) levou à percepção do deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum que permitiu que se mantivesse intacta a estrutura de controle social e mais investimentos na ‘luta contra o crime’. As campanhas maciças de pânico social produziram um avanço sem precedentes na internacionalização do autoritarismo.¹¹

⁷ Cf. PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 124

⁸ *Idem*

⁹ Cf. PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 124-125

¹⁰ Cf. PASTANA, *op. cit.*, p. 45

¹¹ Cf. BATISTA, Vera Malaguti. *op. cit.*, p. 35

Mais crédito a Espinosa deve ser dado se se contrastarem dados mais recentes sobre criminalidade, brasileiros e alienígenas, com o incremento desmesurado que para com o temor da violência criminal se tem visto nos mesmos períodos.

Barry Glassner, sociólogo americano que de há muito pesquisa o medo social, apresenta estatísticas e cruzamentos de dados por demais elucidativos, dentre os quais se destaca este: um estudo da Universidade de Emory, nos Estados Unidos, mostra que a maior causa de mortes dentre os homens (doenças cardíacas) não foi tão coberta pela mídia quanto a 11^a (homicídios); e que de 1990 a 1998, o número de assassinatos naquele país decresceu 20%, enquanto o número de reportagens sobre tais crimes ascendeu 600%.¹²

Ainda nos Estados Unidos, a taxa geral de crimes *per capita* em 2002 é a menor desde 1973. A taxa de crimes violentos declinou 21% no período de 2001-2002, em relação aos dois anos precedentes. Mais respeitante ao assunto deste artigo, 66% dos crimes violentos em terras norte-americanas não envolveram armas em 2001. A utilização de armas de fogo em tais tipos de crime mostrou-se, neste período, menor do que no de 1993 a 1996¹³. Por fim, de 1993 a 2001, ao passo que o número de homicídios caiu 36%, a mesma estatística correlata a homicídios praticados com armas de fogo apresentou queda de 41%. A taxa geral de crimes violentos acompanhados de porte de arma de fogo assomou declínio de 63%¹⁴.

No Brasil, estatística do Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana, ligado à Universidade Federal do Rio de Janeiro, mostra que o número absoluto de homicídios por mês no Estado do Rio de Janeiro diminuiu de aproximadamente 650 em julho de 1991 para menos de 600 em janeiro de 2003, posto que houvesse no longo interregno grandes oscilações.¹⁵

¹² GLASSNER, Barry. *The culture of fear: why americans are afraid of the wrong things*. New York: Basic Books, 1999 *apud* PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 77

¹³ Cf. CRIMINAL VICTIMIZATION 2001: Changes 2000-01 with trends 1993-2001. Washington: Bureau of Justice Statistics, sept. 2002, p. 1

¹⁴ Cf. WEAPON USE AND VIOLENT CRIME. Washington: Bureau of Justice Statistics, sept. 2003, p. 1

¹⁵ Disponível em <http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/arquivos/arquivos_observatorio_pdf/PDF/graficos/graficos_armas/graf91-03.gif>. Acesso em 11 abr 2004

Vale ressaltar que as estatísticas oficiais à disposição de pesquisadores e, de quando em vez, ventiladas pela imprensa sedenta de notícias de impacto ou por políticos em busca de aceitação populacional às custas da exploração de seus medos, são precárias e eivadas pelo fenômeno das cifras negras da criminalidade¹⁶. Não oferecem, pois, grandes subsídios para a compreensão do fato social criminoso neste país, senão quando visam a reproduzir a simbologia do medo¹⁷. Salvam-se raras, em geral organizadas pelas próprias pesquisas de campo de organizações universitárias e não-governamentais.

É, dessarte, de convir em que a simbologia operada pela difusão da paixão triste que é o medo só causa o prosperar da falta de liberdade. Os cidadãos se escondem, prendem-se, afastam-se. Nada é suficiente para lhes saciar a busca por uma segurança que nunca virá, pois combate um inimigo mais simbólico, psicossocial, do que concreto. Correção há atribuir a Jean Claude Chesnais, quando diz:

Não se pode levar em conta a insegurança que sentimos para orientar uma política penal. Seria a mesma coisa que levarmos em conta nossa percepção da inflação para orientar uma política econômica.¹⁸

2. Ilegitimidade

Em verdade, a situação de medo acima descrita ataca o próprio princípio democrático. Já se disse que a liberdade de quem tem medo, e por ele se deixa dominar, sofre oblóquio de uma compreensão inadequada da realidade. Perde-se, pois. Não se cuida apenas da liberdade pessoal, que encontrou em José Afonso da Silva feliz conceituação: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”¹⁹. Cuida-se, mais abrangentemente, da liberdade de participar na geração de direito

¹⁶ Cf. CABETE, Eduardo Luiz Santos. As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, n. 124, p. 6-7, mar. 2003

¹⁷ Cf. PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 48-63

¹⁸ CHESNAIS, Jean-Calude. *Histoire de la violence en occident de 1800 à nos jours*. Paris: R. Lafont, 1981 *Apud* PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 125

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 236

legítimo, por isso mesmo que justo. Cuida-se da liberdade de influir conscienciosamente nos processos de produção e aplicação da lei. Cuida-se da liberdade comunicativa²⁰.

O processo de lento definhar das relações sociais contínuas, cuja interrupção deriva deste mesmo medo, enfraquece os espaços públicos²¹, a interação cidadã. Sem a efetiva atividade da comunidade de participantes no processo social, queda-se inefetiva a garantia democrática. As normas produzidas passam a sê-lo emanadas do arbítrio de alguns: os que têm o controle do poder demagógico da atemorização.

Tamanho o poder da propaganda anitlibertária que inclusive autoproclamados defensores dos direitos humanos e da racionalização da repressão penal tombam diante da ingência do apelo “contra a violência urbana”. Só assim se explicam, por exemplo, textos como o do advogado e professor Leonardo Isaac Yarochevsky²². Após admitir, como linha de argumentação moral *a priori*, as máximas de direito penal mínimo, a objurgatória ao movimento da lei e da ordem, etc.; tergiversa o professor a tudo isso, nos seguintes termos:

²⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. 4th printing. Cambridge: MIT, 2001. p. 176, 178-180. “A soberania comunicativamente fluida dos cidadãos concretiza-se no poder de discursos públicos, que derivam de esferas públicas autônomas[...]” (p. 186). Releva a idéia de *autonomia* que não se compraz com a ilusão pelo medo e com o arbítrio dela decorrente.

²¹ Cf. PASTANA, D. R. *op. cit.*, p. 131-132; Para uma análise de *esfera pública, poder comunicativo e soberania popular* deles derivada, ver HABERMAS, Jürgen. *Popular sovereignty as a procedure*. In: _____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. 4th printing. Cambridge: MIT, 2001. p. 484-486: “A esfera pública funciona como um conceito normativo. Associações voluntárias representam o busilis em uma rede comunicativa, que emerge da interconexão de esferas públicas autônomas(p. 485)”.

É claro que o autor, aí, ao fazer apologia ao associacionismo tal qual Tocqueville estudando a democracia norte-americana, não pensava em reuniões de cidadãos obnubilados por sentimentos que eludissem sua capacidade de discussão voltada ao entendimento. Débora Regina Pastana, em sua fantástica e multicidada obra, traz interessante anexo contendo cópia de um abaixo-assinado da lavra do Comitê Nacional das Vítimas da Violência. Exorta-se aos que adiram a esta peça rara pugnarem pela redução da menoridade penal, mediante redução da idade mínima do imputável, de 18 para 16 anos. Encerra-se o manifesto com os seguintes dizeres: “O Brasil quer PAZ, SEGURANÇA E JUSTIÇA. Seja você também um parceiro da PAZ” (PASTANA. *op. cit.*, p. 133). Ante a evidente contradição entre o rogo pela paz e a busca por recrudescimento da repressão corporal pena, a esta associação não se lhe deve conferir alto grau de racionalidade crítica.

²² YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. *Armas: pura ilusão*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 08 set. 2003.

Sendo assim, a princípio, qualquer lei criminalizadora que visa o aumento de crimes e o endurecimento de penas deve ser rechaçada. Contudo, no que diz respeito ao tipo penal que prevê para o uso e o porte de arma de fogo sem a devida autorização penas que podem chegar até quatro anos de reclusão, urge outro enfoque.²³

Também nesta esteira, o prof. Adelido Nunes, que brinda frequentemente os leitores do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais com suas serenas e ponderadas ponderações acerca dos mais candentes temas da ciência penal, aparenta ter capitulado perante o falacioso argumento do estímulo à repressão penal como panacéia ao “crescente índice de cometimento de delitos e atos de violência”. No artigo que referimos, urde o professor inúmeros argumentos que justifiquem o exacerbado *status* conferido à compra e ao uso de armas de fogo na qualidade de causas primeiras de quase todos os crimes violentos dados à realidade nesta terra. Dentre todas as furiosas passagens, destaca-se esta, exaltando o potencial de incentivar tais crimes que teria a liberdade provisória com arbitramento de fiança – direito constitucional reconhecido no art. 5º, LXVI, diga-se de passagem:

Tão logo publicada [a lei n. 9.437/97, antecessora da 10.826/2003 e por ela revogada], houve a certeza de que em qualquer caso a ação delituosa [...] era absolutamente afiançável. Naquela oportunidade já se sabia que quem fosse pego irregularmente usando qualquer tipo de arma de fogo, quando muito perderia o instrumento, mas jamais haveria privação de sua liberdade [...]. Até hoje é essa a realidade nacional: uma lei branda e estimuladora da comercialização e porte indevido do fatal e crucial instrumento do crime comum e organizado.²⁴

Impende apor, em censura ao considerado pelo autor, que mesmo em crimes de dano (*delitos de lésion*, como gostam os espanhóis) cujo objeto jurídico é a vida, tirante o caso do homicídio qualificado, incluído

²³ *Idem*. Engana-se, todavia, douto autor quando limita as penas a quatro anos. Prevê a malfadada – esperamos – Lei n. 10.826/2003 escarmentos que atingem oito anos.

²⁴ Cf. NUNES, Adelido. *Arma de fogo: a inimiga da vida*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 22 jul. 2003

por vias sinuosas no rol dos hediondos, garante-se, *ope constitutionis*, a liberdade provisória. Não se ouve, inobstante, o retinir açulado contra a lassidão na repressão destes crimes tanto quanto na do porte ilegal de arma de fogo.

De qualquer sorte, não ficaram sós os dois últimos e doutos professores citados. O deputado Luiz Eduardo Greenhalg, defensor dos direitos humanos e relator do projeto – em verdade, Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado n. 292/1999 – que, na Comissão Mista criada pelo Ato Conjunto n. 1 de 2003, deu origem ao que viria a ser a Lei n. 10.826 de 22.12.2003, também caiu na esparrela. Instado por secretários de segurança dos estados federados a deixar de lado a absurda pecha de crime inafiançável que se queria dar – ao arrepio da constituição, como veremos – a um crime de perigo abstrato, assim respondeu, infelizmente, Sua Excelência:

Tornar o crime afiançável é deixar a situação como está hoje, ou seja: a pessoa é presa com uma arma ilegal, é levada à delegacia; o delegado apreende a arma e fixa uma modesta fiança; meia hora depois, o portador da arma ilegal está na rua. Temos que terminar com essa farra.²⁵

Valha embora aqui ressalva igual à antanho feita acerca da opinião do prof. Adelido Nunes, importa lobrigar em todas elas o abandono de argumentos morais, de há muito esposados por seus entalhadores, em prol de uma adequação pseudopragmática à “realidade”. Com efeito, se antes podiam acordar, na posição de participantes de discursos racionais de formação de normas e na posição de potencialmente afetados por estas normas²⁶, em que se devem proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, mormente o de liberdade, em face do arbítrio e do excesso de poder de que o “Estado Guarda-Noturno”²⁷ se arrogue por

²⁵ RELATOR rechaça sugestões a estatuto do desarmamento. *Agência Câmara*. Brasília, 12 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/imprimir.asp?pk35693>>. Acesso em: 14 ago. 2003.

²⁶ Tais requisitos perfazem o princípio do discurso (D), através do qual as máximas e os princípios morais são reconhecidos corretos e, portanto, universalistas, consoante teoria habermasiana. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Transl William Rehg. 4th printing. Cambridge: MIT, 2001. p. 107-111.

²⁷ A expressão é de Vinício Martinez. Cf. MARTINEZ, Vinício C. *As primeiras letras do biopoder: a literatura que denuncia as sombras do não-direito*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 02 dez. 2003.

intermédio de discursos demagógicos; defenestraram este princípio moral para privilegiar um outro pragmático, que “resguardasse” a sociedade da “escalada da violência urbana”, máxime a perpetrada com armas de fogo. Tudo isto posto que à custa da exprobação de direitos fundamentais conseguidos com muita luta depois de séculos de prevalência do autoritarismo. Aliás, no Brasil, padeceu-se de décadas de regimento militar ilegítimo, consubstanciado, justamente, para manter a ordem da nação, supostamente sob a álea de uma “baderna generalizada”.

Os direitos fundamentais, de fato, especialmente em um país como o Brasil, cuja tradição democrática mal se desmamou²⁸, são o que de mais precioso nos legou o constitucionalismo democrático. Sem eles, fenece a própria idéia de Estado Democrático de Direito. Os cidadãos jamais terão aquelas liberdades necessárias para legitimar a formação racional de vontade legiferante, a todos atribuída, nem tampouco gozarão dos direitos políticos e econômicos, sociais e culturais que daquele esperam, justificadamente, receber²⁹.

Manifesta-se, destarte, o sistema de direitos fundamentais não só como um complexo de limitações ao poder do Estado³⁰ – embora em muitos casos ainda persista este o seu objeto principal –, mas como um momento inicial de possibilidade democrática. Através da concepção, interpretação e proteção de seu sistema de direitos fundamentais, uma aglomeração política pode fundir os momentos de autonomia privada e autodeterminação pública, para garantir, a um só tempo, o nascedouro de Direito legítimo e sua legítima aplicação³¹.

José Afonso da Silva, em sentença lapidar, da qual tomamos ensinamento, asseverou, definitivamente, sobre tal classe de direitos: “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de

²⁸ É conhecida a contundente afirmação de Sérgio Buarque de Holanda: “A democracia no Brasil sempre foi um grande mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas.” Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. 17ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 160.

²⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 121-123.

³⁰ Assim pensava Pontes de Miranda. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, [194?]. p. 148.

³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 127-131.

situações sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive[...].”³²

Não foi neste quadro de respeito e resguardo de direitos, entretanto, que se logrou aprovar a Lei n. 10.826 de 22.12.2003. Realmente. A característica populista que sempre impregnou a atividade legiferante no Brasil concebeu, neste particular, mais um rebento defeituoso. Por muito ainda se vai ter de passar até espontar a República Democrática, pretensamente reintroduzida nestas terras desde 1988, das tismas múltiplas que desembocam em diplomas tais como o sobredito.

Tão evidente a inoperância. Tão patente a solução que nasce dissociada de qualquer efeito prático. Tão límpidos os fins simbólicos a serem implantados pelo advento de um conjunto de normas que vão de encontro a qualquer fundamento lógico, característico daquelas resoluções que tencionam solucionar o problema. O Estatuto do Desarmamento, um rebelde sem causa; um condenado ao imediato malogro. E o pior: seu destino iniludivelmente traçado em direção ao fiasco procederá não sem conspurcar todo tipo de direitos individuais fundamentais, todo tipo de garantias internacionais liberais às quais se uniu este país com significativa delonga.

Dúvidas não deixa o atual estágio da perspectiva penológica quanto ao descabimento do mero incremento da cominação de penas com vistas à diminuição da incidência social de determinado comportamento tipicamente descrito em norma penal incriminadora. Vale dizer: A autonomia intimidatória da lei penal, notadamente em sociedades políticas como a nossa, encontra embotamentos consideráveis. Vê-se sensivelmente reduzida.

As teorias utilitaristas da pena, que a advogam como um elemento de auxílio jurídico à redução do cometimento futuro de delitos, desde logo, obtemperaram em que muito pouco pode o direito penal nessa área. Intervenção primária, secundária e terciária, conceitos da criminologia e da sociologia criminal dispõem de potencial para muito melhores resultados.

³² Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 182.

A proteção de bens jurídicos essenciais, de dignidade constitucional³³, contra condutas que os profligam, gerando dano social, é a solitária incumbência ainda afeta ao Direito Penal³⁴. Ditos bens jurídicos, broquelados por um conteúdo normativo, cuja expressão imediata é o tipo penal, recebem afeição em sua autoridade por intermédio, precisamente, de sua inserção no ordenamento jurídico-penal. Revestem-se da posição de bens jurídico-penais³⁵.

Ora, esta proteção que pode o esgalhamento penalístico fornecer perde muito de sua magnitude em face do vagar da prestação jurisdicional, que afasta o cometimento do fato da aplicação da correlata sanção; da escassa e seletiva publicidade aos julgamentos de crimes, salvante os que envolvam situações ou pessoas famosas; do não-alcance penal de alguns tipos de delitos, tipicamente conduzidos à socapa por pessoas que não figurariam entre os tradicionais clientes da justiça punitiva; do desconhecimento de grande parte da lei repressiva pela maioria da população.³⁶

À teoria da prevenção geral negativa³⁷, portanto, como único móbil de prudência a orientar a produção legislativa³⁸, comete-se inegável fracasso. Nada obstante, precisamente esta a mentalidade norteadora de

³³ Figueiredo Dias, acedendo a esta idéia, formula o conceito de “carência de pena” ou “carência punitiva”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 250-252.

³⁴ De ver, sobre o tema do bem jurídico-penal, sua proteção e as diretrizes políticas da atividade do poder de penar do Estado, SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 39, p. 125-147, jul. – set. 2002.

³⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 455-456

³⁶ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127-128.

³⁷ Para minudências sobre as origens, defensores e argumentos desta teoria, cf., por todos, BITENCOURT, C. *op. cit.*, p. 121-128 e QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 35-40.

³⁸ Registre-se que a crítica vai exatamente sobre a adoção de somente a teoria da prevenção geral quando da concepção de uma norma penal incriminadora. Por certo, um tal idéia desempenha papel importante dentre as missões do direito penal, em geral, e da pena, especificamente, desde que adida a outras teorias. Esta orientação a que acabamos, em linhas mestras, de nos irmanar recebe, na doutrina, o nome de teoria mista ou eclética (cf. QUEIROZ, P. S., *op. cit.*, p. 65 *et. seq.*) ou teoria da prevenção geral positiva limitadora da pena (cf. BITENCOURT, C. R., *op. cit.*, p. 150-152. Aliás, este autor outorga à teoria mista autonomia, como corrente distinta da da prevenção geral positiva limitadora, o em que diverge de Queiroz).

conjuntos legais tais qual o Estatuto do Desarmamento. Sob influxo do incrível – no sentido etimológico da palavra – sofisma de que quanto maior for a pena jungida a determinada conduta criminosa, menor será sua perpetração, edita-se este esquizofrênico caldeamento de punições desproporcionais, de violações dos direitos fundamentais mais diversos, de agressão à boa técnica jurídica.

Ao lume das considerações já tecidas, ressalta a obviedade de que as penas altas, a vedação à liberdade provisória com fiança e à sem fiança, nada disso necessariamente ilide a motivação criminosa do agente. Até porque, se se busca ferretar organizações, quadrilhas criminosas, pense-se em que, à evidência, jamais dispuseram elas de armamento legal. Nem quando a ilegalidade consubstanciava mera contravenção, tampouco a partir da edição da Lei n. 9.437 de 20.02.1997, agora tida por ab-rogada pela lei n. 10.826 de 22.12.2003. Tendo em vista que não se podem ver ao jugo da autoridade administrativa, ou sob sua fiscalização, suposto que o próprio Estado-Administração leva a cabo a *persecutio criminis*, os criminosos profissionais, habituais, sempre se valeram de armas ilegais, muitas delas de uso exclusivo do exército.

O simples editar de novas sanções penais, sejam mais rigorosas ou mais flébeis, traz antes insegurança jurídica; quase nunca, segurança pública. É que, especialmente no caso de armas ilegais, muito mais importante do que a dureza da resposta penal, sempre *post facto*, afigura-se a fiscalização que proíba a entrada de armas contrabandeadas no país e sua venda, assim como a das de alienação e fabrico permitido no Brasil a quem não as pode adquirir, já porque não as quer registrar, já porque busca aquelas de uso não-permitido exceto para as Forças Armadas.

Abancada a deslegitimidade e irracionalidade do Estatuto do Desarmamento, em sua parte penal, resta, agora, analisar em que arrosta ele, diretamente, a deontologia constitucionalmente posta.

3. Inconstitucionalidade

3.1 Da liberdade provisória

A parte penal da lei de que se cuida aqui veio afivelada a um anelo de banir o uso de armas de fogo do seio da sociedade brasileira. Comprova-o seu art. 35, que proíbe, sob condição suspensiva da realização de referendo em 2005 (§ 1º do mesmo artigo), a “comer-

cialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei³⁹”.

Sob esta égide e iludido pelo suposto potencial intimidativo das altas penas criminais e do rigor no processamento de seus crimes⁴⁰, optou o legislador, desavisadamente, por fazer das normas penais ali inscritas um feixe de arbitrariedades, desproporcionalidades e inconstitucionalidades.

A primeira, mais afrontosa e clara como o sol do meio dia, é vedação da liberdade provisória com arbitramento de fiança, em alguns tipos, e a total insuscetibilidade de liberdade provisória, com ou sem fiança, em outros. Por proêmio, há argumentar a consolidação cabal da distinção, que em doutrina e jurisprudência já se fazia entre um e outro tipo de remora.⁴¹

Com efeito. Se no art. 14, parágrafo único e 15, parágrafo único disse a lei que os crimes das respectivas cabeças são inafiançáveis, ao passo que no art. 21, estipulou que “os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória”; se os primeiros têm penas cominadas menores que os últimos e, por postimeiro, se a boa hermenêutica ordena não considerar inúteis nenhuma expressão da lei, daí há mister de extrair que nos crimes dos arts. 14 e 15, ambos nos seus *capites*, é defesa, tão-só, a concessão de liberdade provisória via arbitramento de fiança, ou seja, as hipóteses do art. 322, e 322, parágrafo único c/c 323, e 324 do CPP, estes interpretados pelo avesso. Nada se diga disso quanto ao caso do art. 321 e do art. 310 e seu parágrafo único, também do estatuto penal adjetivo.

Demais disso, ler na palavra “afiançável” o grupo de palavras “liberdade provisória com ou sem arbitramento de fiança” seria trair a literalidade para fazer interpretação extensiva *in malam partem*. Em que pese ao ponderado entendimento de boa doutrina no sentido de que se não pode banir tal modalidade interpretativa do elenco do aplicador da

³⁹ Elenca o art. 6º as pessoas que podem portar armas e as entidades a que estão vinculadas. Entre outras, há o exército, agências de segurança pública, agentes e guardas prisionais, desportistas do tiro.

⁴⁰ Vide considerações sobre a teoria da prevenção geral da pena e nota 37 e 38, *supra*.

⁴¹ Cf. BANDEIRA, Fernando Thompson. Atenção! Os tribunais estão admitindo um perigoso precedente para a mutilação dos direitos e garantias fundamentais do homem. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 124, p. 5, mar. 2003, onde são ofertados apontamentos doutrinários e julgados de tribunais sobre o assunto.

lei penal⁴², certo é que mesmo quanto a isto há de haver enorme mesura. Mais ainda: toda interpretação legal parte da Constituição, que consagra princípios e direitos fundamentais aptos a salvaguardar a normatividade da lei na senda que lhe quis dar o poder constituinte. Estes préstimos jamais serão negligenciados pelo intérprete. Aqui, posto que fosse admitida a interpretação extensiva, teria esta de sucumbir ante a proteção constitucional que se outorgou à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à confiança ético-moral apriorística no indivíduo. Como de sabença, tudo o que restringir tais grupos essenciais da Carta Magna e do sistema de direitos nela inscrito, está destinado à reestrutividade.

Todo o precedente, contudo, faz-se por amor à argumentação, sem embargo da aplicação do mesmo raciocínio aos crimes hediondos ou assemelhados, por exemplo. É que qualquer das vedações citadas – à liberdade provisória com arbitramento de fiança ou à liberdade provisória *tout court* – traz a nódoa de flagrante inconstitucionalidade. Se não vejamos.

A normalidade constitucional induz a liberdade. A liberdade é a regra⁴³, a praxe. Se nada há que modifique a situação jurídica do cidadão, sua liberdade deve ser preservada e tem o estado o dever de assegurá-la, direito fundamental que é. em verdade, o princípio da presunção de

⁴² Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 27-29. Em sentido francamente oposto, ao entender que não há diversidade ontológica entre a analogia e a interpretação analógica, ver SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na execução penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 103-104. abr. – jun. 2002: “[...] ao mesmo tempo em que a exigência de *lei estrita* determina ao juiz que interprete restritivamente toda norma penal incriminadora, temos tribunais brasileiros aplicando verdadeira *analogia in malam partem*, disfarçada sob as vestes de uma interpretação analógica que sequer tem fundamento plausível perante a moderna hermenêutica.” (p. 88, grifos do autor).

⁴³ Sempre foi, por isso, objeto de nossa defesa a inadequação mesma da nomenclatura “liberdade provisória”. Ora, provisória, em regra, é a prisão. Apostou a constituição em que se não pode presumir que um preso em flagrante tenha necessariamente sido culpado pelo injusto que se lhe irroga. Talvez melhor seria chamar ao instituto “liberação da prisão em flagrante”, desde que, atualmente só atua, com efeito, em hipóteses de prisão em flagrante. Para os outros tipos de prisão provisória, há a revogação (art. 316 do CPP), ou o habeas-corpus. O nome que se quer abjurar remonta a épocas de ditadura, quando da elaboração do Decreto-Lei n. 3.689 de 03.10.1941, até hoje o Código de Processo Penal que aí está (vide item VIII da Exposição de Motivos do CPP).

inocência⁴⁴, “nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.”⁴⁵ Ao par da previsão constitucional expressa, na qual se vê um autêntico direito público subjetivo e fundamental à não-culpabilidade prévia à sentença condenatória passada em julgado (art. 5º, LVII da CF/88), tem escudo um tal direito em copiosos textos normativos internacionais⁴⁶, de que é exemplo mais próximo o: art. 8, alínea 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) de 1969. Por estas precisas razões, bate-se a doutrina unissonamente, a reveses em vão, pela leitura restritívissima a ser dada às medidas intraprocessuais que importem em constrição ao *status libertatis* do réu ou indiciado.

Qualquer prisão provisória, quer em flagrante, quer preventiva, quer decorrente da decisão de pronúncia, quer decorrente de sentença condenatória recorrível, quer temporária, deve revestir-se dos requisitos de cautelaridade. São, realmente, dentre as medidas cautelares, as mais

⁴⁴ Reforça o que se diz acima o fato de que, na constituição de 1988, na realidade, não existe um princípio da presunção de inocência, senão de não-culpabilidade prévia. O texto foi formulado negativamente, da mesma maneira que na constituição italiana (art. 27). Deu-se, naquele país, intensa campanha doutrinária em carreira contra tal princípio liberal, capitaneada pela Escola Positivista de Ferri e Garofalo, com adjutório de nomes como Manzini e Betiol. Estes últimos chegaram a tachar de ficção a presunção de inocência, considerando que, estatisticamente, eram mais numerosas as condenações em relação às absolvições. Entusiasmados com o chorrilho de argumentos favoráveis, ombream-se a esta corrente os teóricos da Escola Técnico-Jurídica, de ideais fascistas de defesa social, com os quais se via incompatível o liberalismo humanista a dimanar do princípio sobredito. Cf. MELARAGNO COSTA, Breno. Princípio constitucional da presunção de inocência. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, F. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 348-350.

⁴⁵ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p.61.

⁴⁶ Os quais textos, não custa lembrar, misquem-se em nosso ordenamento jurídico com a pungência de norma constitucional, uma vez que protejam os direitos humanos fundamentais. Esta, a orientação de boa doutrina. Cf. PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nádia. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115-138; AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 11, n. 43, p. 31-48, abr. – jun. 2003; e SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 11, n. 43, p. 07-30, abr. – jun. 2003.

gravosas. Ferreteiam a garantia maior do indivíduo. Não têm, pois, condição de medrar, senão quando o caso concreto, com as provas parciais que oferece ao julgador, autoriza-as, sob o pálio seguro do art. 312 do CPP. Nesta esteira, bem sintetizou Breno Melaragno Costa: “Qualquer medida de carácter preventivo em face da presunção de inocência tornou-se exceção na ordem jurídica.”⁴⁷

Ora, se é o direito à não-culpabilidade prévia à condenação definitiva – ou direito à presunção de inocência – a normalidade que quis a constituição fazer irmanar-se ao direito de liberdade; se a própria Lei Maior agiganta seu acervo de proteção a este último direito por meio de uma série de garantias, tais como a do habeas-corpus (art. 5º, LVIII), a do relaxamento de flagrante (art. 5º, LXV), e a da liberdade provisória (art. 5º, LXVI); se se coaduna esta garantia com o direito à aplicação personalíssima das penas e das medidas de constrição em análise profunda e particularista de cada situação pessoal posta ao jugo da Justiça Criminal; se, por derradeiro, a própria Constituição Federal estipulou peremptoriamente em quais tipos de delitos se não poderia conceder liberdade provisória com arbitramento de fiança, os chamados crimes “inafiançáveis” – a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os definidos como hediondos, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, e a prática do racismo –, previstos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV; se tudo isso for, como de fato é, verdade, ganhará o reino dos céus – como diria, em motejo, Tourinho Filho – quem explicar de onde o legislador ordinário achou que teria poderes para vedar a liberdade provisória, ao alvedrio seu, para crimes cujas penas máximas não transcendem, em sua maioria, os seis anos.

Nem se venha levantar, mofinamente, que o art. 5º, LXVI consagra a expressão “quando a lei admitir”. Ora, está claro que a lei referida é a que regula os requisitos genéricos da aplicação do instituto. Trata-se do Código de Processo Penal, em seus arts. 310; 310, parágrafo único, e 321, *et. seq.* Seria estólido, certamente, tentar enxergar aí uma norma constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia contida⁴⁸ no sentido

⁴⁷ Cf. MELARAGNO COSTA, Breno. *op. cit.*, p. 356.

⁴⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-86.

de que pode o legislador ordinário, a qualquer momento, singelamente, apagar um direito constitucional derivado de cláusula tão cara quanto a de proteção a liberdade; máxime em um Estado Democrático de Direito.

Caso assim não se entendesse, para que os incisos XLVII, XLIII, XLIV do art. 5º? Transparente que se trata de limitação expressa ao direito de liberdade e seus consectários. Só quem deu pode tirar. Reconheceu a Constituição ao homem a liberdade como um seu direito inerente à sua condição, por isso mesmo que fundamental, junto dos direitos formais e garantias que o façam efetivo⁴⁹. Só a Constituição pode retirar uma destas e somente em casos particulares. Se não, óbice recairia sobre o instituto mesmo, que de limitado passaria a inócuo.

Diga-se mais: em nenhum momento citou a Carta Magna “insuscetível de liberdade provisória”, consoante se lê no art. 21 da Lei n. 10.826 de 22.12.2003. Ainda por cima, inovou o legislador infraconstitucional. Criou uma forma de limitação à liberdade provisória que a maior das leis do país não havia cometido sequer aos crimes hediondos e assemelhados...

Ainda neste tópico, atenha-se à seguinte circunstância: a maior das penas cominadas aos preceitos típicos da citada lei não ultrapassa os oito anos de reclusão. A menor das penas dos crimes com restrição à liberdade provisória é dois anos. Ora, em muitos – dir-se-ia na maior parte – dos casos de aplicação do malsinado diploma, haverá a substituição da pena privativa de liberdade por outra, dita alternativa – restritiva de liberdade, pecuniária ou restritiva de direitos⁵⁰. Os crimes são de perigo abstrato, de mera conduta. Não há cogitar grave ameaça ou violência que elida a aplicação dos substitutivos penais. Assim, lançado o disparate de forçar alguém a aguardar uma instrução penal inteiramente encarcerado, para, posto que condenado, cumprir pena não-privativa de liberdade, especialmente no caso dos tipos do arts. 14 e 15, que são “só” inafiançáveis e cuja pena máxima, como dito, é quatro anos de

⁴⁹ À conjugação dos direitos e garantias judiciais, formais, com um conjunto de princípios jurídico-políticos que situem a liberdade como bem essencial da pessoa humana chamou Amaral, com felicidade, *aparato garantidor*. Seria o habeas-corpus sua expressão máxima. Cf. AMARAL, Thiago Bottino do. Considerações sobre a origem e evolução da ação de habeas-corpus. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n. 35, p. 101-131, jul. – set. 2001.

⁵⁰ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *op.cit.*, p. 294-295.

reclusão. Mais grave a medida cautelar do que a imposta como sanção principal. Sobreja isto as raias da insanidade, o por que não encontra brechas em sua inconstitucionalidade. O acessório nunca pode ser mais gravoso do que o principal. Melhor deixar, portanto, conforme preconiza o art. 798 do CPC, o poder geral de cautela nas mãos do magistrado competente, que dele não irá, decerto, abusar, porquanto tolhido pelos corretíssimos requisitos do art. 312 do CPP.

Concessa maxima venia, em conseqüência das considerações ora erguidas, não existe baldrame possível para tal sorte de excrescências. As vedações à liberdade provisória decorrentes do Estatuto do Desarmamento, já aquela dos arts. 14, parágrafo único e 15, parágrafo único, já aquela do art. 21, perfazem a quintessência da absurdidade. São, ao lado disso, rigorosa e totalmente inconstitucionais; e cada vez que algo assim toma assento no Direito deste sofrido país, pensa-se que correto se mostrava o mestre Tourinho Filho:

[...] uma vez que o princípio da inocência jamais foi obedecido e acatado, chega-se à inarredável conclusão de que a adesão do nosso Representante junto à ONU, àquela Declaração [Universal dos Direitos do Homem], foi tão-somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática... E estávamos em pleno regime democrático.⁵¹

3.2. Das normas penais incriminadoras

Não foi só na liberdade provisória a carga lançada pela Lei 10.826 de 22.12.2003 à menoscabada Constituição da República Federativa do Brasil. Respiga, de modo absolutamente arbitrário, uma coleção de tipos penais azambrados, mal redigidos, um verdadeiro alienígena no sistema penal brasileiro, que já não goza da unidade desejável. Tem como seu grande inimigo, essa lei, o princípio da legalidade constitucional em matéria penal, o qual princípio assume dramaticidade ímpar, haja vista à limitação primária que impõe à fúria punitiva do Estado⁵².

Realmente. Constuma-se em doutrina predicar ao mesmo princípio quatro subprincípios que dele se dessumem para perfazer seu anelo,

⁵¹ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.*, p. 67.

⁵² Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 21-22; e AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais* da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 85.

segundo o que se disse, *supra*. Assim, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, na dicção que a ele impôs o alemão Feuerbach no século XIX e que hoje perdura em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXIX: “Não crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e em nosso Código Penal (art. 1º, com a mesma formulação), desdobra-se em *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; *nullum crimen sine lege certa*⁵³. A estes subprincípios⁵⁴ correspondem, respectivamente, a proibição de retroatividade *in malam partem* da lei penal, a inaceitabilidade do costume como fonte incrimi-

⁵³ Classicamente, na doutrina brasileira, coliga-se tal quadripartição a Francisco de Assis Toledo que se abeberou de Maurach. Cf. TOLEDO, F. A. *op.cit.*, p. 22-29. Mais modernamente, desde um ponto de vista iluminado pelo garantismo penal e pela teoria da prevenção geral positiva limitadora (cf. nota 38, acima), tem-se apendiculado às quatro facetas implicitamente apontadas no referido princípio uma que diz com o princípio da intervenção mínima ou com o da ofensividade: a da necessidade. Então, violaria o princípio da legalidade uma criminalização que não fosse necessária à proteção do bem jurídico tutelado. O direito penal seria subsidiário e fragmentário, de intervenção mínima. *Nullum crimen, nulla poena sine lege necessaria* (Cf. SCHMIDT, A. Z. *op.cit.*, p. 89-90).

A nós, *rogata venia*, nunca nos pareceu correto o entendimento. Se bem que seja de valia indiscutível o critério da intervenção mínima ou ofensividade para o nortear da atividade legislativa e judiciária com o visio de incriminar, consubstanciam tais idéias muito mais o a que chamou Dworkin diretrizes políticas do que princípios propriamente ditos. Estes tem um claro conteúdo moral, que orienta, no geral a normatividade jurídica, a fim de dar-lhe maior justiça. São critérios materiais deonticos, autênticas normas. As diretrizes políticas, noutra borda, lançam bases sobre a atividade de concepção da lei, regra ou princípio. Devem, claro, ser retomadas em sua aplicação, mas não dominam, por sua excessiva fugacidade e indeterminação atroz os requisitos dos princípios. Aceite-se o contrário e o maior dos critérios de justiça, o de igual respeito e consideração para todos, pedra de toque de toda a moralidade inserta no fenômeno jurídico, será duramente verrumado. Haverá a possibilidade de ver solapada a constitucionalidade de um diploma incriminador com base no critério de necessidade de alguns julgadores, às vezes de um só, baseados em suas visões particulares de bem. Não aporta segurança jurídica ou real justiça tal sorte de arbitrio do aplicador da lei, que, a pretexto de justificá-la, acessa os argumentos exclusivos de seu fazimento e age como legislador, por mais que negativo, revogando, ao seu alvedrio, o que fizeram promulgar os representantes do povo, proprietário do poder, por isso, democrático. Cf. MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUSA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, F. *op. cit.*, p. 73; e HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, 207-209.

⁵⁴ Parte da doutrina, possivelmente no afã de tornar mais imponentes os prolongamentos da legalidade, consagra-os como autênticos princípios, os quais princípios, de então autônomos, recebem, respectivamente as seguintes nomenclaturas: irretroatividade da lei penal, reserva legal absoluta (fazendo neste inserir a proibição da analogia *in malam partem*), e taxatividade do tipo penal. Cf. PRADO, C. A. *op. cit.* p. 134.

nadora, a vedação à analogia em prol da punição, e o banimento de tipos penais abertos e de redação fluida. De acordo com Assis Toledo:

Com a aplicação concomitante desses quatro princípios, contidos por implicitude no princípio geral antes referido, constrói-se a denominada função de garantia da lei penal, que pode também ser entendida como autêntica “função de garantia individual das cominações penais.”⁵⁵

A advertência atualíssima do douto professor veio em eco de doutrina iluminista e liberal do direito penal, fornecida antanho pela Escola Clássica. Encontrava-se, ainda embrionária na obra máxima do Marquês de Beccaria. Dizia ele: “só as leis podem fixar as penas de cada delito e [...] o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.”⁵⁶

Eram, todavia, modestos os iluministas. Enfrentavam problemas que há muito se expurgaram de nossa mentalidade jurídica. Arrostavam as punições inquisitoriais, os suplícios, a punição ao bel prazer do rei soberano, que tudo podia em seus infundáveis caprichos abonados pelo direito divino. Necessitavam apenas de uma limitação formal. Tão-só a limitação da punição à existência de lei concebida em um parlamento que representasse o povo unido em contrato social já se mostrava grandessíssimo avanço.

Hoje, após séculos de predomínio mundial, ao menos no plano teórico, da república e da democracia, pode juntar-se à visão formal da legalidade penal uma outra, material, que reclama não por mera feitura de lei, mas que indaga qual será a lei, que perscruta seu conteúdo. Os quatro subprincípios extraídos da legalidade e retro-apontados carregam para ela préstimos materiais. Engrandecem-na, libertam-na de sua formalidade originária e aparente. fazem-na, como acima se assinalou, garantia político-jurídica da pessoa humana, cuja dignidade impende, sempre resguardar, por fundamental ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF/88).

⁵⁵ Cf. TOLEDO, F. A., *op. cit.*, p. 22-23.

⁵⁶ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. 13ª ed. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 27.

Calcado nestas razões, pensamos que mais do que desdobramentos do princípio da legalidade, os subprincípios que alargam seu conteúdo estão, em verdade, contidos na expressão *lei* do brocardo “não há crime sem *lei* anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com efeito, não se trata de uma lei qualquer. É do Estado de Direito, de sua evolução, de sua concepção histórica, de sua consolidação, manter e proteger a liberdade do homem e resguardar sua esfera de escolhas próprias, de livre ir e vir, de acesso à informação, etc.⁵⁷ Pontes de Miranda dizia eram os direitos de liberdade autênticos direitos supralegais, representavam o espírito dos direitos fundamentais (*the man versus the State*), retiravam origem e esqueço do direito das gentes.⁵⁸

Ora, se assim é, a lei que gera, em respeito ao princípio de que se cuida, preceitos incriminadores tem de reunir os requisitos anteriormente descritos: tem de ser prévia à conduta que incrimina; tem de ser lei em sentido formal, como ato complexo desigual emanado primacialmente do parlamento eleito pelo povo; tem de ser lei estrita, na medida em que se não admite integração jurídica *pro societate*; tem de ser certa, pois que só se legitima o tipo predominantemente descritivo e denotativo, que não causa estranheza ou incerteza no aplicador e no sujeito a quem se lho imputa. Porém, mais do que isso, a lei, prévia, escrita, estrita e certa, que quer criar crimes e cominar penas tem de ser coerente com todo o ordenamento jurídico penal, tem de se coerente como o sistema incriminador como um todo, pois ao legislador não é dado criar graves distorções entre preceitos e sanções penais.

É preciso, realmente imperioso, proscrever esta obnoxia e demagógica prática, da parte de quem deveria conduzir o povo à sua liberdade, de criar tipos que antecipam mais e mais a punição – daqui a pouco teremos crime de perigo ficto – com penas cada vez maiores, criando distorções evidentes e horrendas. Os crimes de dano ou de lesão, que eram regra em 1941, foram paulatinamente sendo substituídos, no zênite da sociedade de risco por tipos de perigo abstrato, que tencionam evitar a conduta e não a puni-la. O manejo destes crimes, deve-se dá-lo com

⁵⁷ Cf. BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Origen cambio del concepto de estado de derecho. In. _____. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trota, 1999. p. 17-47, especialmente 21-23.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, v. 3, p. 149

cautela e sempre em vista do homem, assim o que se pune como o que se protege, sob pena de um Estado que, ao revés de resguardar bens jurídicos cujo dano afronta o próprio convívio social, cria-se em torno do medo. Medo dos cidadãos, uns em relação aos outros dos outros, e de todos em relação ao Estado. Vem de Maquiavel a censura a tal tipo de comportamento:

Não deve ser [...] crédulo o príncipe, nem precipitado, e não deve amedrontar-se a si próprio e proceder equilibradamente, com prudência e humanidade, de modo que a tolerância demasiada não o torne incauto e a desconfiança excessiva não o faça intolerável.⁵⁹

A coerência que se busca não transfere ao mero arbítrio do aplicador da lei a sua validade material. Sem poder afastar todo e qualquer subjetivismo de tal atividade, o que nem mesmo desejável seria, afere-se ela por critérios tão objetivos quanto necessários para legitimá-la como interpretação e não como criação legislativa. O cotejo dá-se entre diversos tipos penais parelhos, especiais e gerais, subsidiários e primários, ou crimes-meio e crimes-fim. Em se utilizando dos critérios do conflito aparente de normas penais, pode o aplicador entrever, pelos absurdos eventualmente produzidos, a incoerências das normas impugnandas. *Nullum crimen, nulla poena sine lege cohaerente*.

No caso das condutas tipificadas no Estatuto do Desarmamento, a profusão de incongruências, mormente nos preceitos secundários dos seus artigos, chega a causar espécie pelos exemplos engraçados que geraria. Em recente seminário, realizado no hotel Glória, no Rio de Janeiro, o professor Luiz Flávio Gomes fez facécia que confirma o que se disse. Em tom jocoso, asseverava que se estivesse na rua portando arma ilegal e visse a polícia caminhando em sua direção, apontaria ato contínuo a arma para o primeiro transeunte com que se deparasse, bradando em anúncio ao roubo, o qual, mesmo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, tentado, daria pena mínima menor do que o mero porte de arma, conquanto o do art. 14 daquela lei.

⁵⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Trad. Lívio Xavier. In: *Os pensadores*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 70-71.

Teve em linha de conta o preclaro doutrinador o princípio da consunção. O porte ilegal de arma, por servir de meio a crime mais grave, que atinge diretamente a incolumidade física e o patrimônio do lesado, o roubo tentado, torna-se antefato impunível por este absorvido.⁶⁰ Ora, como pode o crime-fim, de lesão, nomeadamente mais grave, ao menos em tese, definir em reprimenda ante o crime-meio, de perigo *abstrato*?

Outros exemplos, múltiplos, por sinal, poderiam ser levantados. É o caso da lesão corporal de natureza grave, cuja pena mínima se mostra menor do que a dos crimes dos arts. 14, 15, 16, 16, parágrafo único, 17 e 18. A de natureza gravíssima, tem pena mínima menor do que a dos arts. 16, 16, parágrafo único, 17 e 18, e igual à dos arts. 14 e 15. Mais vantagem há em usar arma de fogo ilegal para ameaçar alguém – pena de três meses a um ano de detenção, aplicadas em dobro: art. 146, § 1º – do que meramente portá-la – pena de dois a quatro anos de reclusão: art. 14 da Lei n. 10.826 de 22.12.2003. Se se estiver a portar arma de fogo de uso restrito ou proibido, com sinal de identificação adulterado de qualquer maneira, então, é melhor matar alguém; naquele caso, o concurso material do crime do art. 16, cabeça, com um dos do parágrafo único do mesmo artigo, ambos da Lei 10.826/2006, garante pena mínima de seis anos, rigorosamente igual à do homicídio simples, para o qual ainda há, ao oposto, causa de diminuição de pena...

Resulta dessas considerações: melhor lesionar grave ou gravissimamente (levemente, então, nem se mencione...), constranger ou matar do que somente ter, portar arma de fogo. Melhor levar o resultado a efeito do que apresentar, pela arma, perigo de fazê-lo. Cumpre, pois, indagar: há coerência, há legitimidade, há legalidade, há constitucionalidade nestes tipos penais?

O que se quer fazer não é nada senão espalhar sobre o princípio da legalidade os efeitos do direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI). Circunscreve-se-lhe, normalmente, apenas o momento da sua aplicação e execução, deixando no oblívio o da sua cominação. A lei que refere a Carta Maior não poder ser interpretada restritivamente, para abarcar

⁶⁰ Cf. TOLEDO, F. A. *op. cit.*, p. 54. Mesma idéia, posto que em outros termos, em NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 279

somente a da execução penal. Também a incriminadora deve individualizar a pena. Deve ser coerente com o sistema. Deve dar margem suficiente, entre o máximo e o mínimo de pena para que o aplicador possa melhor adequá-la segundo a conduta e a culpabilidade do agente. Deve prever qualificadoras, circunstâncias agravantes e atenuantes de tal modo que tenha instrumentos o magistrado para, no fixar da reprimenda, aproximar-se ao máximo da unidade, da particularidade de cada caso concreto.

Por com nada disso se preocupar, vergasta a Lei n. 10.826 de 22.12.2003, em toda a sua parte penal, o direito público subjetivo à legalidade coerente, à individualização da pena por parte também do legislador. Menospreza, ainda, o princípio da culpabilidade, que traz a conduta típica e antijurídica para a consideração do homem que a perpetrou, o qual não pode ser irracionalmente punido com o escopo de, servindo de instrumento e não de fim, dar resposta populista a um agastamento medroso de uma sociedade confusa. Não pode o Estado, em última análise, usar pessoas humanas, criminosos que sejam, como bodes expiatórios, fazendo a catarse de equívocos próprios com a liberdade alheia.

4. Considerações Finais

Passa a humanidade por uma crise de humanismo. A descrença no homem traz o baldar da democracia e o desprezo pelos seus direitos fundamentais dele. Cada vez mais Hobbes parece tardiamente triunfar. “A história dos direitos humanos e de suas garantias retrata uma luta incessante contra todas as formas de opressão[...]” aduzia em meados do século passado o senador Josaphat Marinho⁶¹. Quase 40 anos após, referendou tal opinião o Professor Stefano Rodotà:

Na reflexão jurídica torna-se portanto essencial e inevitável o tema dos direitos fundamentais, a cuja definição e alcance está em boa parte entregue o destino do direito no mundo global. [...] Direitos fundamentais [...] se apresentam não somente como elementos constitutivos da cidadania global,

⁶¹ Cf. MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: BONAVIDES, Paulo *et alli*. *As tendências atuais do direito público*. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Mello Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 169

mas como instrumentos necessários para uma forte emergência das razões do direito num momento em que parecem prevalecer outras lógicas, expressão da potência militar e econômica.⁶²

Fato é o de que ainda mourejamos para tornar efetiva a plêiade de direitos a que, desde 1988, conferimos o mais alto grau de cogência jurídica, insculpindo-os na pedra constitucional. Para que de nossa aspiração verta realidade, não podemos jamais olvidar lição de Lachaud, grande advogado francês revivido por Rui Barbosa:

A lei é calma, meus senhores: não tem jamais nem sequer os arrebatamentos da generosidade. Assentou ela que a verdade não será possível de achar, senão quando buscada juntamente pela acusação e pela defesa. Compreendeu que nem tudo está nas vítimas, e que também é mister deixar cair um olhar sobre o acusado[...].⁶³

5. Referências bibliográficas

- AMARAL, Thiago Bottino do. Considerações sobre a origem e evolução da ação de habeas-corpus. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 101-131, jul./set. 2001.
- ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. Paris: Gallimard, 2003.
- BANDEIRA, Fernando Thompson. Atenção! Os tribunais estão admitindo um perigo precedente para a mutilação dos direitos e garantias fundamentais do homem. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 124, p. 5, mar. 2003.
- BARBOSA, Rui. **O dever do advogado**. 3^o ed. rev. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁶² RODOTÀ, Stefano. *Palestra proferida na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro em 11 de março de 2003*. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm>>. Acesso em 06 abr. 2004.

⁶³ Cf. BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. 3^o ed. rev. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2002. p. 44.

- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 13^a ed. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Origen cambio del concepto de estado de derecho. In: _____. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trota, 1999. pp. 17-47.
- CABETE, Eduardo Luiz Santos. As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 11, n. 124, p. 6-7, mar. 2003.
- CHAUÍ, Marilena. **Espinosa: uma filosofia de liberdade**. São Paulo: Moderna, 1995.
- CRIMINAL VICTIMIZATION 2001: **Changes 2000-01 with trends 1993-2001**. Washington: Bureau of Justice Statistics, sept. 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- DURKHEIM, Émile. Prefácio da segunda edição. In: _____. **As regras do método sociológico**. 14^a ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Translated by William Rehg. 4th printing. Cambridge: MIT, 2001.
- _____. Popular sovereignty as procedure. In: _____. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Translated by William Rehg. 4th printing. Cambridge: MIT, 2001. pp. 463-490.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a ed. 17^a reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUSA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M.; GUERRA, I.; NASCIMENTO FILHO, F. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 57-101.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Trad. Lívio Xavier. In: **Os pensadores**. 2^a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: BONAVIDES, Paulo et alli. In: **As tendências atuais do direito público**. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Mello Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976. pp. 167-183.
- MARTINEZ, Vinício C. As primeiras letras do biopoder: a literatura que denuncia as sombras do não-direito. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 02 dez. 2003.
- MELARAGNO COSTA, Breno. Princípio constitucional da presunção de inocência. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I.; NASCIMENTO FILHO, F. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 341-359.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- NUNES, Adelido. **Arma de fogo: a inimiga da vida**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 22 jul. 2003.
- PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à consituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, [194?].
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODOTÀ, Stefano. Palestra proferida na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro em 11 de março de 2003. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm>. Acesso em: 06 abr. 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal constitucional. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 39, pp. 125-147, jul./set. 2002.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na execução penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 38, pp. 103-104. abr./jun. 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- WEAPON USE AND VIOLENT CRIME. Washington: Bureau of Justice Statistics, sept. 2003.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Armas: pura ilusão. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 08 set. 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4^a ed. São Paulo: RT, 2002.

A legitimidade do direito nos horizontes da modernidade/pós-modernidade

Pablo Ghetti*

Há um futuro para a justiça e não há justiça senão na medida em que (...), enquanto acontecimento, exceda o cálculo, as regras, as antecipações, etc. A justiça como experiência da alteridade absoluta, não se pode tornar presente, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. (Derrida, Jacques. Force de Loi, Paris: Galilée, 1994, p. 61)

1. Introdução

O problema fundamental da teoria do direito é, em grande medida, o mesmo que se observa na teoria política: a questão da legitimidade do direito. Mudam, porém, as tradições, as estratégias discursivas, os métodos de trabalho e pesquisa, bem como um certo enfoque, uma certa ênfase, que na área jurídica deverá passar em algum momento pela questão da interpretação, pela aplicação do direito no caso concreto. A questão recebeu tratamento por numerosas tradições da pesquisa jurídica – desde os jusnaturalistas mais ortodoxos da antigüidade ou da modernidade, passando pelos positivistas mais seguros da onipotência da ciência, até os mais celebrados arautos do pós-positivismo, sejam eles modernos ou pós-modernos.

No entanto, não basta um estudo que percorra a trajetória do pensamento jurídico desde seus primeiros paradigmas no que diz respeito a esta seara, cumpre, isto sim, perquirir os horizontes que os homens e mulheres que sustentam tais posições têm diante de si. E a questão mais candente que o horizonte contemporâneo indica refere-se à crise da modernidade. Logo, ao próprio conceito que se encerra neste termo e

* Pablo Ghetti é advogado; mestre em Direito pela PUC-RIO; e doutorando na London School of Economics (LSE).

suas potencialidades - lembre-se que crise é também abertura para novos rumos, bem como ao que pode advir diante das tensões do presente: a pós-modernidade, que não pode jamais ser tomada como algo pronto e acabado, algo que possui uma identidade unívoca.

O termo horizonte, por sua vez, não é casual, segue a abordagem de Bernstein, de modo a encetar a discussão daquilo que descansa como pressuposto do pensamento, não tematizado mas presente, ou a chamar a atenção para aquilo que está cedendo, que se distancia com o tempo mas que no fundo orienta um pensamento, ou a apontar para um campo normativo que informa os autores a serem estudados.¹

Naturalmente, este estudo não tem como objetivo o esgotamento do tema, mas uma contribuição particular, de forma a abordar alguns autores específicos, mas bastante representativos. Procura-se analisar o quadro paradigmático do tempo presente: como podemos compreender o período em que vivemos? Esgotaram-se as energias irrompidas na modernidade? Ou um novo paradigma deve ser considerado? Radicalmente novo, ou uma reformulação do anterior? Condenado a celebrar o status quo, ou capaz de reinventar a revolta, a luta, a indignação, fornecendo novas bases para os projetos político-sociais do novo século? São perguntas que precisam ser respondidas se se quer traçar o quadro em que se desenvolvem as mais diversas doutrinas do direito, que podem fornecer soluções diversas. Mais adiante são tratadas duas propostas com bases epistemológicas totalmente distintas, mas que talvez revelem algumas semelhanças inusitadas, demonstrando até que realmente modernidade e pós-modernidade não são termos que possam ser tomados abstratamente, como camisas de força para a imaginação teórica, de modo a ser necessário mergulhar na singularidade e raridade de cada autor.

2. Horizontes epocais

2.1. Modernidade: um projeto inacabado (ou inesgotável)?

Provavelmente em época alguma foi possível fazer um diagnóstico sobre o tempo presente sem o uso do termo 'moderno', como lembra Habermas. Ao menos as sociedades ocidentais tendem a almejar,

¹ BERNSTEIN, Richard Jay. *The New Constellation – The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity*. Cambridge, MA: MIT Press, 1998, p.08.

realmente, a forma mais moderna de convivência, que demonstre padrões mais avançados, melhores ou mais adequados. Não há dúvida de que esta busca encontra acolhida no conceito de história predominante em nossa cultura judaico-cristã, porém, ela ainda é marcada pela presença insidiosa dos contra-modelos clássicos, antigos, tradicionais. O moderno é sempre construído como oposto a um passado de glórias ou de fracassos, de penúria ou de opulência, ao qual se quer opor um momento mais condizente, mais propício ao desenvolvimento da vida digna em sociedade. No entanto, apenas o período que convenciamos chamar de modernidade mostra o moderno sublimando a si mesmo, encontrando todas as forças de que precisa em si mesmo, exaltando as condições que o homem do tempo presente tem para fornecer respostas mais adequadas para a sua própria maturação. Vai neste sentido uma das afirmações centrais de Habermas, segundo a qual “é a própria modernidade que cria seu classicismo.”²

A esta altura, é preciso lidar com o conceito de modernidade para além do que se chama moderno, da consciência do novo ou de uma nova época. Para melhor compreender o seu caminho, contudo, cumpre estabelecer uma divisão - não intransponível, que não deve impedir o estabelecimento de relações de conjunto e de influências recíprocas - entre modernidade cultural e social (normalmente intitulada de modernização). Ambas são produtos do movimento iluminista de colocação do homem, de suas capacidades, de seus potenciais no centro da experiência coletiva, para além de qualquer submissão do homem a poderes transcendentais, num processo preciso de secularização. É esta potência que trabalha em duas frentes: a emancipação social, pelo trabalho e dominação do homem sobre a natureza e a emancipação subjetiva, através da duplicação da força da arte, agora autolegitimada como experiência estética fundamental em si mesma para o gênero humano.

Na modernidade a cultura artística pôde desenvolver-se em vários sentidos, mas aquele que realizou mais radicalmente o projeto moderno foi o tentado pelas vanguardas culturais do início do século XX, sobretudo pelos surrealistas, cuja autocompreensão era a de uma verdadeira

² HABERMAS, Jürgen. Modernidade – um projeto inacabado. In: ARANTES, Paulo e Otilia. **Um ponto cego no projeto de Jürgen Habermas**. Brasília: Brasiliense, 1992, pp. 101/102.

revolução estética capaz de mudar a paisagem cultural para sempre. Aliada a perspectivas freudo-marxistas procurava libertar as energias reprimidas pela civilização e dar espaço para um novo homem e uma nova sociedade. Era a arte tentando transcender o seu campo enquanto arte e aprofundando a arte, ou seja, sem qualquer submissão da arte a imperativos políticos, ideológicos. Trata-se, sim, de uma estetização da política, dado que os parâmetros políticos os quais a arte surrealista procura estabelecer são legitimados e fundados na própria experiência de realização estético-subjetiva. Como exemplos podem ser citados o amor-louco de Breton, o devir-mulher de Aragon ou a própria libertação da matriz onírica da realidade humana típica de todos os que passaram pelo movimento.

Infelizmente fracassou esta proposta revolucionária e o que se lhe seguiu neste campo foi uma indústria cultural, adequada a uma sociedade de consumo de massas, introduzindo aí, de modo avassalador, a lógica da forma-mercadoria e do movimento tautológico do capital.² O desejo e o prazer foram libertados, mas rapidamente o capitalismo apropriou-se de sua força descomunal, modificando para sempre a própria estrutura de nossas sociedades. Assim o que restou para os filhos e netos dos artistas revolucionários? Segundo Habermas o caminho acabou sendo o de um esvaziamento do próprio potencial emancipatório da arte, a aceitação da falência de qualquer espécie de projeto, ainda que estabelecido em bases imanentes, a destruição das relações da arte com as experiências concretas do mundo da vida, que acaba por relegar à arte o mesmo destino dos saberes especializados na esfera científica: a redução do público a iniciados, a vitória do esoterismo.

Este, em linhas gerais, e já reinterpretado, é o diagnóstico sombrio de Habermas sobre o pós-modernismo. Identifica-se-o assim, peremptoriamente, com o antimodernismo. Habermas oferece, porém, algumas alternativas, ligadas diretamente ao seu projeto de refundação da teoria crítica na Teoria do Agir Comunicativo. Veja-se esta passagem que se explica por si mesma:

³ Para fazer uso de expressões do sociólogo alemão Robert Kurz. Cf. KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

Um reatamento diferenciado entre a cultura moderna e uma prática do dia a dia dependente de legados vitais (...) só será alcançada se também a modernização social puder ser dirigida por outras vias não-capitalistas, se o mundo da vida puder desenvolver por si instituições limitadas pela própria dinâmica dos sistemas de ação econômico e administrativo.⁴

Parece-me interessante ilustrar a perspectiva habermasiana com o trabalho de um outro autor, crítico da noção de pós-modernidade, sobretudo quando aplicada na esfera cultural. Trata-se do crítico norte-americano Marshall Berman. O referido autor, apesar desta proximidade, tem uma compreensão bastante diferente. Enquanto Habermas enxerga uma ruptura artística de cunho antimoderno para refutar (a rigor, normativamente) o pós-modernismo, Berman vê, por outro lado, uma continuidade, apesar da mediocridade reinante. Ou seja, o diagnóstico da própria modernidade que Berman produz em seu *Tudo o que é sólido desmancha no ar*⁵ comporta a tensão, o conflito, a ambigüidade, a força e a incerteza que caracterizam a contemporaneidade. O autor contrapõe os pensadores do século XIX aos do século XX, quanto à avaliação da modernidade. Os primeiros ao mesmo tempo amavam e odiavam a modernidade, como Marx e Nietzsche reconheciam a beleza daquele mundo novo que se descortinava mas também estavam ciente das graves conseqüências humanas que se avolumavam. Sabiam que aquele era um tempo de contradições e de possibilidades. Mesmo que o mundo moderno ainda não fosse o predominante em todas as partes do globo, no turbilhão em que se encontravam foram capazes de perceber a essência do fenômeno e compreendê-lo em sua totalidade - melhor do que nós mesmos. Os autores do século XX por sua vez, desenvolveram perspectivas unilaterais incapazes de perceber as ambigüidades dos novos tempos. Na arte se viu grande euforia com a sociedade industrial no movimento futurista, e teóricos como MacLuhan, décadas mais tarde, foram tão fortemente impressionados pelo advento da informática que tudo o que fizeram foi submeter-se ardorosamente ao seu jugo. Por ou-

⁴ HABERMAS, Jürgen. Modernidade – um projeto inacabado. In: ARANTES, Paulo e Otilia. **Um ponto cego no projeto de Jürgen Habermas**. Brasília: Brasiliense, s/d, p. 120.

⁵ BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

tro lado, na teoria social, autores como Weber e em seguida, de forma bem mais radical, Foucault, traçaram um quadro lúgubre para as sociedades de seu tempo, onde não havia espaço para qualquer resistência transformadora.

Assim, a proposta de Berman, passa pelo resgate das concepções modernas de duzentos anos atrás. Trata-se de um modernismo que repensa e reconstitui a si mesmo via a interpretação de suas origens. Uma proposta que vai no mesmo sentido é a formulada pelos filósofos políticos Chantal Mouffe e Ernesto Laclau, que procuram absorver os desenvolvimentos mais recentes do pós-estruturalismo francês, do neopragmatismo americano e da epistemologia anárquica de Feyerabend, mas também o legado da filosofia da linguagem wittgensteiniana e do pensamento do político de Carl Schmitt, para resgatar o lugar autônomo para a política e um espaço maior de manobra para as comunidades democráticas.⁶

Tais autores são normalmente considerados pós-modernos e realmente, em geral, admitem e advogam esta indicação. No entanto, seu pós-modernismo é de tipo bastante peculiar. Para a compreensão do mesmo é interessante lembrar a compreensão que têm do prefixo 'pós', sobretudo com o exemplo do marxismo. Mouffe e Laclau escreveram um livro que se tornou clássico na teoria política sobre as novas realidades da luta política e social e dos novos movimentos. Nesta análise dos anos 80,⁷ os autores reivindicaram uma posição pós-marxista, o que causou grande consternação por parte da esquerda tradicional. A tréplica que Mouffe forneceu pode oferecer-nos subsídios interessantes.⁸ A autora belga radicada na Inglaterra não se vê distante da própria tradição marxista, pelo contrário, o prefixo 'pós' é importante exatamente porque não implica numa negação, num conflito com o que lhe sobrevém. Mouffe entende, no entanto, que uma tradição precisa se oxigenar e

⁶ MOUFFE, Chantal. Preface – Democratic Politics Today. In: MOUFFE, Chantal (org.). **Dimensions of Radical Democracy**. Londres: Verso, 1992, pp. 1 a 14.

⁷ LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy**. Londres: Verso, 2001.

⁸ MOUFFE, Chantal. Post-marxism without Apologies. In: LACLAU, Ernesto. **New Rejections on the Revolution of our Time**. London: Verso, 1990

que a repetição das teses marxistas não louva em nada o gênio de seu autor. Também não é possível, sob o signo de uma redescoberta de Marx, de uma nova proposta exegética que encontre o “verdadeiro” Marx, formular uma alternativa política viável para as sociedades contem-porâneas. Para louvar e continuar a tradição marxista seria preciso distanciar-se de suas linhas mestras. Entretanto, a própria condição de possibilidade deste distanciamento reside na capacidade dos pós-marxistas de reinventar os elementos perdidos dentro da própria tradição colocando-os em relação com outras contribuições mais recentes. Assim, Mouffe procura discutir aquilo que se encontra nas margens da tradição, e dar voz a estas passagens esquecidas. Poder-se-á perquirir as obras políticas de Marx ou o conceito de hegemonia em Gramsci. Transforma-se o conceito marxista-hegeliano de Emancipação, para a luta de emancipações, plurais, mas articuladas - mantém-se o impulso, mas muda-se o paradigma.

De modo geral, são as mesmas proposições que estes autores apresentam quando do uso do prefixo pós em relação ao termo modernidade. Não se trata de uma negação desta, de uma antimodernidade. Pelo contrário, as tradições de formulação e defesa dos direitos humanos e da soberania do povo, estabelecidas no período moderno são imprescindíveis. Muito esclarecedor é um texto de Laclau, do início da década de 90.⁹

Segundo o autor realmente estão fadadas ao ostracismo as pretensões metafísicas e racionalistas que dão status fundacional a certas grandes narrativas, mas é possível reconhecer a importância de diversos temas e posturas modernas: “A pós-modernidade não pode ser uma simples rejeição da modernidade; em vez disso ela envolve uma diferente modulação de seus temas e categorias, uma maior proliferação de jogos de linguagem.”¹⁰ Além disso, como já observamos, é possível aceitar as tradições mais importantes da modernidade, desde que não se tenha diante delas uma postura epistemológica fundamentalista, desde que se reconheça a contingência radical de nossas instituições. Senão, vejamos:

⁹ LACLAU, Ernesto. A política e os limites da modernidade. In: HOLLANDA (org.) *Pós-modernismo e Política*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

¹⁰ Idem. *Ibidem*, p.129.

Os discursos de igualdade e direitos, por exemplo, não têm de se basear numa essência humana comum como a sua fundação; basta postular uma lógica igualitária cujos limites de operação sejam dados pelas práticas argumentativas concretas existentes numa sociedade.¹¹

Assim, nada impede a constituição de grandes narrativas, desde que elas sejam consideradas conversacionalmente.¹²

2.2. Entre revolta e resignação: as crises da pós-modernidade

Um dos autores mais importantes que abordam esta temática no universo da língua portuguesa é Boaventura de Sousa Santos. O autor português depois de desenvolver estudos sociológicos nas comunidades pobres do Rio de Janeiro, com marcante orientação marxista, elaborou um dos mais ricos modelos da teoria social contemporânea, dando subsídios a uma teoria da sociedade, uma epistemologia renovada e uma teoria crítica pós-moderna. De fato, Sousa Santos acabou por optar pela aceitação da expressão pós-modernidade como característica do mundo contemporâneo. Fiel a seu passado militante, porém, não admite que este período não dê ensejo às lutas sociais, ou a potenciais claros de emancipação e reforma das estruturas de poder em vigor. Assim, o autor cinde o pós-modernismo em duas alternativas: o pós-modernismo de resignação e o inconformado, irrequieto, ou atreva-se a dizer, pós-modernismo de luta.¹³ O primeiro, meramente celebra o presente, na medida em que a ausência de soluções modernas acaba sendo sinal da ausência de problemas em geral, de forma que o único caminho que resta é o regozijo no presente ou algo que Lyotard teria chamado em sua fase inicial de deriva libidinal. O segundo, passa por uma verdadeira refundação das tradições críticas que recebemos da modernidade para, sem menção a qualquer tipo de universalismo abstrato, construir as alternativas a partir da pragmática das lutas sociais, em condições pluralistas e de participação ampla e irrestrita.

¹¹ Idem. *Ibidem*, p.149.

¹² O entendimento segundo o qual as grandes narrativas estão invariavelmente fadadas ao fracasso encontra-se em LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 28.

¹³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente*. Op. cit., p. 29.

Em outros momentos, ainda, Sousa Santos reporta-se propriamente a uma transição paradigmática, mostrando que um novo tempo societal e epistemológico está surgindo, trata-se do paradigma do conhecimento prudente para uma vida decente.¹⁴ Tal assertiva embaralha um pouco as cartas porque retira a pós-modernidade de sua exclusiva referência conceitual aos próprios padrões modernos (por fuga ou negação, ou disseminação do excluído, como vimos anteriormente) de forma a atribuir-lhe legitimidade por si mesma. Esta se adquire através de diversos mecanismos tais como a reinvenção da relação sujeito-objeto, da oposição natureza-cultura, pela crítica do caráter ocidental e sexista da ciência moderna, pela revalorização das humanidades - segundo Sousa Santos as ciências exatas devem aproximar-se do estatuto das ciências sociais e estas por sua vez devem estar voltadas para o que se chamou, no passado, de humanidades.

Por outro lado, o objetivo de uma vida digna em sociedade ou de vida em abundância para todos que deve orientar as realizações de uma ciência sob o paradigma emergente só pode ser alcançado se estiver aliado à refundação dos movimentos sociais e da luta emancipatória. Para tanto resgata uma tradição perdida da modernidade, a das utopias. No intuito de sua compreensão, será preciso perquirir a forma pela qual Sousa Santos entende a própria modernidade. Segundo o sociólogo português, a modernidade pode ser pensada a partir de dois pilares fundamentais, ou dois movimentos contraditórios, o da regulação e o da emancipação. O primeiro comporta alguns princípios, que a rigor traçam as suas linhas mestras: princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke e Smith) e o da comunidade (Rousseau).

Já o segundo, define-se por três lógicas de racionalidade expostas por Weber: a estético-expressiva das artes, a racionalidade cognitivo-instrumental das ciências e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.¹⁵ Com isto em vista, a proposta contemporânea deve passar pelo redimensionamento dos elementos ou representações inacabados da modernidade, que foram sufocados pela hipercientificização no campo do pilar da emancipação e por uma hipermercadorização no campo do

¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 74.

¹⁵ Idem. *Ibidem*, p. 50.

pilar da regulação. Os elementos mais reprimidos, no campo moral-prático, a perspectiva utópica, das grandes lutas operárias, devem ser utilizados para não apenas reconstruir o equilíbrio entre todos os elementos, mas para estabelecer o primado da emancipação - para o qual será importante, ainda, a redefinição de um outro princípio do pilar da regulação, o qual parece-lhe muito mais simpático a seus objetivos, aquele formulado por Rousseau, o da comunidade.

Ora, com todo o respeito que a riqueza teórica do trabalho de Sousa Santos merece, não é possível compreender por que se faz necessário abandonar a modernidade, se a maior parte de suas propostas já se encontravam no próprio coração desta mesma referência epocal. Substituir Locke e Hobbes por Rousseau, ou Marx pelos socialistas utópicos - ou o Marx de *O capital* pelo Marx dos *Manuscritos* - ou ainda Kant pelos pragmáticos americanos, parece ser um caminho completamente compatível com o autodesenvolvimento e auto-reformulação da própria modernidade, que desde o início teve como característica destruir tudo aquilo que criava e instituir uma ordem de busca incessante pelo progresso, ou pela pureza, harmonia, estabilidade, segurança, justiça,¹⁶ de forma que até as forças que a colocaram em marcha perderam o controle sobre ela.

Se para sair dos impasses da pós-modernidade de resignação ou de celebração foi preciso recorrer aos modernos, a pós-modernidade está em crise? Esta é uma pergunta que não se pode responder a esta altura. O que se faz premente é pensar alternativas pós-modernas não resignadas com o *status quo* que, de fato - ainda que seguindo a lógica de uma argumentação específica - possam superar o horizonte moderno.

Uma alternativa interessante é a formulada pelo filósofo italiano Antonio Negri e paralelamente pelo teórico americano Michael Hardt. Negri teve a oportunidade de se aprofundar em estudos sobre o trabalho de Foucault e no tempo em que esteve exilado na França acompanhou a trajetória de Deleuze e de Guattari. Além disso, especialista em Maquiavel, Espinoza e Marx, Negri propõe uma ampla releitura da teoria política, de modo a promover a luta contra a prevalência das formas contemporâneas de opressão.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Postmodernity and its Discontents*. New York: New York University Press, 1997, pp. 5 a 16.

Analisar-se-á brevemente, agora, o quadro teórico que Negri propõe, no que pertine à questão modernidade/pós-modernidade. A modernidade em sua obra mais reconhecida,¹⁷ ao lado de Hardt, é entendida como um movimento multifacetado, mas profundamente identificado com os acontecimentos verificados na Europa, sobretudo no período do renascimento. Os autores apontam, assim, a presença de duas modernidades, a primeira refere-se à superação da dependência do homem em relação a uma transcendência, liga-se à descoberta do plano de imanência, no qual o homem, não separado da natureza, pode constituir a si mesmo, criar e dar vazão à força vital de seu entorno - é o nascimento da multidão e da idéia de igualdade, ou do projeto de democracia enquanto potência absoluta da multidão. No entanto, esta energia da tríade desejo-força-amor gerou uma contra-revolução, que já não podia liderar o retorno a um estado anterior de transcendência, mas que procurou administrar as forças daquele impulso numa direção mais segura. Assim deu-se a contra-reforma, ao lado da institucionalização das igrejas protestantes e assim surgiu o estado moderno, com a vontade de controle manifestada no absolutismo sob a égide do medo e da incerteza instiladas no povo (através dos mais inomináveis mecanismos, dentre os quais o religioso), ceifando a manifestação espontânea da potência de libertação. Assim, também se expandiu o capitalismo, que fez uso da força do desejo como motor de sua lógica, restringindo-a aos bens de consumo. Negri e Hardt observam no entanto a presença daquele impulso inicial em vários momentos posteriores, de modo que a modernidade pode ser compreendida como crise. Note-se, porém, que desde o século XVII, sob a égide ou jugo do estado soberano moderno. Ocorre que o próprio estado moderno encontra-se em declínio, logo, a estabilização da crise encontrada, ou permanência da crise sob um controle determinado alcançado vem sendo ameaçada pelas próprias condições criadas pelo desenvolvimento desta modernidade. Vejam-se os seus sinais:

1. Trabalho material/imaterial. O cenário das forças produtivas modificou-se radicalmente desde a revolução industrial. A estrutura alienante e reificante da linha de produção capitalista que transforma

¹⁷ NEGRI, Antonio. HARDT, Michael. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 88 a 109.

o trabalhador em mero instrumento abre lugar para um incrível processo de automação. Este mesmo processo dá ensejo ao aparecimento de uma enorme classe de desempregados, que oriundos das fileiras das fábricas, têm uma história de organização, revolucionando o modelo de lutas sociais que agora rumam em direção à radicalidade da luta pela distribuição da riqueza.¹⁸ Por outro lado uma outra espécie de trabalho ganha espaço cada vez maior - o trabalho intelectual, ou imaterial, cujo instrumento é a capacidade humana de criação, de invenção e descoberta de mundos novos. Um trabalho que necessita incessantemente deste espírito inovador e, quicá artístico, mediante o qual se pode trabalhar por exemplo na indústria do entretenimento, no lazer, na publicidade, na educação, na tomada de decisões estratégicas, proporciona o dinamismo necessário que o próprio capitalismo instaurou em tempos de globalização e multiculturalismo. Ora, a força dos trabalhadores neste novo tempo é incomensurável, resta saber apenas se esta oportunidade será aproveitada pelos agentes da vida e do desejo.¹⁹

2. Emergência da biopolítica. Utilizando-se do arsenal foucaultiano e deleuziano, Negri faz uma transição fundamental que pode ser identificada com a crise da modernidade. A mudança da sociedade de disciplinar para a sociedade de controle. O poder neste segundo modelo assume feições biopolíticas. “Biopoder é a forma de poder que regula a vida social por dentro, acompanhando-a, interpretando-a, absorvendo-a e a rearticulando.”²⁰ Esclarece e especifica a obra de Foucault ao afirmar que na sociedade disciplinar já se notava a presença de instrumentos biopolíticos, mas apenas na sociedade de controle é que eles se apresentam como referência exclusiva. Além disso, faz uma distinção fundamental entre biopoder, referente aos mecanismos de opressão que fazem o controle direto da vida e biopolítica, como a política de resistência e insistência da vida digna contra tais controles.

¹⁸ A título ilustrativo conferir BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, pp. 128 a 131.

¹⁹ NEGRI, Antonio. **Exílio**. São Paulo: Iluminuras, 2001, pp. 25 a 27.

²⁰ NEGRI, Antonio. HARDT, Michael. **Império**. Op. cit., p. 43.

3. Classe x Multidão. A referência habitual da sociologia para classificar as formas de convivência coletiva na modernidade é a sociedade de classes. Observa-se, hoje a falência desta análise diante de mudanças brutais da realidade, sendo a multidão rica (diferente do conteúdo pejorativo que teve no passado) a condição de possibilidade de uma biopolítica plena e ativa:

Hoje, na transformação do moderno em pós-moderno, o problema volta a ser o da multidão. Na medida em que as classes sociais como tais se desagregam, o fenômeno da autoconcentração organizadora das classes sociais desaparece. Encontramo-nos, de novo, frente a um conjunto de indivíduos e, no entanto, essa multidão se tornou inteiramente diferente. Trata-se de uma multidão // que é o resultado de uma massificação intelectual; não pode mais ser chamada de plebe ou povo, porque é uma multidão rica.²¹

4. Constituição do Império. O advento do império pela mundialização do capitalismo e das formas de controle é a retomada do tema que afirmamos mais acima acerca do declínio da soberania. Esta não é mais suficiente para dar conta dos produtos da própria modernidade, é preciso um dispositivo mais abrangente, mais largo, mais sutil. Mas apenas no interior do Império, no interior dele é que podem desenvolver-se as lutas deste novo século. É ao mesmo tempo a forma de dominação mais ambiciosa que não conhece limites, com uma soberania ágil e flexível e a grande oportunidade da vida retomar o seu lugar de criação e produção libidinal, desde que os agentes da mudança façam uso das mesmas vias globais criadas pelo turbocapitalismo contemporâneo.

3. Em nome da justiça: os caminhos do pós-positivismo

Considerados os horizontes de nosso tempo, tentar-se-á confrontar autores normalmente opostos, provenientes de lugares completamente diferentes do espectro acadêmico. No entanto, ambos têm em seus trabalhos alguma espécie de referencial na justiça e na observância da alteridade. Que caminhos tais autores vão trilhar na discussão das

²¹ NEGRI, Antonio. *Exílio*. Op. cit. pp. 30/31.

condições de existência de um direito justo? São absolutamente incompatíveis, ou comportam algum tipo de relação de proximidade ainda que estranha e velada?

3.1. Legitimidade e legalidade

O primeiro nome importante é o de Jürgen Habermas, representante capital do contemporâneo movimento de reabilitação da filosofia prática²² e epigono da Escola de Frankfurt. Seu trabalho, apesar de ter recebido pesadas críticas pela assunção de postulados da teoria sistêmica, busca desenvolver uma

teoria da sociedade com intenção prática,²³ desde os anos sessenta. O autor adentrou decisivamente o campo da filosofia jurídica e política em 1992,²⁴ quando procurou formular respostas para os temas mais candentes no trato da democracia e do direito, dando conta de heranças ainda não compatibilizadas teoricamente, como a dos direitos humanos e da soberania do povo. Procura desenvolver seu trabalho de forma a estabelecer critérios adequados para a legitimidade do direito e da democracia. De fato, porém, espera alcançar seu resultado a partir de um método reconstrutivo de análise dos conteúdos presentes nas instituições da civilização ocidental, marcadas por um processo coletivo de aprendizado²⁵ que envolve inclusive, o desencantamento do mundo, num sentido weberiano, a complexificação das relações sociais, como teorizada por Luhmann e o conseqüente advento de sociedades pós-tradicionais. Neste sentido reconstrutivo, afirma que para fazer de seu modelo uma alternativa concreta não pretende permitir que se desenvolva uma contraposição entre ideal e realidade, na medida em que se tenta “descobrir as fontes que permitem passar dos modelos normativos da democracia para os das teorias sociais da democracia e vice-versa.”²⁶

²² MAIA, Antônio. Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia. Rio de Janeiro: mimeo, 2000, pp. 4 a 9.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Cambridge: Polity Press, 1988, p. 3.

²⁴ Ano de publicação na Alemanha de sua obra *Faktizität und Geltung*. Posteriormente traduzida para o idioma português: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁵ Fundamental para Habermas são os aportes da teoria dos estágios psicológicos de Piaget e Kolberg. Cf. MAIA, Antônio. Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia. Rio de Janeiro: mimeo, 2000.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 10.

No entender do filósofo alemão, a perspectiva conhecida por republicana toma o termo democracia por sinônimo de auto-organização política da sociedade: “disso resulta uma compreensão de política dirigida polemicamente contra o aparelho do Estado”²⁷. Tal visão pode ainda remeter a uma comunidade ética, quando “a formação democrática da vontade tem como função constituir a sociedade como uma comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador.”²⁸

Por outro lado, fica claro que segundo o autor a visão liberal tem na formação democrática da vontade, um mero elemento no interior de uma Constituição cujo objetivo é disciplinar o poder do Estado. Daí resulta uma “compreensão de política centrada no Estado (...). Ela não se orienta pelo input de uma formação política racional da vontade, mas pelo output de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado”³⁹. Sabe-se, também, que nestes termos, a formação política da vontade se limita estritamente à legitimação do próprio exercício do poder no meio político.³⁰ A teoria do discurso, por sua vez, atribui ao processo democrático uma posição intermediária, no que tange às suas conotações normativas, entre os modelos liberal e republicano. Seu fundamento para tanto é a tese da co-originariedade (*Gleichursprünglichkeit*) de direitos humanos e soberania popular.³¹

Cumprir observar que o “direito precisa conservar um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo.”³² Assim, mesmo considerando-se que o código do direito provê um determinado conjunto de subsídios à própria prática e exercício do poder político,³³ não é possível conceber que extraia sua legitimidade apenas por meio de sua forma, ou de qualquer conteúdo moral dado a priori. É preciso renunciar a tais propósitos e confiar em determinados procedimentos capazes de suprir as necessidades de uma sociedade pós-convencional,

²⁷ Idem. Ibidem, p. 20.

²⁸ Idem. Ibidem, p. 22.

²⁹ Idem. Ibidem, p. 20.

³⁰ Idem. Ibidem, p. 22.

³¹ Idem. Ibidem, pp. 40/41. Cf. também: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia - entre faticidade e validade**. VI. 1. Op. cit., p. 139.

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia - entre faticidade e validade**. VI. 1. Op. Cit. p. 115.

³³ Idem. Ibidem, p. 182/183.

na qual só é plausível a legitimidade a partir da aceitação racional mediada pela formação discursiva da vontade.

Parece igualmente fundamental, neste sentido, a superação da chamada democracia de interesses,³⁴ pautada pelos modelos econômicos que vêem a sociedade fundada primariamente em indivíduos, os quais tendem a desenvolver atitudes de natureza egoísta de forma a satisfazer meramente seus interesses pessoais. Esta perspectiva que se apóia nos estudos de Hayek ou Nozick, inaugurante do neoliberalismo é repudiada por Habermas, primeiro por seu estatuto antropológico duvidoso, segundo por suas insuficiências normativas, em condições hodiernas.

A soberania popular, por seu turno, só pode fazer sentido se se abandonam os postulados da filosofia da consciência e se se admite uma sociedade descentrada, o que permite uma visão procedimentalista da soberania do povo:

a identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente de formação discursiva da opinião e da vontade que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição de racionalidade.³⁵

Nesta forma anônima pode-se verificar mais facilmente como a referida soberania popular se interliga internamente com as liberdades subjetivas.³⁶ Assim as decisões da maioria a partir de discursos públicos resultantes de esferas públicas autônomas não podem sufocar o pluralismo das convicções e interesses:

a unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não tenha sido exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não circunscritas.³⁷

³⁴ Cf. YOUNG, Iris Marion. "Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa" In: SOUZA, Jessé. **Democracia Hoje**. Brasília: UnB, 2001, p. 367.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. VI. 2. Op. Cit. p. 24.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. VI. 1. Op. Cit. p. 173.

³⁷ Idem. *Ibidem*, p. 232.

³⁸ Idem. *Ibidem*, p. 223.

No entanto, para chegar a tal ponto é preciso pensar nos mecanismos mediante os quais se pode alcançar um resultado racional em uma deliberação pública, diante das dificuldades empíricas observadas em todas as experiências tidas. Um dos mais testados e reconhecidos é o da regra da maioria. As instituições contemporâneas devem satisfazer as necessidades de segurança jurídica e o direito precisa realizar a sua função de estabilização de expectativas. Logo, é fundamental estabelecer-se um mecanismo de cesura na discussão, que diante da premência das coerções institucionais, põe fim ao debate na esperança de que o melhor argumento tenha alcançado o maior número de adeptos. É por esta relação interna com a busca da verdade³⁸ que o resultado oriundo do corte proporcionado pela regra da maioria tem a seu favor ao menos uma pretensão de racionalidade.

Apesar destes esclarecimentos, não está nada evidente ainda, como e por que é possível ou é necessário confiar-se em procedimentos neutros para a resolução das questões coletivas quando esta foi uma das maiores críticas desferidas por Chantal Mouffe, Ernesto Laclau e muitos outros autores pós-modernos. É sempre possível pensar-se em procedimentos cujas raízes remontam aos atos fundadores de determinada comunidade política, mas tais instrumentos são aceitáveis considerado o fato do pluralismo? Ou os desafios impostos pela diminuição das atribuições do Estado-nação? A velha filosofia kantiana será mais uma vez argüida (apesar de que devidamente desprovida de seu característico monologismo), especialmente, no postulado da primazia do justo sobre o bem, segundo o qual as questões de justiça devem ser prioritárias em relação às questões ligadas à vida boa. Dele deriva o princípio de neutralidade, quase que como condição de possibilidade para a vida coletiva pacífica:

Se quisermos enfrentar questões que tratam da regulação de conflitos ou da perseguição de fins coletivos sem empregar a alternativa dos conflitos violentos, temos que adotar uma prática de entendimento, cujos processos e pressupostos comunicativos, no entanto, não se encontram simplesmente a nossa disposição³⁹

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. VI.2. Op. Cit. p. 36.

⁴⁰ Paralelamente à *démarche* habermasiana é possível compreender a importância desta assertiva

Naturalmente, para tanto, é preciso dar-se conta de um pressuposto elementar, o de que as questões práticas são passíveis de julgamento imparcial, e acima de tudo, de decisão racional.⁴⁰ Tais pontos devem ser justificados por uma teoria da argumentação que procura perquirir os fundamentos da utilização pragmática da linguagem. Desta investigação deve resultar a constatação das condições simétricas de reconhecimento inscritas em formas de vida fundadas comunicativamente,⁴¹ das quais se extrai um princípio do discurso ainda neutro em relação à moral ou ao direito, referindo-se genericamente às normas de ação: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”⁴²

Tal princípio, por seu turno, quando confrontado pela imperatividade do uso do medium do direito - marca das democracias realmente existentes - é capaz de conferir força legitimadora ao processo de normatização,⁴³ assumindo a forma de um princípio da democracia: “somente podem pretender validade legítima, as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.”⁴⁴ Assim, o princípio que legitima o direito e a democracia não encontra justificação exclusiva numa moral universal, como parece dar a entender Mouffe em sua crítica a Habermas. Pelo contrário, o teste de generalização kantiano que submete a autonomia pública à autonomia moral individual é terminantemente negado como alternativa para as sociedades contemporâneas, na medida em que é “inconciliável com uma autonomia que se realiza no próprio medium do direito.”⁴⁵

Isto significa que as questões produzidas num ambiente democrático pluralista não podem excluir de modo algum considerações éticas ou

a partir dos aportes da obra de Chaim Perelman, como vimos anteriormente. Cf. MAIA, Antônio. Notas sobre Direito, Argumentação e Democracia. In: CAMARGO, Margarida (org.). 1988-1998 *Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 313 à 330.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. VI. 1. Op. cit., p. 143.

⁴² Idem. *Ibidem*, p. 142.

⁴³ Idem. *Ibidem*, p. 158.

⁴⁴ Idem. *Ibidem*, p. 145.

⁴⁵ Idem. *Ibidem*, p. 157.

⁴⁶ *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116.

pragmáticas. Assim o princípio da democracia não se registra no mesmo nível que o princípio moral, o qual se refere à intermediação de questões propriamente morais, cujo paradigma é a humanidade e que assume a forma de uma regra de argumentação, o princípio de universalização: “se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos.”⁴⁶ Em esferas distintas, porém complementares, tanto o princípio moral como o da democracia são necessários para a justificação e o funcionamento dos procedimentos neutros sobre os quais se ancora a democracia:

enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.⁴⁷

Seria compreensível, no entanto, que a abordagem cognitivista de Habermas fosse contrastada pelas contribuições da sociologia sistêmica de N. Luhmann, que são marcantes no sentido de se entender a impotência e a autonomia da política, sua abertura cognitiva e fechamento operativo. Esta perspectiva que elimina a razão prática (cuja base última, assim como a de Schmitt, remonta a Hobbes⁴⁸) deixa muito pouco espaço para os indivíduos ou para os grupos coletivos de ação política,⁴⁹ mas em sociedades complexas⁵⁰ orientadas por um princípio de especialização, os subsistemas tenderiam a funcionar assim: com o único objetivo (homeostático) de subsistir.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. VI. 1. Op. cit., p. 146.

⁴⁸ Idem. *Ibidem*, p. 18.

⁴⁹ Idem. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. VI. 2. Op. cit., p. 63.

⁵⁰ Para um conceito de complexidade a partir da teoria luhmaniana, cf. AMADO, Juan Antonio Garcia. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 104.

⁵¹ CRITCHLEY, Simon. *Deconstruction and Pragmatism: Is Derrida a Private Ironist or a*

Habermas ao invés de se esquivar deste modelo interpretativo, procura introduzi-lo, tornando-o mesmo co-constitutivo da sua teoria do discurso, que acaba por entender a esfera política como um subsistema, mas dotado de uma característica especial de produzir discurso legítimo, hábil a interferir em outras esferas tendencialmente autônomas como a administrativa e a econômica por meio do medium do direito.

3.2. Força de lei e (im)possibilidade de justiça

Viu-se anteriormente uma resposta que reivindica o estatuto da modernidade no trato do problema da legitimidade do direito, mas que ultrapassa diversos “dogmas” da modernidade como, em geral, é conhecida. Habermas propõe um paradigma intersubjetivo que supera o monologismo kantiano, uma teoria da ação comunicativa, que reserva algum lugar para práticas jurídico-políticas que vão além da luta estratégica das classes ou de grupos de interesses, que oferece alternativas não retóricas à crise do estado-nação e pensa em fórmulas de ativação da democracia, tanto nos planos interno quanto externo, que passam ao largo das estruturas estatais, como é a aposta na esfera pública.

Seria possível, porém, que uma abordagem intensamente caracterizada por pós-moderna possa oferecer respostas ao mesmo problema, de modo a atender às necessidades de nossos tempos de forma igualmente honesta e não resignada? O trabalho de Jacques Derrida surpreende aqueles que o vêem como um autor ligado meramente à literatura ou à teoria ou filosofia da linguagem. Desde suas primeiras obras, porém, Derrida enfrenta questões que vão muito além das referidas. Em *Gramatologie*, Derrida dialoga com os cânones filosóficos e segue um projeto muito similar ao de Heidegger em sua história do ser e questionamento da metafísica da presença.⁵¹ Logo em seguida, Derrida procederá à crítica de Heidegger identificando nele próprio os rastros da metafísica da presença. Com diversas obras Derrida aborda um conjunto de questões da filosofia à literatura, da linguagem à política que acabam por formar aquilo que chama de desconstrução e que lança sérios desafios à auto-interpretação tradicional da cultura ocidental.

Public Liberal. In: Idem. *Ethics-Politics-Subjectivity*. London: Verso, 1999.

⁵² Estas afirmações podem ser concluídas a partir dos exemplos de Derrida, sobretudo numa

Derrida procura perquirir o rastro, os vestígios que cada “grande” obra da metafísica desde os primórdios da filosofia tentou apagar, esconder, camuflar. Por trás de uma grande tese, há também uma série de diferenciações, de válvulas de escape, de feridas não tratadas, de nódoas insidiosas. Um exemplo mais claro talvez seja o da teoria do acontecimento, como algo inaugurante, fundante, seminal. Todo acontecimento, segundo Derrida, comporta uma referencialidade específica, uma ou diversas marcas de discursos que lhe antecederam e coexistem. Assim, uma das tarefas da desconstrução é forçar o cânone ao seu limite, é impedir que se mostre como acabado, resolvido, perfeito. Apenas deste modo é possível ver o abismo das margens, o quanto as margens contém muito mais que aquilo que está à mostra, à vista. Mas as margens elas próprias também são compostas e respondem por diversos nomes, diversas tradições. No fundo, o que se quer dizer, é que nunca há nada completamente novo, tudo tem um referencial, que tem um referencial e assim por diante. Por outro lado, isto não significa que tudo se resume à repetição, ao que ocorre de uma vez mais, sempre há um aporte de diferença, sempre há uma espécie de deslocamento do acontecimento, sendo a fidelidade algo ao qual as instituições provenientes do acontecimento não podem seguir. Assim, o Acontecimento, ou a Presença da metafísica ou da verdade, são sempre produto de um processo simultâneo por que passa a iterabilidade e a diferencialidade ou *différance*. Há um impulso de diferença e um impulso de repetição, mas nunca propriamente Diferença (ou Novidade) ou Repetição. Pode-se chamar, sim, este processo de disseminação. É esta produtividade que equivale à produtividade do texto que pode levar à afirmação segundo a qual tudo é texto. Não se quer dizer com isto que as coisas não existam. Mas que a estrutura do existente passa por esta característica de textualidade, por este tecido *différenciel*.⁵²

Como se vê muitas são as questões que tais assertivas abordam e graves as repercussões em vários campos. No entanto, alguns autores afirmam que apesar desta riqueza Derrida restringiu-se a questões

passagem específica em que analisa a última parte do texto de Kafka *Diante da lei*. Cf. DERRIDA, Jacques. *Préjugés devant la loi*. In: Idem *et alli*. **La Faculté de Juger**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1984, p. 128/129.

⁵³ RORTY, Richard. Habermas, derrida and the functions of philosophy. In: Idem. **Truth**

epistemológicas, literárias, ou de história da filosofia sem preocupar-se com questões éticas, políticas e jurídicas. Pior, alguns autores, como Rorty, definem Derrida como um ironista privado, cujas preocupações e discussões remetem apenas a um senso estético e particular, que como Heidegger tocam muitas pessoas mas tocam-nas porque se trata exatamente de questões relativas à auto-realização pessoal.⁵³ Há evidências, porém, de que a obra de Derrida teve, desde seu início, preocupações políticas.⁵⁴ Além disso, Richard J. Bernstein expõe com clareza, como questões de ordem ético-política estão na base de muitas das preocupações derridianas, fazendo um percurso biográfico do autor, em que é lembrada a experiência do jovem judeu argelino diante da guerra imperialista e eurocêntrica que a França encampou no idos dos anos 40: “Derrida’s primary experience was that of non-belonging, of otherness.”⁵⁵ Nos dias de hoje, então, a questão não é mais sobre a existência de um horizonte ético-político-jurídico⁵⁶ na obra de Derrida, mas sobre a concordância ou não com estes horizontes, ou sobre a aceitação das conseqüências deste horizonte. Obras como *Politiques de l’Amitié*, *Force de Loi*, *Spectres de Marx*,⁵⁷ não deixam a menor dúvida sobre estas profundas preocupações, as quais têm gerado os mais intensos debates entre juristas, cientistas políticos, filósofos e educadores.

Neste sentido, a obra mais marcante e que mais toca diretamente ao problema do direito é *Force de Loi*, sobretudo em sua primeira parte intitulada *Du Droit à la Justice*. Trata-se de uma conferência inicialmente pensada e proferida para um grupo de juristas americanos que já

and progress. *Philosophical Papers*. Volume 3. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1998. Lembre-se, ainda, que Rorty possui uma noção bastante peculiar da relação entre o filósofo público e o privado. Ambos são de crucial importância, mas em seu entender não há nada que possa fornecer uma unidade teórica entre ambas as disposições. Para melhor compreensão: RORTY, Richard. Trotsky e as Orquídeas Selvagens. In: Idem. **Pragmatismo - A filosofia da criação e da mudança**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

⁵⁴ BEARDSWORTH, Richard. *Derrida and the Political*. London: Routledge, 1998, pp. XI a XVII.

⁵⁵ BERNSTEIN, Richard Jay. *The New Constellation - The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity*. Cambridge, MA: MIT Press, 1998, p. 209.

⁵⁶ Expressão que ele próprio usa com frequência. DERRIDA, Jacques, ciclo de palestras proferidas no Rio de Janeiro, Fundação Planetário, 07, 08 e 09 de junho de 2001.

⁵⁷ Cf.: DERRIDA, Jacques. *Politiques de l’amitié*. Paris: Galilée, 1994. Idem. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994. Idem. *Espéctros de Marx*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

⁵⁸ PASCAL, Blaise. *Pensamentos sobre a Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 52.

começavam a fazer uso da obra derridiana, e, em geral, filiados ao movimento Critical Legal Studies, na renomada Cardozo Law School, em outubro de 1989, sob o nome de Deconstruction and the Possibility of Justice. Derrida parte de uma assertiva de Pascal, que permeia todo o texto. Vejamos:

Justiça, força. - É justo que o que é justo seja seguido, é necessário que o que é mais forte seja seguido. A justiça sem força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a força será contestada, porque há sempre homens maus; a força sem a justiça será acusada. É preciso, pois, reunir a justiça e a força, fazendo com o que é justo seja forte, ou o que é forte seja justo. / A justiça está sujeita à disputa, a força é muito reconhecível e sem disputa. Assim, não se pode dar força à justiça, porque a força contestou a justiça dizendo que era injusta e que ela, a força, é que era justa. Deste modo, não se podendo fazer que o que é justo fosse forte, fez-se que o que é forte fosse justo.⁵⁸

Pascal mostra a Derrida que a justiça se legitima por si mesma, não tem um fundamento exterior. A força deve ser seguida porque é necessário, é adequado para uma determinada sociedade manter a sua estabilidade. Mas há uma ambigüidade grande neste texto e Derrida percebe que em última instância, analisando a expressão seja seguido, não há justiça sem força para Pascal, não há possibilidade de justiça sem um elemento coercitivo, ainda que este possa assumir naturezas diversas. No entanto, neste trecho justiça significa aquilo que conhecemos hoje por justiça ou seria mais conveniente chamá-la direito? Assim, poder-se-ia entender que é o direito que não atende às suas condições de existência se não for dotado de força. Derrida, para tanto, compara a expressão *enforce law* com as demais línguas e vê o quão adequada ela se mostra. Desde o Kant da *Introdução à Metafísica dos Costumes*⁵⁹ a coercitividade é um elemento essencial ao direito. A força, porém, não se resume ao direito, e Derrida dá algumas pistas no sentido de que talvez seja ela a própria condição mesma dos eventos históricos, aquela

⁵⁹ KANT, Immanuel. *Introdução à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1978.

⁶⁰ DERRIDA, Jacques. *Du droit à la justice*. In: Idem. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994, p. 34.

que permite a própria desconstrução. É por isto que lembra o quanto se sente “forçado” a falar em inglês, a se dirigir em inglês a um auditório de língua inglesa, mesmo que não seja obrigado formalmente a isto -há exigências de outras ordens.

Para assegurar porém, de que se trata de direito e não de justiça quando da verificação do elemento coercitivo, Derrida procura apoio em outro autor: Montaigne, que em linhas gerais expõe que as leis não são obedecidas por serem justas, mas porque são leis, havendo assim um fundamento místico para o seu respeito. Assim, apenas a força e a própria imanência da lei legitimam a sua aplicação. Nada, certamente, lhe é exterior:

L 'origine de l 'autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elle-même, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement.⁶⁰

A partir destas análises chega-se à conclusão de que o direito é desconstrutível, pois é parte da história das instituições, das sociedades, porque é fundado e ao mesmo tempo sua única garantia é a força. É possível portanto traçar-lhe a história, verificar as suas bases, as suas constringências, as repressões das vozes dissonantes, ou a iterabilidade que encerra - a sua inocência trágica. Mas este seu caráter é exatamente a condição para as mudanças históricas para o tênue progresso pelo qual se pode ter esperança.

Isto posto, qual é o lugar da justiça? Não a justiça como direito, mas a justiça em si? Eis a resposta de Derrida: “Pas plus que la déconstruction elle-même, si quelque chose de telle existe. La déconstruction est la justice.”⁶¹ Esta é a grande surpresa do texto que coloca o tema da justiça no centro de toda a reflexão derridiana. Esta afirmação não pode ser tomada de forma banal e deve ser assumida com toda a sua força semântica. Derrida está muito ciente do peso dos termos que usa, logo sua opção e associação da desconstrução à justiça deixa entrever uma abertura ainda mais profunda para as questões de ordem ética.

⁶¹ Idem. Ibidem, p. 35.

⁶² DERRIDA, Jaques. Prénom de Benjamin. In: Idem. **Force de loi**. Paris: Galilée, 1994, pp.

Antes de intensificar este debate, uma digressão é necessária e que ajudará a compreender a proposta derridiana e a conciliá-la com o resto de sua obra. Trata-se da abordagem de um texto que já introduz a questão da lei, em que Derrida discute o conto de Kafka (que também se encontra em seu *O Processo*) chamado *Diante da Lei*. Como bem se sabe, neste conto um camponês está em busca da Lei, até que consegue chegar ao primeiro portão de sua grandiosa entrada. Contudo, é impedido de prosseguir seu caminho por um guarda, alto e bem fardado. Fornece-lhe um assento e pede-lhe que aguarde, pois ainda não pode deixar-lhe entrar. O camponês espera e sempre tenta convencer o guardião a entrar, mas este, simplesmente, nega-lhe. Ao fim, à beira da morte do camponês, o guardião lhe diz ao pé do ouvido que a porta lhe seria fechada e que era reservada apenas para ele. A situação do camponês que fica à beira da entrada da lei e que nunca propriamente decide entrar, que permanece num estado de indecidibilidade, em que são proferidos discursos, engendradas tentativas incessantes, apelos desesperados, é paradoxalmente considerada de modo positivo por Derrida. Talvez seja, em verdade, um tour de force sobre o texto que a princípio parece oferecer uma conotação negativa. De todo o modo, na obra de Derrida a autoria é profundamente relativizada. Derrida interpreta a seu modo. Assim, num outro texto Derrida enxerga na posição do camponês o mesmo que a situação da instauração, da fundação do direito.⁶² O momento da fundação é o momento da violência, que pode assumir várias formas, mas o momento de uma violência radical que funda o direito e ao mesmo tempo é um não-direito. É claro que a decisão tem de ser tomada em algum momento, e aí está o início da política. Mas há um momento “anterior”. Um momento que excede o cálculo, a regra, a razão, a economia, o momento da experiência da indecidibilidade ou da experiência do impossível. Este momento não é ele próprio justo, mas é a experiência necessária para que a justiça possa ser, possa advir, porque a justiça demanda uma imediaticidade, demanda uma decisão, ela é urgente. A justiça, portanto, é uma decisão radicalmente inalcançável. Talvez seja ela apenas uma ficção, um *como se* freudiano,

89/90.

⁶³ Idem. *Du droit à la justice*. Op. cit., p. 60.

mas talvez seja ela uma promessa. Um termo muito caro a Derrida, que lhe abre a dimensão do por vir, não do futuro (ou porvir), como um ideal regulador, mas do por vir (à venir), que tem uma dimensão de abertura para alteridade, para o outro, para o que ainda não chegou, mas em relação ao qual se é hospitaleiro.⁶³ A questão é mais bem explicitada pela compreensão do termo promessa, que não é inocente, tendo como contrapartida uma espécie de dívida. Já se sabe que esta promessa não pode ser cumprida, não é um futuro. Será que se pode oferecer algum ressarcimento? Não, se se fala sempre sem alibi, sem uma garantia alheia - os atos de fala são de exclusiva responsabilidade do falante. A única alternativa para os sujeitos é o oferecimento de si mesmos, é uma responsabilidade infinita e singular para com o outro, em virtude de uma dívida infinita para com o outro.⁶⁴ A dívida oriunda da promessa não cumprida de justiça.

Deste modo, Derrida produz uma desencarnação da justiça,⁶⁵ que não poderá jamais ser completamente alcançada por qualquer instituição, decisão ou pessoa, mas é ela que introduz a abertura mediante a qual é possível pensar-se as emancipações do presente, as lutas políticas, a democracia radical, os direitos humanos, numa perspectiva não-fundacionalista, não-essencialista e não-metafísica. Além disso, produz-se um distanciamento entre legitimidade e justiça que evita justamente as cristalizações do discurso do poder e do direito em vigor. O direito poderá ser sempre legítimo, desde que respeite os jogos de linguagem utilizados e amplamente aceitos, mas jamais será justo, condição esta que preenche a sua exigência de uma justiça à venir, que chega. Ou melhor, é o reconhecimento da impossibilidade da justiça que permite a manutenção de um certo discurso de justiça e a experimentação da chegada da justiça.

4. Conclusão

O problema da legitimidade do direito continuará, muito provavelmente, por tempo indefinido. As ilhas de certeza vão-se esvaindo

⁶⁴ Percebe-se, então, a grande importância do pensamento de Levinas para Derrida.

⁶⁵ CRITCHLEY, Simon. *Deconstruction and Pragmatism: Is Derrida a Private Ironist or a Public Liberal*. Op. cit., p. 101.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. *Trás la Justicia*. Barcelona: Ariel, 1995, pp. 139 a 141.

por toda parte e mesmo a ciência já começa a aceitar a tragicidade de sua busca pela verdade. Nosso papel, aqui, porém, é o de apontar os horizontes nos quais este debate se encerra. As linhas nas quais são traçados os destinos da ciência do direito, o espaço no qual é encenado o drama do cotidiano do direito. Mas quão surpresos ficamos quando percebemos que os mesmos horizontes, tão díspares, entabulam uma fina Sintoma. Seria a Sintoma sincrônica da modernidade, ainda apresentando a sua face e sua resistência histórica diante de um mundo tão diverso? Ou a sintonia diacrônica da pós-modernidade, inalando a poeira dos tempos e regurgitando a própria temporalidade, pondo um fim no mundo causal que conhecemos? Talvez seja ainda muito cedo para oferecer respostas confiáveis.

Não se pode, ainda assim, eximir-se da responsabilidade para com o presente, dada a necessidade da tomada das mais diversas decisões. Dada a premência de problemas práticos que assolam o dia-a-dia do mundo jurídico: como interpretar quando parece que tudo é possível diante de um texto? Como compor conflitos cada vez mais agudizados em sociedades cujo tecido social se esgarça continuamente? Como suprir lacunas legais cada vez mais agigantadas em virtude da velocidade e aceleração dos fatos sociais? Como fazer uso de valores em sociedades multiculturais e pós-tradicionais? Como garantir a soberania da vontade popular quando os imperativos econômicos tomam-se incontornáveis e quando o próprio Estado-nação encontra-se em agonia e desagregação?

A teoria do direito precisa realizar um esforço hercúleo para dar conta destas questões. Precisa fazer uso de todos os seus instrumentos; deve observar com frieza os problemas técnicos por que passam os profissionais do direito e os dilemas teóricos enfrentados pela filosofia e a ciência social, mas também deve procurar ouvir atentamente o murmúrio mudo dos sofrimentos e dos dramas que a sensibilidade para com o outro e a imersão num mundo intersubjetivo compartilhado no senso comum podem nos oferecer. Deve, portanto, não apenas desenvolver uma teoria da razão, como uma teoria das paixões.⁶⁶

Alguns autores, dos quais tratamos, oferecem respostas plausíveis para os problemas do direito e, em certa medida, atendem às exigências

⁶⁷ CRITCHLEY, Simon. Remarks on Derrida and Habermas. *Constellations*. Vol. 7, n.º4, 2000.

que mencionamos. Habermas e Derrida, por exemplo, mostram que é possível promover o diálogo entre perspectivas teóricas muito distantes.⁶⁷ Ambos têm na alteridade, na intersubjetividade, a sua referência maior para questões éticas, apesar de enfocarem os problemas de modo diferente. Em Derrida a responsabilidade para com o outro é infinita, radicalmente assimétrica, materna, enquanto que em Habermas ela é simétrica, fraterna. As energias de ambos, contudo, tanto do que se diz ser modernidade, quanto do que se diz ser pós-modernidade são fundamentais neste período de crise e grandes transformações.

Se se pode argumentar, por outro lado, que apenas Habermas oferece uma resposta direta ao problema da legitimidade, não se deve negligenciar a contribuição única que Derrida oferece para que o discurso iluminista da legitimidade do direito seja continuamente renovado, livrando-se ou driblando os incansáveis processos de estabilização e cristalização promovidos pelos detentores do poder.

Democracia constitucional e fundamentos de um sistema punitivo democrático

Thiago Bottino do Amaral*

Introdução

Oscar Vilhena Vieira utiliza uma imagem originalmente citada por Jon Elster – a partir da concepção fabulosa de Homero na epopéia “Odisséia” – para definir o papel que a Constituição desempenha num Estado democrático de direito.

Tendo que atravessar o mar em um ponto em que habitavam sereias (seres cujo canto místico enfeitiçava os homens para depois matá-los), Ulisses pediu a seus homens que o amarrassem ao mastro do navio, tapassem seus próprios ouvidos com cera e não obedecessem a nenhuma ordem sua até que as sereias tivessem desaparecido. Desse modo, embora tenha perdido o discernimento, desejando atirar-se ao mar, Ulisses não sucumbiu ao encantamento, o que seria fatídico. “Neste mesmo sentido, as constituições democráticas atuariam como mecanismos de auto-limitação, ou precomprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas”¹.

Esse arranjo teórico entre democracia e constituição implica na limitação da soberania popular dos membros de uma coletividade e também de suas futuras gerações. Por conseguinte, enfrenta resistência entre os defensores de uma concepção democrática formal ou

* Thiago Bottino do Amaral é advogado criminalista e doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional no Departamento de Direito da PUC-Rio.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997.

procedimental, segundo a qual o sistema democrático de tomada de decisões não pode estar limitado pela substância da decisão, com exceção daquelas decisões que afetem o próprio procedimento democrático de escolha.

No presente trabalho, pretende-se analisar o fundamento da imposição de limites substanciais à soberania popular para estabelecer o conceito de democracia substancial (ou constitucional) como premissa teórica para, a partir daí, identificar que elementos constituem os fundamentos de um sistema punitivo democrático, ou seja, aquelas regras e princípios que não podem ser suprimidos da estrutura do sistema punitivo, sob pena de a legitimidade do Estado para proibir, processar e punir dissociar-se do paradigma democrático.

Democracia procedimental versus democracia constitucional

No que tange à legitimação do direito, a tensão entre as teorias democráticas procedimentais e substanciais reproduz, de certa forma, o embate entre as correntes liberal e comunitária acerca do fundamento de legitimidade do Estado. Na concepção liberal, os homens são sujeitos de direitos antes mesmo da constituição do Estado. Esses direitos podem ter origem metafísica, racional ou mesmo serem uma construção hipotética, conforme a corrente liberal que se adote. Tais direitos são, portanto, universalizáveis, não estando adstritos à história particular de cada Estado ou grupo social.

Um dos mais recentes teóricos do liberalismo, John Rawls parte de uma premissa lógica hipotética para deduzir um princípio da justiça universal², segundo o qual todos têm direito a um mesmo rol de liberdades básicas num esquema em que seja respeitada a liberdade de cada um e que as eventuais desigualdades existentes decorram unicamente do diferente aproveitamento das oportunidades iguais que foram criados para todos.

Seriam tais direitos que assegurariam o respeito de cada um por si mesmo, já que cada indivíduo poderá perseguir sua própria concepção de bem. A garantia para todos dos mesmos direitos é reconhecimento

² RAWLS, John: *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 25, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1992.

do respeito mútuo entre as pessoas e torna possível o desenvolvimento de uma sociedade comprometida com aquele princípio de justiça. Sem esse respeito recíproco pelos direitos inalienáveis do outro não é possível uma verdadeira convivência democrática.

Ronald Dworkin, outro festejado teórico liberal, aponta tais direitos indisponíveis como sendo resultado da escolha moral da comunidade. As pessoas aceitam ser governadas por princípios comuns (formando uma comunidade de princípios) e não por regras forjadas num compromisso político. Logo, as decisões do Estado e da própria comunidade devem corresponder aos princípios éticos que orientam o direito, e que estão ligadas à noção de direitos individuais.

Nesse modelo, a indisponibilidade dos direitos individuais morais não poderá ser modificada pela comunidade, nem mesmo no exercício do autogoverno. Dworkin rejeita a concepção de que uma maioria política possa modificar aquilo que decorre da ação coletiva da comunidade, pois o Estado foi fundado para preservar aqueles direitos, não se podendo desvirtuar a legitimidade do Estado fazendo com que os direitos deixem de ser invioláveis.

Por conseguinte, a legitimidade do Estado e do direito não decorrem de um procedimento democrático, mas de uma “lei superior”, restando à política, na visão liberal, a tarefa de mediação entre as concepções particulares de bem e os fins coletivos da sociedade.

Jürgen Habermas critica os teóricos liberais porque discorda dessa característica de concorrência entre atores que agem estrategicamente para atingir posições de poder, arregimentando interesses particulares de outros indivíduos³. Para Habermas, a vontade política deve ser construída a partir de um consenso argumentativo, público e racional, nada parecido com a barganha de interesses privados.

³ Segundo Habermas, na concepção liberal “o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato da administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido de formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos” (HABERMAS, Jürgen: *Três modelos normativos de democracia*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 36, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 39).

Também opostos ao liberalismo político estão os teóricos comunitários, os quais sustentam que embora a justiça possa ser um princípio universal, a realização social desse princípio está vinculada à autodeterminação dos homens que se reúnem em mundos morais particulares. Não se pode definir indivíduos a partir de direitos a eles atribuídos, pois tais direitos são formulações abstratas, historicamente situadas e interpretadas culturalmente.

Para Michael Walzer⁴, os direitos não são pré-políticos, naturais, nem derivam da capacidade moral dos indivíduos, mas representam os valores que uma determinada comunidade elegeu como bem, no exercício da sua liberdade coletiva (soberania popular). Não se pode falar em escolhas políticas universais e imutáveis já que as comunidades políticas podem renovar ou redefinir sua identidade política por meio da ação coletiva de mobilização popular.

Os direitos não são universais, e sim valores compartilhados por cada diferente comunidade de indivíduos, os quais são respeitados em razão de uma decisão política; e, portanto, passíveis de serem modificados ou restringidos também por uma decisão política. A teoria comunitária sustenta a proposição de que a liberdade constitui a possibilidade de que cada comunidade encontre o fundamento de legitimidade de seu próprio Estado, com base nas suas próprias experiências culturais e históricas concretas.

Nessa perspectiva, o conceito de direitos humanos é relativizado, podendo abarcar mais ou menos garantias, dar maior ênfase aos aspectos civis, políticos ou sociais da liberdade individual. Alguns direitos individuais serão inclusive constitucionalmente protegidos, porém não poderão ser considerados como elementos que limitem a soberania popular.

Embora concorde com os comunitários na percepção da política como o espaço adequado de reflexão e formação de uma sociedade orientada para o bem comum (revelando-se como estrutura da comunicação pública voltada para o entendimento), Habermas critica a perspectiva comunitária em razão de sua dependência de cidadãos orientados para o bem comum, sustentando que as sociedades atuais

⁴ WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

são plurais e, portanto, incompatíveis com uma identidade coletiva de concepção de bem. Com efeito, na concepção habermasiana, o que confere legitimidade à autodeterminação cidadã, à manifestação coletiva sobre valores, é que essa decisão coletiva provenha de um acordo racionalmente motivado e alcançado como consequência de um procedimento legislativo democrático. Por sua vez, o exercício da autonomia pública depende do reconhecimento da existência de um sistema de direitos⁵, sem o qual não haverá legitimidade nas relações estabelecidas por meio do direito positivo.

Ao preconizar a “institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos”, colocando o direito a meio caminho da moral e da política, Jürgen Habermas traz à discussão uma nova contribuição, denominada teoria crítico-deliberativa, e alertando para a necessidade de superação da tensão entre as visões liberal e comunitária⁶. Fica evidente a existência de um limite substancial à soberania popular, consistente no sistema de direitos.

⁵ “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários: (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)” (HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159/160).

⁶ “A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum, mas sem entender como algo secundário a estruturação de um Estado de Direito. Em vez disso, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do estado de Direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos” (HABERMAS, Jürgen: *Três modelos normativos de democracia*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 36, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 47).

A teoria crítico-deliberativa avança com a contribuição de Joshua Cohen, para quem o conceito crítico-deliberativo de democracia (segundo o qual o exercício do poder do Estado provém das decisões coletivas dos membros da sociedade que são governados por esse poder e, mais precisamente, das discussões desses membros) também deve estar vinculado à uma definição acerca da comunidade política em que se realizará a prática democrática.

Numa comunidade homogênea, por exemplo, em que há adesão generalizada a uma doutrina religiosa ou determinada concepção moral, compreende-se facilmente que as decisões devam estar de acordo com esse conteúdo substancial e, nesse caso, a legitimação não derivaria do processo (ainda que democrático) pelo qual elas foram tomadas. Porém, mesmo numa comunidade plural, em que todos os membros são livres e iguais, não é qualquer conteúdo de decisão democrática que pode ser considerado válido em função do seu processo de escolha (ainda que democrático).

A limitação substancial, nesse caso, não estaria representada pelo sistema de direitos (de algum modo externo ao conceito de democracia), mas será a própria concepção de que os membros de uma comunidade são livres e iguais que implicará num conceito substancial de democracia⁷. Da mesma maneira, não há como afastar outros conceitos substanciais da concepção de democracia como, por exemplo, a abertura para discussão de teses políticas alternativas, condições para que essas teses sejam discutidas publicamente, etc.

De acordo com Cohen, na concepção liberal a democracia é vista apenas como meio para decidir que valores o Estado deve preservar ou realizar, quando deveria ser entendida como um valor “em si” a ser combinado com os demais. Se os valores da comunidade fossem independentes do valor “democracia” as liberdades políticas seriam reduzidas a uma função meramente instrumental. Cohen também

⁷ “To say that citizens are free is to say, inter alia, that no comprehensive moral or religious view provide a defining condition of membership or the foundation of the authorization to exercise political power. To say that they are equal is to say that each is recognized as having the capacities required for participating in discussion aimed at authorizing the exercise of power” (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. In BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 96).

discorda da concepção comunitária, que admite a diminuição das liberdades não-políticas sem que isso acarrete déficits para o processo de legitimação democrática.

A teoria crítico-deliberativa, portanto, está organizada em torno do ideal de justificação política no qual as decisões são válidas se, e somente se, decorrem de um procedimento público de argumentação entre pessoas livres e iguais⁸. Assim, busca-se construir as condições institucionais e sociais que permitam a discussão pública e amarrem o poder público a essa discussão. De modo idêntico, se o conceito de comunidade é construído a partir de uma autonomia pública coletiva, devem ser criadas condições para a preservação dessa própria autonomia⁹.

A concepção democrática da teoria crítico-deliberativa, ao impor limites substanciais à soberania popular, ecoa a preocupação de autores como Luigi Ferrajoli que sustentam a impossibilidade – tanto empírica como teórica – de se falar em outra democracia que não seja a democracia constitucional.

⁸ “A deliberative conception puts public reasoning at the center of political justification. I said ‘public reasoning’ rather than ‘public discussion’ because a deliberative view cannot be distinguished simply by its emphasis on discussion rather than bargaining or voting (...) The conception of justification that provides the core of the ideal of deliberative democracy can be captured in an ideal procedure of political deliberation. In such a procedure participants regard one another as equals; they aim to defend and criticize institutions and programs in terms of considerations that others have reason to accept, given the fact of reasonable pluralism and the assumption that those others are reasonable; and they are prepared to cooperate in accordance with the results of such discussion, treating those results as authoritative” (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. In BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 99/100).

⁹ “Evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana. (...) As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos” (VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. In *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p. 79/80).

A “democracia constitucional”, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado.

Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da produção legislativa¹⁰.

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre das aporias que atingem o conceito meramente formal de democracia: a primeira aporia está na limitação imposta pelo princípio do Estado de Direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular; a segunda aporia está no fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado¹¹.

Diante dessa perspectiva, torna-se necessária uma investigação que determine que elementos constitucionais desempenhariam a função de

¹⁰ “Las cuatro dimensiones, en cambio, son todas necesarias y conjuntamente suficientes para definir el paradigma de la actual *democracia constitucional*, con base en la cual se sustrae a cualquier poder decisorio, tanto público como privado, la disponibilidad no sólo de los derechos políticos y del método democrático en la formación de las decisiones, sino del entero conjunto de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de poderes, la independencia de la jurisdicción – tanto de la ordinaria como constitucional – y las varias figuras de incompatibilidad dirigidas a impedir excesos de poder y conflictos de intereses” (FERRAJOLI, Luigi: *Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero*. In *ISONOMIA*, nº 19, Alicante: Universidade de Alicante, 2003, p. 232).

¹¹ “La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial, que se añade a la dimensión formal o política tradicional. Quiero decir que dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.” (FERRAJOLI, Luigi: *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. In *ISONOMIA*, nº 16, Alicante: Universidade de Alicante, 2002, p. 12/13).

proteger a comunidade de seus próprios excessos, sem que isso signifique impedi-la de construir sua própria história e de exercer sua autonomia política. Essas mesmas preocupações estão presentes, ainda que em menores proporções, quando se pretende estruturar um sistema punitivo democrático.

Trata-se de incorporar na dogmática do direito penal e processual penal as preocupações democráticas no tocante à existência de determinados conceitos substanciais que assumem o papel de *conditio sine qua non* na estruturação de um sistema punitivo ilustrado, racional, moderno e democrático, assim entendido porque preserva a autonomia dos indivíduos frente ao Estado e ao controle que este exerce sobre aqueles.

Fundamentos de um sistema punitivo democrático

A investigação de que elementos substanciais representariam as bases fundantes de um sistema punitivo democrático é um dos objetivos da teoria do garantismo penal, que tem em Luigi Ferrajoli seu maior expoente. Para desenvolver uma análise crítica do sistema punitivo que mais se coaduna com as premissas de um Estado democrático de direito Luigi Ferrajoli estabelece três diferentes eixos de análise.

O primeiro plano desse estudo corresponde à análise do direito a partir de um enfoque epistemológico (ou filosófico), controlando e reduzindo o poder do Estado no curso de um processo que visa impor uma restrição por meio da violência estatal. O segundo plano, denominado de plano político ou axiológico, está voltado para a justificativa ético-política da qualidade, quantidade e necessidade da intervenção do poder sobre a liberdade, como também nos critérios das decisões judiciais. O terceiro plano de estudo é o plano jurídico ou normativo, ligando-se à noção de validade, assim como à exigência de coerência interna do sistema penal positivo e à relação entre legislação infraconstitucional e os princípios normativos superiores.

A primeira preocupação na elaboração de um sistema punitivo democrático é assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”¹², no plano epistemológico, o que se constrói a

¹² FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

partir de duas vertentes: o convencionalismo penal (associado à legalidade estrita) e o cognitivismo processual (associado à jurisdicionalidade estrita), correspondentes, respectivamente, aos campos do direito penal e processual penal.

Por convencionalismo penal ou princípio da legalidade estrita Ferrajoli define a reserva absoluta de lei, representando a vinculação do legislador à taxatividade e à precisão empírica na formulação de regras que prescreverão as condutas puníveis.

Trata-se, a bem da verdade, de um postulado que orienta a técnica legislativa. Essas exigências visam afastar a tipificação de condutas penais por meio de normas que não estejam relacionadas a fatos, mas a pessoas,

Como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘desocupados’ e os ‘vagabundos’, os ‘propensos a delinquir’ (...) ¹³.

Portanto, os tipos penais devem descrever taxativamente as ações que podem ser imputadas ao acusado, excluindo-se qualquer componente extralegal na construção do tipo penal, de maneira que a relevância penal não seja determinada pela natureza, pela moral ou por qualquer outra espécie de autoridade que não a lei¹⁴.

O cognitivismo processual (princípio da estrita jurisdicionalidade) determina que a hipótese acusatória deve ser passível de verificação e de exposição à refutação. Somente pode haver imposição de pena se um fato determinado, descrito e reconhecido pela lei como delituoso, puder ser submetido à comprovação, permitindo a produção de provas e contra-provas. Assim, ao contrário dos juízos valorativos, os juízos penais devem ser predominantemente cognitivos e estarem baseados em elementos que afirmem ou neguem fatos ou direitos.

¹³ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

¹⁴ “Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha provado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 33).

A epistemologia garantista opõe-se a modelos em que os elementos relativos à definição das condutas puníveis e à comprovação judicial dessas condutas são autoritários. O primeiro elemento autoritário, que Ferrajoli denomina de substancialismo penal, está representado pela “desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados (desvio punível)”¹⁵ e significa a previsão de condutas puníveis de modo indeterminado e valorativo, permitindo discriminações fundadas nas características pessoais e esvaziando o princípio da estrita legalidade.

O segundo elemento autoritário é chamado decisionismo processual e representa a subjetividade do juízo em que há “ausência de referências fáticas determinadas com exatidão [e a decisão judicial] resulta mais de valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas do que de provas de fato”¹⁶. O decisionismo processual também importa em subjetividade na determinação das qualidades pessoais do réu, pervertendo o processo penal para transformá-lo numa análise da personalidade do agente, ao invés de ser um conjunto de procedimentos para buscar a comprovação de fatos objetivos.

No centro da divergência entre a epistemologia garantista e a epistemologia autoritária está a diferença no tipo de “verdade jurídica” que se pretende alcançar. A epistemologia autoritária pretende, em matéria penal, alcançar uma verdade “absoluta”, “unívoca”, “objetiva”, cuja busca, por suas próprias características, admite a utilização de quaisquer meios aptos para que seja alcançada, ultrapassando os limites das regras procedimentais, fazendo com que os fins justifiquem os meios. Por sua vez, a epistemologia garantista somente admite uma condenação que tenha por base a verdade processual, construída a partir da observância de regras determinadas e referentes aos fatos que tenham relevância penal. Logo, esta é a primeira premissa teórica para a formulação de um sistema punitivo democrático na sua pretensão de tutelar ao máximo a liberdade dos indivíduos.

A axiologia garantista trabalha com a noção dos custos e objetivos do direito penal e processual penal. Se o sistema repressivo puder ser

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 35.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

entendido como destinado a definir, individualizar e reprimir o desvio penal, o conjunto de restrições à liberdade individual constituirá um “custo” cuja justificação deve ser racionalmente fundamentada¹⁷. Ferrajoli destaca que essa justificação é especialmente importante na medida em que o “custo” do sistema punitivo estatal pesa sobre todos e não apenas sobre os culpados. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, também os inocentes podem ser, como de fato são, submetidos às agruras de um processo criminal e, muitas vezes, até condenados injustamente¹⁸.

Sendo certo que o direito penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual, a justificação racional do

¹⁷ “Para considerar as premissas que acabam de ser referidas, impende considerar que no Estado Constitucional e Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais, o Direito penal (particularmente o Direito penal que envolve o *ius libertatis*), em razão dos custos e da violência que significa, somente se *justifica* quando presentes algumas exigências ético-políticas (...)” (GOMES, Luiz Flávio: *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 15).

¹⁸ “Refletindo sobre o peso destes custos, compreende-se a centralidade que o direito penal ocupa na caracterização de um ordenamento jurídico e do sistema político que através deste se expressa. No tratamento penal manifesta-se – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a ‘cifra de injustiça’, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro. É, ao menos no que tange aos ordenamentos modernos, quanto mais cresce o Poder Judiciário das disposições já evidenciadas, tanto maior se tornam a ilegitimidade jurídica e a injustificabilidade política. O problema da justificação, portanto, se confunde, em larga escala, com o problema do garantismo, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 89).

sistema punitivo também exige que a ativação do aparelho repressivo estatal ocorra somente quando caracterizada a imperiosa necessidade e, mesmo assim, de maneira subsidiária. Corolário da subsidiariedade¹⁹ é a exigência de resultado material da conduta penal, não se admitindo que determinadas ações, ainda que aparentemente típicas, sejam consideradas delituosas se não houver concreta lesão ao bem jurídico protegido²⁰.

Além da racionalidade, a axiologia garantista também exige um modelo de direito que traduza justiça, mais especificamente um modelo formal ou procedimental de justiça e não uma concepção particular de justiça. O sistema penal deve estar estruturado para que a definição e apuração da responsabilidade penal não se transformem num campo aberto ao arbítrio das intervenções punitivas infundadas.

O sistema garantista (SG) adota dez máximas que incorporam os postulados que um sistema penal deve satisfazer para sua justificação. Essas máximas estão assim numeradas por Ferrajoli:

A1 – Nulla poena sine crimine (retributividade)

A2 – Nullum crimen sine lege (legalidade, nos sentidos estrito e lato)

A3 – Nulla lex (poenalis) sine necessitate (necessidade)

A4 – Nulla necessitas sine injuria (lesividade ou ofensividade do evento)

A5 – Nulla injuria sine actione (materialidade)

A6 – Nulla actio sine culpa (culpabilidade ou responsabilidade pessoal)

¹⁹ “Quando deve o Estado intervir para impor uma pena a determinada conduta? Esta pergunta nos leva à questão tão discutida de saber se o Direito Penal tem ou não tem caráter secundário. (...) A polêmica surgiu, em grande medida, com o desacerto da escolha da palavra ‘secundário’ para designar algo que é essencial ao Direito Penal. Por ‘secundário’ se entende, em linguagem corrente, algo sem importância, irrelevante. E o Direito Penal é tudo, menos isso. Muitos autores afirmam, de fato, que nossa disciplina é secundária; mas com isso não pretendem discutir sua importância, mas sublinhar que o recurso à pena para proteger interesses socialmente relevantes é o extremo, que o Direito Penal apenas intervém em última instância; pois a privação da liberdade, da vida, inclusive (pena de morte), supõe uma intervenção tão profunda na esfera individual que somente se deve recorrer a ela quando os bens jurídicos atingidos sejam da máxima envergadura e outra consequência jurídica distinta da pena não ofereça garantia suficiente de proteção” (ORDEIG, Enrique Gimbernat: *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 25).

²⁰ “A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária” (DIAS, Jorge de Figueiredo: *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 78).

- A7 – Nulla culpa sine iudicio (jurisdicionalidade)
- A8 – Nullum iudicium sine accusatione (separação entre juiz e acusação)
- A9 – Nulla accusatio sine probatione (ônus da prova)
- A10 – Nulla probatio sine defensione (contraditório e defesa) ²¹

As máximas e as relações entre as máximas²² do sistema garantista têm por objetivo adequar o sistema punitivo a um conceito de Estado de direito

Entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o poder público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)²³.

Esse conceito de Estado de direito aponta para duas conclusões. A primeira delas é um modelo de democracia com grande margem de limitação substancial em matéria penal; a segunda é que se pode falar num modelo penal denominado de “direito penal mínimo”, contraposto ao “direito penal máximo”, esteja ele mais próximo ou mais distante daquelas máximas que compõem o sistema SG.

²¹ “A cadeia principiológica elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, desde a elaboração da norma pelo legislativo até a irrogação da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiológica adequada para legitimação/deslegitimação de todo o espectro teórico sistemático da atuação penal: da teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade) à teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade) e da teoria da pena (princípio da retribuição jurídica), bem como da teoria processual (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa). Tais princípios correspondem às ‘regras do jogo’ do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado ao fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais” (CARVALHO, Salo de: *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 88).

²² Por teoremas derivados das máximas devemos entender todas as possíveis relações dos axiomas, de onde derivam as afirmações: A11 – *Nulla poena sine lege*; A12 – *Nulla poena sine necessitate*; A13 – *Nulla poena sine injuria*; A14 – *Nulla poena sine actione*; A15 – *Nulla poena sine culpa*; etc; A21 – *Nullum crimen sine necessitate*; A22 – *Nullum crimen sine injuria*; A23 – *Nullum crimen sine actione*; A24 – *Nullum crimen sine culpa*; e assim por diante.

²³ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

Àquele conjunto de máximas devemos adicionar critérios para a solução das incertezas jurídicas, como é, por exemplo, a presunção de inocência. Ou seja, se a hipótese acusatória não puder ser comprovada por meio da verdade processual, deverá prevalecer a presunção de falsidade dessa hipótese (presunção de inocência do acusado), tomando-se esse formalismo no direito penal e processual penal como uma garantia da liberdade individual contra a busca por “verdades substanciais” de cunho evidentemente autoritário. Isso decorre da premissa epistemológica de que não há “uma” verdade a ser encontrada e que a única verdade que pode justificar uma condenação penal é verdade processual.

No modelo de direito penal máximo é inegável a aspiração totalitária de que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido, ao passo que o direito penal mínimo e a teoria garantista propugnam o objetivo exatamente oposto, ou seja, a construção de um sistema destinado a fazer com que nenhum inocente seja punido, à custa de que algum culpado não o seja. O *in dubio pro reo* não é apenas um critério para solução de incertezas jurisdicionais, mas, antes de tudo, uma escolha axiológica.

Não obstante a dicotomia entre as tendências de direito penal mínimo e direito penal máximo, é possível que ambas convivam num mesmo ordenamento jurídico. Essa convivência é um dos pontos críticos no que tange à efetividade do sistema penal e aparece como um traço comum às democracias modernas²⁴.

Ligada à epistemologia e à axiologia está uma teoria do direito garantista, que se liga à noção de validade do sistema penal positivo a partir de sua confrontação com princípios normativos superiores. Nesse momento surge com maior nitidez a limitação da soberania popular pelo princípio do Estado de Direito, que deve incorporar limites substanciais (validade substancial) além dos limites formais (validade formal).

²⁴ “Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores, e a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 83).

Essa diferenciação entre legitimidade formal e legitimidade substancial é importante para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito. Segundo Ferrajoli, são as condições formais e as condições substanciais de validade que formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: sobre “quem pode” e sobre “como se deve” decidir. As regras do primeiro tipo estão ligadas à forma de governo ao passo que as outras à estrutura dos poderes do Estado. Será da natureza das regras desse primeiro conjunto que dependerá o caráter do sistema político (democrático, oligárquico, monárquico, burocrático); da natureza das regras do segundo tipo é que se identificará o caráter do sistema jurídico (totalitário ou de direito).

A primeira característica desse Estado de direito é sua justificação a partir de uma abordagem racionalista subjetivista de cunho ilustrado herdada da modernidade. Em sua fundamentação política, o Estado liberal tem sua justificação teórica focada na relação Estado-governado, privilegiando-se a autonomia individual na construção de uma vida livre e na busca pelo que cada um considera ser seu projeto de felicidade. O uso coletivo do poder social para alcançar uma determinada concepção moral é visto como uma fonte de perigo já que não se espera que o Estado tenha pretensões morais independentes das dos seus membros.

Seguindo esse raciocínio, é necessário estabelecer formas de controle do Estado, sobressaindo aquela que se efetiva por meio de uma constituição que restringe, controla e separa os poderes, atuando como limite do próprio Estado. Não se trata de uma concepção meramente positivista-formalista que atribua à constituição o status de norma fundamental, nem tampouco uma visão jusnaturalista de que os direitos ali consagrados constituem direitos pré-políticos.

A justificativa para o controle do Estado decorre da constatação de que o Estado possui um poder incontestável, que o exercício desse poder pode ocorrer de modo impróprio e que, por ser o próprio Estado o responsável por elaborar a legislação, deve haver um limite previamente estabelecido para que essa atividade seja bem desenvolvida.

Ferrajoli lembra que o Estado moderno nasceu ligado ao conceito de Estado de direito e não ao conceito de democracia (como monarquia constitucional e não como democracia representativa), ou seja, a limitação do poder precede sua fundação democrático-representativa. Se o Estado de direito surge vinculado à noção de garantias inderrogáveis, vedações

intransponíveis (vedação de punir, prender, perseguir, censurar etc, sem que estejam presentes as condições estabelecidas em lei), tais direitos adquirem o status de invioláveis, indisponíveis e inalienáveis. O Estado de direito é entendido como um sistema de limites substanciais que deve ser observado pelo governo para a salvaguarda das garantias fundamentais, contrapondo-se ao Estado absoluto, seja ele democrático ou autocrático.

A segunda característica da relação entre garantismo, Estado de direito e democracia está voltada para a limitação do princípio democrático no que tange ao estabelecimento de leis que restrinjam princípios de direitos e garantias individuais em nome da realização de um interesse coletivo. É inegável que o bem estar coletivo representa um objetivo político das sociedades democráticas, muito embora seja igualmente fácil compreender a vulnerabilidade que o regime democrático apresenta às investidas de um bem estar coletivo ao custo das liberdades individuais e das minorias.

Essa premissa não é unânime. Bökenförde, por exemplo, entende que a soberania popular é superior a qualquer outro fundamento de organização estatal, pois é o único que fornece legitimidade ao domínio político. Nesse diapasão, sustenta que mesmo um Estado teológico, fundado no direito divino, pode regular a vida política dos indivíduos, desde que tenha sido democraticamente escolhido²⁵.

Os únicos limites da decisão majoritária, nesse contexto, seriam os direitos de liberdade democrática (direito eleitoral e de organização de partidos, salvo aqueles que pretendam abolir a organização democrática do Estado). As garantias fundamentais são assim consideradas exclusivamente para que o indivíduo tenha liberdade frente ao processo democrático. Na perspectiva garantista, o fundamento de legitimidade do Estado não é sua organização democrática, mas o respeito e a tutela dos direitos fundamentais. A democracia é um componente indissociável do Estado de direito garantista, mas não é a fonte política da legitimidade estatal.

²⁵ “Desde luego em una democracia puede establecerse el dominio de la razón, de la ley, del progreso, o de un derecho divino, y cualquiera de ellos puede determinar em um sentido material la regulación de la vida em común, pero solo cuando y em la medida em quel el pueblo lo quiera así y lo haga suyo como titular del poder del Estado” (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta, 2000, p. 54).

Uma terceira característica que se pode ressaltar traz à tona a concepção garantista de separação entre validade e justiça, consubstanciada na divisão entre legitimação interna e externa e na exclusividade da primeira para a avaliação da validade de uma lei.

A legitimação externa significa a fundamentação não metafísica do direito penal e processual, separando-se direito e moral, validade e justiça, ser e dever-ser, distinções oriundas da filosofia iluminista e está contraposta à fundamentação jurídica que se utiliza na aplicação cotidiana do direito, chamada de legitimação interna. A legitimação externa se diferencia da legitimação interna porque os critérios da primeira têm caráter extrajurídico, enquanto os da segunda são intrínsecos ao direito positivo. Assim, da perspectiva externa, o direito é legítimo se é 'justo', enquanto da perspectiva interna o direito é legítimo se é 'válido'.

Historicamente, os sistemas punitivos podem ser agrupados sob duas grandes correntes teóricas: a que separa as formas de legitimação ou a que as confunde. O primeiro modelo de sistema penal é associado ao iluminismo e ao garantismo, enquanto o segundo está identificado com o substancialismo jurídico ou com o formalismo ético.

O modelo de substancialismo jurídico representa a sujeição da norma à moral, seja essa moral deduzida a partir da razão humana, seja ela de origem metafísica ou divina. Aqui, os ideais de justiça são superiores ao direito positivo e são eles que determinam o que é, e o que não é direito. O modelo de formalismo ético significa exatamente o oposto, ou seja, a sujeição da moral à norma. Aqui, o direito é considerado como um critério ético em si, determinando a lei positiva o que é e o que não é justo. Esses modelos representam as faces opostas da confusão entre direito e moral e são, ambos, modelos autoritários, assim considerados porque identificadas com concepções substancialistas do delito, da verdade judiciária e da finalidade da pena.

No modelo garantista, a questão da validade não está vinculada somente à existência jurídica da norma ou à sua correspondência formal com as normas hierarquicamente superiores, mas também à correspondência material com essas normas. Assim, embora o direito "válido" prossiga sendo qualquer direito regularmente produzido, existem normas que orientam a produção do direito e que servirão de parâmetro para a avaliação da sua validade. Estas normas, atualmente, correspondem aos princípios ético-políticos incorporados ao ordenamento jurídico,

positivados ou não, sobretudo no nível constitucional, que impõem “valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, senão internos ou juspositivistas”²⁶.

Todavia, é importante ressaltar que a diferença entre legitimação interna e externa não significa uma porta aberta ao Poder Judiciário para subjugar a vontade política da sociedade, que se expressa por meio do Poder Legislativo. Assim como a lei deve ser precisa na definição do desvio penal (pois a ambigüidade aumenta a margem de autoritarismo), o poder de interpretação das leis deve ser limitado pelos critérios jurídicos da legitimação interna. Não se pode recorrer a argumentos políticos ou morais na ativação do aparelho punitivo estatal sobre a liberdade individual.

Afinal, o recurso à legitimação externa (critérios políticos ou morais) na avaliação da validade do direito pode representar justamente uma aproximação com o modelo autoritário e antigarantista de substancialismo jurídico.

A função da legitimação externa é permitir um enfoque crítico do direito positivo em função da axiologia garantista. Se por um lado o interesse da comunidade está tutelado mediante a definição de condutas puníveis, o direito penal também deve tutelar o interesse daquele que realizou o delito, apenando-lhe somente na medida exata da necessidade. Se, ao negar o critério da exata necessidade da pena, o direito penal passar a ter por finalidade vingar o delito perpetrado, estaríamos diante de um paradoxo, eis que o direito penal foi criado para substituir a vingança privada pela aplicação de justiça por um ente imparcial.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p.289.

²⁷ Luiz Werneck Vianna examinou a questão da politização da justiça no Brasil (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999). Observou o pesquisador que as demandas normativas decorrentes de um determinado modelo de Estado não são atendidas pelo Poder Legislativo (Poder mais democrático), gerando uma demanda crescente entre grupos sociais e uma desqualificação da política na organização social. O Legislativo também fica refém da profusão legislativa do Poder Executivo, gerando um desequilíbrio entre os poderes. Nesse quadro, o Poder Judiciário é instado a atuar para resolver os conflitos coletivos sociais, bem como para controlar os demais poderes políticos por meio de interpretações do direito. Vianna reproduz, ainda, o alerta de Habermas, para quem a expansão do poder do direito por meio de largas margens de interpretação põe em risco a democracia representativa ao transferir a “elaboração” das leis para uma “casta sacerdotal” que atua como guardiã de uma ordem suprapositiva de valores.

Afinal, embora a politização do Poder Judiciário surja ligada à defesa e à valorização dos direitos fundamentais, assumindo a responsabilidade de uma atuação política com preocupações morais e a pretensão de distribuir justiça social por meio das suas decisões²⁷, esse protagonismo judicial em matéria de direito penal e processual penal não tem se revelado um mecanismo para aprimorar a proteção da liberdade dos indivíduos, mas sim um instrumento a serviço da ampliação dos poderes punitivos e persecutórios do Estado^{28 e 29}.

Já há alguns anos imperam os discursos de terrorismo estatal e super-criminalização que, se por um lado não se prestam a resolver as tensões sociais do mundo contemporâneo, por outro, agravam ainda mais o sentimento de insegurança em que já se vive. Esse movimento político-social é chamado de “Campanhas de Lei e Ordem”³⁰ e visa aumentar o poder estatal e diminuir as garantias individuais, utilizando-se do argumento da emergência para justificar uma legislação de exceção³¹ e

²⁸ “Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad – tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio – se denomina como protagonismo judicial. El fenómeno consiste en una aparente hiper-actividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predisuestas” (BERGALLI, Roberto: *Protagonismo judicial y representatividad política. In DOXA. Cadernos de filosofia do direito*, nº 15-16, Alicante: Universidade de Alicante, 1994, p. 423).

²⁹ “O espaço original da liberdade dos cidadãos permanece tanto maior quanto menor for o do ‘proibido’. É de se exigir, portanto, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambigüidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face de leis deve ser o mais limitado possível” (MAUS, Ingeborg: *Judiciário como superego da sociedade. In Novos Estudos*, nº 58, São Paulo: CEBRAP Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2000).

³⁰ “Campanhas de lei e ordem. Por seu intermédio, canaliza-se um sentimento de insegurança cidadã, quando o poder das agências é ameaçado (cortes orçamentários, mudanças de jurisdição operacional), ou quando se aproxima alguma ruptura institucional e se procura gerar a necessidade de ‘ordem e segurança’, qualidades que se auto-atribuem os regimes com vocação totalitária, pelo simples expediente do desaparecimento das notícias (Zaffaroni, 1989: 133)” (...) “Certamente o temor nem sempre se funda em fatos concretos, mas antes em uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada, muitas vezes, através de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação. Isso não é gratuito nem casual, pois o temor, além de aparecer como consequência social do delito, converte-se em um precipitador coletivo facilmente manipulável e eu um importante fator econômico que gera gastos em prevenção e segurança em pessoas empresas, instituições e no próprio Estado, que também é atingido pelos efeitos desse medo” (CERVINI, Raul: *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 86 e 89, respectivamente).

³¹ Um exemplo de legislação de exceção são os “*USA Patriot Acts*” (o primeiro deles concebido, votado e aprovado menos de dois meses após o ataque terrorista, expressando perfeitamente o

uma interpretação constitucional sensível à adoção de medidas extraordinárias, voltadas para uma suposta necessidade de resposta a fenômenos emergenciais (no caso, um propalado aumento descontrolado de criminalidade), mas cuja emergência acaba por se alongar no tempo com evidente prejuízo para a normalidade constitucional³².

O movimento de Lei e Ordem alia o discurso do terror e da emergência ao discurso da guerra. Assim, a tarefa do Estado de promover a segurança e controlar a criminalidade é transformada numa “guerra” na qual os supostos agentes criminosos deixam de serem cidadãos para se tornarem inimigos³³, passando a ser admissível a utilização de quaisquer

conceito de legislação de emergência) que trouxeram trouxe uma completa modificação no sistema penal e processual penal estadunidense (cuja constituição sempre esteve firmemente ancorada nos princípios liberais e na figura do Estado *gendarme*). As mudanças foram as mais variadas possíveis, indo desde uma definição extremamente vaga e aberta do crime de terrorismo até a possibilidade de que o Estado promova buscas em residências sem qualquer comunicação ao investigado (nem mesmo depois de terminada a investigação), passando pela proibição de que presos tenham acesso privado aos seus advogados e pela criação de tribunais militares secretos especialmente para julgar indivíduos suspeitos de participarem de atividades terroristas.³² A preocupação de que tais medidas legislativas (que constituem uma exceção ao Estado de Direito) acabem por ser “incorporadas” definitivamente ao ordenamento jurídico é exposta por Bruce Ackerman em trabalho recente, publicado em abril de 2004. Ackerman revela que nem as leis de guerra e menos ainda as leis criminais são apropriadas para lidar com a ameaça terrorista e afirma, sobretudo, que a legislação de emergência tem como finalidade a reafirmação da soberania estatal (*reassurance function*) e a tranquilização da população, justamente a razão pela qual não pode esse tipo de legislação perpetuar-se, sob pena de haver uma naturalização da opressão: “The rhetoric of war does express the shattering affront to national sovereignty left in the aftermath of a successful terrorist attack. But when translated from politics to law, it threatens all of us with indefinite detention without the traditional safeguards developed over centuries of painful struggle” (ACKERMAN, Bruce: *The Emergency Constitution. In Yale Law Journal*, Volume 113, Issue 5, 2004, p. 1033). Ronald Dworkin destaca que a incorporação do discurso de terror, guerra e emergência nas práticas estatais solapa instituições como o Estado de Direito e a democracia. Referindo-se ao Ato Patriótico, questiona o reflexo da nova legislação nos padrões de justiça, equidade e decência da sociedade estadunidense e alerta que os direitos cedidos ao Estado nesse momento tornar-se-ão difíceis de serem resgatados no futuro: “What we lose now, in our commitment to civil rights and fair play, may be much harder later to regain” (DWORKIN, Ronald: *The Threat to Patriotism. In The New York Review*, Volume 49, n° 3, 28 de fevereiro de 2002, Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/15145>. Acesso em 15 de março de 2005).

³³ O termo “inimigo” remete para a teoria do Direito Penal do Inimigo cujas “(...) principais bandeiras são: a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; c) aumento desproporcional de penas; d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); e) endurecimento sem causa da execução penal; f) exagerada antecipação da tutela penal; g) corte de direitos e garantias processuais

meios aptos para que esse objetivo seja alcançado, inclusive ultrapassando os limites das regras procedimentais³⁴, fazendo com que os fins justifiquem os meios³⁵.

Entretanto, se, por um lado, e o juízo de validade substancial das leis constitui um juízo de valor, permitindo, portanto, que o Poder Judiciário acumule poderes que, conjugados, têm potencial de colocar em risco o Estado de direito, a democracia e as liberdades individuais, por outro lado, esse acréscimo de poderes Poder Judiciário se justifica se estiver vinculado à defesa dos fundamentos que estruturam o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais, das minorias ou das partes mais frágeis numa relação jurídica.

fundamentais; h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); j) infiltração de agentes policiais; l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.)” (GOMES, Luiz Flávio: *Críticas à tese do direito penal do inimigo*. Disponível em: <[http://www.ultimainstancia.com.br/noticias/ler_noticia .php?idNoticia=5504](http://www.ultimainstancia.com.br/noticias/ler_noticia.php?idNoticia=5504)>. Acesso em: 15 de março de 2005). Sobre o tema do Direito Penal do Inimigo, confira-se, por todos, JACKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

³⁴ Como conseqüência dessa mudança de foco, não se pune o agente conforme sua culpabilidade, mas pela periculosidade. Logo, não há que se falar em proporcionalidade entre o dano causado e a resposta penal, sendo o sistema punitivo orientado pelo princípio da excessividade. “The principle of a preventive state which focuses one-sidedly on security, in contrast, is excessiveness in the dual sense of ‘lacking in standards’ and of achieving ‘more and more’ and ‘better and better’ results” (DENNINGER, Erhard: *Freedom versus security*. Disponível em: <<http://www.goethe.de/kug/ges/rch/thm/em163802.htm>>. Acesso: 15 de março de 2005).

³⁵ Essa característica é sublinhada por Denninger na seguinte passagem: “The ongoing discussion about the most suitable forms and instruments for combating ‘organized crime’ illuminates the general process within the sphere of internal security: the time-honored system of criminal procedure, originally conceived as a protection for citizens and as an assurance of their right to fair, rule of law-based treatment, as well as a way of buttressing the ‘search for truth’ in order to clear up crimes, is presently being converted into as efficient as possible a weapon in the ‘fight against criminality’. There are now criminal searches, undercover agents (government officials, outfitted with fake names and Ids, who infiltrate criminal organizations), both minor and major wiretapping, as well as the break-up of proto-criminal structures in ‘anticipation’ of the ‘beginnings of suspicion’ of a crime, to name just a few of the key trends pointing to the end of the ‘classical’ liberal system of legal security. This has to be acknowledged as the face of the ‘preventive state’ in one wants to provide a reasonable account of the situation at hand” (DENNINGER, Erhard: *“Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”*. In *Constellations*, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 515).

Especificamente no campo do direito penal e processual penal, o garantismo aciona um “seguro” contra a ameaça de exacerbação da violência estatal que a hipertrofia do Judiciário representa: o juízo de validade da lei, que repercute sobre a garantia estrita do princípio da legalidade, pode ceder, mas somente ante o princípio da maximização da liberdade. Podem ser considerados corolários dessa concepção os critérios do favor rei, da analogia *in bonam partem*³⁶, do *ne reformatio in pejus* e da admissão da prova obtida por meios ilícitos em benefício do acusado, dentre outros.

Em suma, o recurso à legitimação externa ou o exame substancial da validade de uma lei somente pode ser admissível, em matéria penal e processual penal, quando a interpretação conferida pelo Poder Judiciário estiver direcionada para a ampliação do espectro da liberdade individual. Nesse caso, os riscos decorrentes de uma leitura moral da lei pelo Poder Judiciário – o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais – não estariam presentes.

Conclusão

O debate travado entre as diferentes teorias democráticas, especialmente aquelas que opõem modelos formais e substanciais de limitação da soberania popular, toca diretamente na questão da legitimidade do

³⁶ “A doutrina afirma que é possível a analogia *in bonam partem*, isto é, que é permitido defender uma solução *incompatível com a letra da lei* se isso favorece ao réu e se existem pontos de vista materiais que falam por ela. A doutrina tem razão. Isso se deduz de uma interpretação teleológica do ‘princípio da legalidade’ cuja existência obedece, fundamentalmente, à gravidade da consequência jurídica que a lei penal ordena, isto é, à gravidade da pena, que supõe uma intervenção nos bens mais preciosos da pessoa (vida, liberdade). Fato é que a comunidade, para proteger interesses jurídicos de suma importância, pode restringir a liberdade do indivíduo; porém, esta intervenção é de uma transcendência tal que o cidadão pode exigir que lhe digam, com clareza, quais são os comportamentos motivadores de uma reação estatal tão radical; pode exigir que lhe seja garantido que não acontecerá de ser surpreendido, de uma hora para outra, com o fato de o Estado o privar de bens tão fundamentais como a liberdade, a honra, empregos e cargos públicos que tiver o sujeito, por atos de cuja proibição não o informaram antes que os cometesse. Resumindo: em Direito Penal, e quando o teor literal é claro, o intérprete somente tem duas alternativas: ou acolher o significado das palavras legais em toda a sua extensão ou limitá-lo (para mais ou para menos). Apenas quando uma interpretação, materialmente fundamentada, favoreça o réu é lícito prescindir do ‘significado possível’ da lei penal” (ORDEIG, Enrique Gimbernat: *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p.44/45).

Estado e no exercício de seu poder sobre a liberdade e autodeterminação dos seres humanos. Habermas estrutura a teoria crítico-deliberativa com a tarefa de conjugar a soberania popular (essencial à democracia) e a existência de direitos protegidos pelo Estado contra esse mesmo Estado e também contra a vontade popular. Tanto a soberania popular como a noção de garantias invioláveis dos indivíduos são construções teóricas herdadas da modernidade, de maneira que a sua solução, para Habermas, permanece ligada à modernidade³⁷ e, mais especificamente, à justificação racional do poder estatal.

Uma vez estabelecida como premissa teórica a possibilidade de limitação substancial da soberania popular, entendeu-se pertinente relacionar essa premissa ao sistema punitivo identificando os limites postos direito penal e processual penal de um Estado democrático de direito, considerados elementos indisponíveis à deliberação pela maioria dos membros de uma comunidade, e assegurando, por conseguinte, a estruturação de um sistema punitivo democrático.

A teoria garantista estabelece premissas de cunho epistemológico, axiológico e normativo com a finalidade de legitimar o Estado a partir da proteção dos direitos fundamentais e construir um modelo de direito penal mínimo, adequado a uma concepção ilustrada e democrática de Estado de direito, em que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais, de sua liberdade e da segurança coletiva.

No plano epistemológico, o garantismo se apresenta como um sistema cognoscitivo de poder mínimo segundo o qual o Estado-juiz age obedecendo a critérios de minimização de poder (convencionalismo penal) e maximização do saber (cognitivismo processual) judicial. No

³⁷ “Como quiera que los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal, debiéramos ser conscientes que la negociación posmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono de esos valores que siguen siendo básicos. Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado y que, em lugar de abandonar esse proyecto como uma causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad” (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?* In PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (ord): *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 13).

plano axiológico, o garantismo busca uma justificativa ético-política da qualidade, quantidade e necessidade da intervenção punitiva, representando a necessária legitimação dos custos do sistema punitivo. No plano normativo, tem especial relevo a separação entre legitimação interna e externa.

O garantismo também designa uma teoria jurídica que analisa a dicotomia entre o modelo normativo (geralmente garantista) e a prática de aplicação desse modelo (comumente antigarantista). Outrossim, para garantir a correlação entre o arcabouço teórico (planos epistemológico, axiológico e normativo) e sua aplicação prática, admite-se uma atuação jurisdicional “ativa”, autorizando o Estado-juiz a recorrer àqueles princípios fundamentais reconhecidos como limites substanciais à soberania popular na avaliação da correspondência substancial das leis que irá aplicar a fim de garantir sua validade (recurso à legitimação externa).

Todavia, essa faculdade é uma exceção na atuação jurisdicional garantista porquanto o juízo de validade substancial da lei constitui um juízo de valor. Logo, a teoria garantista justifica o acréscimo de poderes ao Estado-juiz exclusivamente quando estiver vinculado à prevalência dos direitos fundamentais e, em especial, das liberdades individuais, sobre o interesse público repressivo, em matéria de direito penal e processual penal.

Espaço Discente

Pentecostalismo no Brasil: uma pretensa ameaça política

Pedro Henrique Batista Barbosa*

Introdução

Muito tem sido discutido sobre o crescimento do movimento pentecostal pelo mundo no século XX, especialmente nas suas duas últimas décadas. Presente na maioria dos países católicos – ou até regiões – ele vem desafiado diversos estudiosos e líderes políticos na busca por suas possíveis causas e características. Num contexto global, a América Latina é o melhor exemplo desta enorme expansão. Nessa região, o Brasil é o mais proeminente caso.

Com uma população de aproximadamente cento e oitenta milhões de pessoas e sendo o maior país católico do mundo, o Brasil tem dezesseis por cento de seus cidadãos participando dessas igrejas. Observou-se um bem-sucedido processo de aculturação. “O pentecostalismo fez-se em casa na cultura brasileira, e não foi perturbado por algumas das exóticas parafernálias constitucionais.”¹ Tratando-se de um complexo movimento religioso com implicações a nível nacional, ele congrega variegados aspectos, sendo que um deles, o lado político, é o foco deste artigo.

Neste artigo de pesquisa, defenderei a tese de que o pentecostalismo é somente uma ameaça em potencial. De posse deste argumento, duas

Pedro Henrique Batista Barbosa é estudante de graduação do curso de Direito da PUC-Rio; bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC); e estudante do Programa de Intercâmbio Acadêmico Internacional da PUC-Rio, especificamente no âmbito do convênio bilateral com a *Sciences Po – Fondation Nationale des Sciences Politiques*.

¹ MARTIN, David. *Tongues of fire: the explosion of protestantism in Latin America*. Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 257.

questões emergem: por que ele seria uma ameaça ao estado nacional brasileiro (i.e., de forma a mudar o cenário político interno) e à identidade nacional brasileira, e por que ele seria uma ameaça em potencial?

Para atingir tal fim, estruturarei este artigo em cinco partes. A primeira será dedicada à discussão sobre o porquê do pentecostalismo ser considerado um fenômeno no Brasil. Num segundo momento, discursarei sobre o que consiste o movimento religioso e quando ele começou. Nas duas próximas partes, a relação do pentecostalismo com o cenário político e com a identidade nacional brasileiras respectivamente é o principal foco. Finalmente, após apresentar uma ampla variedade de razões para corroborar a minha tese, a quinta seção será destinada a uma conclusão no sentido de dar uma tentativa de resposta para os fatos analisados.

Para angariar uma melhor compreensão dos argumentos a seguir e do debate criado em torno das igrejas pentecostais, é assaz produtora explicar o porquê do crescimento desse movimento religioso ser visto como um fenômeno. Primeiramente, faz-se mister se ater aos números que refletem a expansão dessas igrejas. Em 1950, a porcentagem de evangélicos entre a população era 2,61%. Em 1980, esse número aumentou para 6,55% e, em 1991, para 9,59%. Em 2000, esse número alcançava 16,22%², sendo que a quantidade de fiéis unicamente pentecostais atingia a marca de 13,2%³. Somente na região metropolitana do Rio de Janeiro entre 1990 e 1992, cinco igrejas pentecostais eram erguidas por semana⁴; nove entre dez igrejas construídas nesse período eram pentecostais⁵, 700 no total⁶. Em se tratando do número de fiéis, ao redor de 29 milhões de brasileiros hoje em dia pertencem a essas igrejas.⁷ A Assembléia de Deus possui sozinha mais de nove milhões

² Censo 2000, IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/censo.

³ DROOGERS, Andre. *More than opium: an anthropological approach to Latin American and Caribbean Pentecostal praxis*. Londres: Lanham & London: Scarecrow, 1998, p. 2.

⁴ ORO, Ari Pedro. *Avanço Pentecostal e reação católica*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 10.

⁵ *Ibidem*.

⁶ COX, Harvey. *Fire from heaven: the rise of pentecostal spirituality and the reshaping of religion in the twenty-first century*. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1994, pp. 167.

⁷ SENGUPTA, Somini and ROHTER, Larry. *Where faith grows, fired by Pentecostalism*. NYT, Oct. 14, 2003.

de seguidores somente na América Latina,⁸ caracterizando-se como a maior do mundo.

Ao mesmo tempo, o que se observa é a perda de espaço da Igreja Católica no país, sem, todavia, ameaçar a sua incontestável hegemonia. Em 1950, os católicos representavam 95,01% dos nacionais. Em 1980 e 1990, a porcentagem baixou para 89,19% e 83,36% respectivamente. Em 2000, a marca atingiu 73,90%.⁹

Não é demais lembrar que, no período entre 1950 e 2000, o percentual de pessoas que se declararam sem religião também aumentou, o que denota um pequeno avanço do secularismo no país, todavia ainda ínfimo perto dos números alcançados na Europa. Em 1950, a parcela populacional sem religião consistia em irrisórios 0,21%. Esse valor subiu para 6,55% e 9,59% em 1980 e 1990 respectivamente, atingindo o marco de 7,34%.

Interessa mencionar que a grande parte do avanço dos evangélicos e dos sem religião e a refração dos católicos ocorreu nos últimos 25 anos, período de turbulentas crises econômicas e políticas no país.

Não só no meio urbano essa expansão surpreende, o povo indígena não fica de fora desse avanço. Tomando a categoria “cor ou raça”, o grupo em que há maior fatia de protestantes declarados é o dos indígenas. Entre eles, 22,4% se dizem evangélicos, contra a média nacional, de 18%.¹⁰ A presença de escolas-internato evangélicas no seio de comunidades indígenas vem se tornando cada vez mais comum, ainda mais com o acirramento da disputa entre diferentes denominações protestantes.

Num segundo momento, é espantoso abordar a expansão das igrejas pentecostais no exterior. Por exemplo, a Igreja Deus é Amor está presente em 26 países. A Igreja Universal do Reino de Deus possui filiais em 65 países¹¹.

⁸ ROLIM, Francisco Cartaxo. Pentecostalismo: Brasil e America Latina. Petrópolis: Vozes, 1995, pp. 129.

⁹ Retratos das Religiões do Brasil, Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: www.fgv.br/cps/religoes/Apresentação/Religiões_GuiadeBancodados.pdf.

¹⁰ PAIXAO, Marcelo. Cresce presença evangélica entre os índios. In: *Folha de São Paulo*, 18 de abril de 2005.

¹¹ CORTEN, André. Pentecostalism in Brazil. Nova Zelândia: Macmillan Press Ltd, 1999, p. 55.

Numa terceira etapa, é importante salientar a incrível presença de algumas dessas igrejas na mídia de massa. A Igreja Universal do Reino de Deus é dona sozinha do terceiro maior canal de televisão do país – TV Record – com 14 afiliadas e 30 estações de rádio. O Brasil é o segundo maior produtor mundial de programas evangélicos¹².

Preocupada com essa expansão e com a perda no número de fiéis, a Igreja Católica vem tentando dar uma resposta tardia com o movimento religioso intitulado Renovação Carismática, tomando emprestadas algumas das conhecidas características dos pentecostais e apelando também para lideranças carismáticas, papel desempenhado pelo Padre Marcelo Rossi.

Considerando a sua recente aparição no campo da política, as igrejas pentecostais vêm demonstrando uma crescente participação não só no nível municipal, mas também no nacional. A título de exemplificação, a Igreja Universal do Reino de Deus “possui vinte e seis deputados federais na Câmara dos Deputados, assim como deputados estaduais e vereadores.”¹³ Conta com 24 deputados estaduais espalhados pelo país. No Rio, são 3 vereadores. As bancadas já equivalem às de partidos pequenos a médios. Ela tem, por exemplo, quase 10% dos votos da Assembléia Legislativa do Rio: 6 em 70.

O atual governo alberga uma ministra que se diz pentecostal – Marina Silva, Ministério do Meio Ambiente – e já teve outra – Benedita da Silva, Ministério da Assistência e Promoção Social. Levando em conta o seu largo eleitorado e o seu amplo sucesso entre as camadas mais pobres e excluídas da sociedade brasileira, muito ainda tem que ser debatido sobre o potencial desse movimento pentecostal de pôr em xeque o estado nacional brasileiro e a identidade nacional brasileira.

Pode-se concluir a partir desses dados que, posto que a hegemonia católica esteja longe de ser ameaçada, houve nos últimos 25 anos uma mudança de comportamento associada à escolha religiosa dos brasileiros que figura entre os fenômenos sociais mais destacados do país.

¹² ORO, Ari Pedro. Avanço Pentecostal e reação católica. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 66.

¹³ DAVILA, Brenda. Pentecostal flames in contemporary Brazil. In: BEOZZO, José. Brazil: people and Church. Susin: Luiz Carlos; SCM Press, 2002, p. 96.

II.

Pentecostalismo, ou Pentecostismo, é uma religião protestante nascida do Protestantismo no início do século XX. Ele considera a crença no Espírito Santo como o seu maior trunfo, em volta do qual as outras crenças e práticas religiosas se situam. O nome provém de Pentecostes, uma festa religiosa judaica que celebra o dia em que o Espírito Santo “desceu” sobre os Apóstolos de Jesus Cristo, dando-lhes um renovado e confiável espírito e o poder de pregar o Cristianismo ao redor do mundo.

O ponto crucial do pentecostalismo está no seu batismo do Espírito Santo, que não é primeiramente sacramental como o rito do batismo com água. É um batismo emocional – é um intenso sentimento de contato com Deus. Essa emoção é expressa por meio de “falar em línguas”, o que se presencia durante os cultos. “Falar em línguas” é um traço comum a todas as igrejas pentecostais. Ele ocorre quando o fiel não segue nenhuma forma de rezar pré-estabelecida: ele consiste nem em recitar frases feitas ou puxar inspiração destas para improvisar preces ou salmos nem em culto ou adoração a algo, ele se trata unicamente do ato de rezar despojado de qualquer uso de linguagem. É um fenômeno muito particular de oratória que os lingüistas chamam glossolalia. De acordo com os pentecostais, glossolalia é uma dádiva divina, a língua de que o Espírito Santo se utiliza na comunicação entre os fiéis e Deus – é uma língua divina.

Sendo uma religião originariamente cristã, o pentecostalismo contém características em comum com o catolicismo: Deus Pai, Jesus Cristo e o Espírito Santo. Entretanto, a diferença está no fato de que não dispõe de missa nem dos sete sacramentos. Inexistem altares no templo e as imagens de santos não são aceitas como forma de adoração. Similarmente as outras igrejas protestantes, o pentecostalismo usa a Bíblia como um fundamento para as suas crenças, todavia ele prega o batismo no Espírito Santo, que em nenhuma forma existe nas primeiras.

A origem do pentecostalismo no Brasil remonta ao ano de 1910, quando a Congregação Cristã do Brasil foi criada. No ano seguinte, a Igreja Assembléia de Deus ganhou corpo. Segundo André Corten, essas igrejas fazem parte da primeira onda no processo de multiplicação do fenômeno (1910-1950). Uma segunda etapa seria inaugurada em 1950 e iria até 1975, incluindo as igrejas que se focavam na questão da “cura divina”, e a terceira, também conhecida como neo-pentecostalismo ou

pentecostalismo autônomo, vem até os dias atuais e caracteriza-se pelo televangelismo e a presença de fortes e carismáticas lideranças.

III.

Levando em consideração essa participação influente e o crescimento das igrejas pentecostais na política nacional, algumas questões emergem sobre até que ponto esse movimento põe em cheque o cenário político brasileiro. Está ficando cada vez mais claro que elas têm certas demandas as quais podem ser traduzidas em um programa político de modo a influenciar o processo de tomada de decisões no país. Por conseguinte, poderia ele ser um movimento político único com força suficiente para alterar o cenário político vigente, i.e., para assumir o poder como um grupo unificado de forma a pressionar a predominância de suas crenças ideológicas e religiosas?

Um argumento que tende a dar uma resposta afirmativa para esse imbróglío proposto é que o pentecostalismo está focado e é essencialmente composto por membros das camadas menos favorecidas da sociedade brasileira. Num país vitimado pela maior desigualdade social do mundo, esse grupo representaria aproximadamente 2/3 da população brasileira, o que constitui um imenso campo para a expansão de seu eleitorado. Consequentemente, considerando um possível crescimento dessas igrejas dentre os mais pobres, o movimento pentecostal representaria, potencialmente, um grupo político poderoso. A materialização dessa hipótese poderia desencadear profundas mudanças no cenário político atual e no formato do estado nacional brasileiro, delineando novos rumos nas políticas públicas de um jeito a atender as necessidades de seus fiéis.

Para uma maior compreensão desse argumento, seria produtora escrever algumas linhas sobre por que o apelo dos neoprotestantes toca mais de perto a massa de excluídos. Uma das razões seria a oralidade característica do movimento. Os cultos e as pregações dos pastores se valem de uma linguagem simples baseada na cultura oral popular. Usualmente, eles se adaptam às excentricidades de cada localidade, região ou grupo social, chamando a atenção das iletradas ou semi-iletradas camadas menos abastadas. Calcam-se ainda em uma forte carga emocional. O serviço pentecostal, visto como “culto quente” em comparação com o “frio” da Igreja Católica, surge com uma alternância

entre canções e homilias (orações, pregações, lamentações, bênçãos, informações etc.), o que permite uma grande participação do público presente. Diversos instrumentos musicais acompanham as músicas, produzindo um aumento do clima emocional do local. Nesse sentido, pode-se perceber a importância de se falar em línguas, que inclui a participação espontânea e simultânea de todos os fiéis, mormente, como previamente descrito, por meio de palavras sem sentido e gritos.

Outras razões podem ser encontradas na proximidade existente entre os pastores e os sectários da religião, que recebem atenção especial e individual. Toda a estrutura dos templos e dos cultos é designada de forma a criar um ambiente aconchegante e acolhedor para os pentecostais e aqueles que estão sendo convertidos à religião. Diferentemente da Igreja Católica, em que o padre tem de passar por um longo e seletivo período de estudo e preparação em um seminário, cada convertido é um missionário, um divulgador da salvação. Esse fato cria um enorme senso de auto-estima para pessoas vivendo sob uma cultura altamente religiosa e num contexto em que a falta das necessidades básicas para uma vida saudável e digna são contínuos. “Os presentes do Espírito Santo transformam os mais humildes desesperançados em pessoas com auto-estima. Aqueles que eram ignorados pelo mundo, em contrapartida ignoram o mundo.”¹⁴ De uma posição marginal, os pentecostais adquirem prestígio dentro da comunidade proporcionalmente à tarefa exercida e a sua performance em seus papéis, o que permite uma emergente mobilidade social. Tal fato poderia ser compreendido como uma compensação psicológica, um reembolso espiritual por tudo o que tanto os fiéis como os pregadores não têm acesso na vida terrena.

A prática devocional consubstanciada em ações místicas pode ser visto como uma razão para o movimento atrair tantos pobres. Na medida em que os pentecostais sabem das dificuldades e das angústias que os seus seguidores suportam, eles propõem uma explicação transcendental para as razões dos problemas e uma solução imediata para todos estes. Todas as mazelas sociais que a sociedade sofre são frutos da ação do diabo. As doenças, a miséria, a pobreza, a fome, o desemprego e as

¹⁴ DROOGERS, André. *More than opium: an anthropological approach to Latin American and Caribbean Pentecostal praxis*. Londres: Lanham & London: Scarecrow, 1998, p. 11.

problemáticas afetivas se devem aos maus espíritos. Em outras palavras, se os problemas vêm do campo espiritual para o material, a solução enviesada só poderia advir da arena espiritual para a material. Isto somente poderia ser granjeado através da conversão por meio do acolhimento do Espírito Santo quando se fala em línguas.

Esse tipo de discurso é bastante eficaz numa cultura cujas raízes remontam a influências de religiões africanas. Estas, por sua vez, buscam ajuda e soluções para os seus males diários com os orixás, espíritos que possuem o poder de estabelecer uma comunicação com o mundo material por meio de algumas pessoas especiais, comumente conhecidas como pais e mães-de-santo, que detêm o dom de “receber ou baixar o santo.” Além disso, uma numerosa parte da comunidade pentecostal é composta por imigrantes das áreas mais pobres do nordeste brasileiro, região onde as restrições de vida são tão onipresentes que a busca por saídas em poderes sobrenaturais é entendido como um alívio.

Outro juízo em prol do sucesso pentecostal entre os mais pobres seria o fato de a Igreja Católica ter sido vista por muito tempo como elitista. A atenção dos padres estava em sua grande parte direcionada aos membros das classes mais abastadas, enquanto que mal vestidos e alimentados eram discriminados. O fato das igrejas estarem concentradas nas áreas mais selecionadas das cidades, o que consistia num obstáculo para os mais humildes num país que é lembrado pelo seu sistema de transporte caótico e ineficiente, é um bom exemplo desse anacronismo. Enquanto isso, as igrejas pentecostais se proliferaram nas periferias em contato direto com a população que lá habita.

Com todos esses trunfos, as igrejas pentecostais tiveram em seu benefício o fato do Brasil vivenciar nas últimas décadas um crescente e constante processo de empobrecimento de sua população, aliado a uma cada vez mais explosiva desigualdade social. Foi com a aceleração dessa evolução que o pentecostalismo teve o seu momento de esplendor. A Década Perdida (80) e a Década Desperdiçada (90) criaram um cenário adverso às massas de pobres e excluídos que migraram para as grandes cidades, agravando o quadro da crise urbana nacional num contexto de ferrenha estagflação. Não é a toa que chama mais atenção o avanço da opção evangélica na parcela mais pobre da população. A presença pentecostal é maior do que a média (16,22%) em favelas (20,61%), periferias de regiões metropolitanas (20,72%), entre pessoas com até

um ano de estudo (15,07%), desempregados (16,52%) e migrantes recentes (19,17%). Ao mesmo tempo, os católicos são mais numerosos entre os empregadores—76,38%—e os mais escolarizados—74%, contra 10,3% dos neoprotestantes.¹⁵

Observa-se assim que o crescimento dos pentecostais é um fenômeno de periferia. Eles já representam 20,72% dos moradores de periferia metropolitanas. Na área rural, a predominância ainda é de longe católica (84,26%), muito acima da média nacional (73,90%). Ou seja, as populações rurais, ainda não desenraizadas, portanto, submetidas a modos de vida tradicionais e protegidas das pressões sociais urbanas, continuam tendo como grande opção religiosa o catolicismo.

O interessante é que, diferentemente do retrato traçado pelo sociólogo alemão Max Weber (1864-1920) em seu clássico “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, as religiões ditas pentecostais não se desenvolveram entre os mais abastados e mais escolarizados como na hipótese norte-americana. É possível aqui sustentar que a tese weberiana não se confirma no Brasil.

Weber defendia que o capitalismo pôde avançar graças à evolução das religiões protestantes, que não culpavam seus seguidores por acumular capital e ter progresso material. Pelo contrário, sustentavam que a riqueza estava em muito atrelada ao destino e esforço laboral de cada pessoa. A austeridade era uma virtude, e a riqueza, um sinal de graça divina. A ascese e a disciplina moral sobre as quais repousavam a possibilidade de salvação individual estimulariam, de maneira mediata, a chamado espírito capitalista.¹⁶

Estabelecendo uma comparação entre populações com as mesmas características e socioeconômicas e raciais, a renda dos católicos é 7% maior do que a dos evangélicos e 10% mais alta do que a dos sem-religião.¹⁷

Um segundo argumento que sustenta a questão proposta inicialmente concerne ao estilo de adoração pentecostal—já devidamente explicitado acima—que consistiria numa maneira de protesto social expressa em

¹⁵ Retratos das Religiões do Brasil, Fundação Getúlio Vargas. Disponível em www.fgv.br/cps/religoes/Apresentação/Religiões_GuiadeBancodados.pdf.

¹⁶ WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹⁷ Folha de São Paulo, 21 de abril de 2005, *Igreja Evangélica atrai fiéis excluídos no país*.

forma religiosa. O ato de falar em línguas denotaria um tipo de protesto que os excluídos—despossuídos de educação e do poder da fala culta e formal—usariam para serem ouvidos e para reclamar de seus problemas econômicos. Nesse ponto, a linguagem não-verbal adquire função dupla: trazer proteção para os seguidores e protestar contra condições anômalas de vida em sociedade. O que é observado nas igrejas e cultos é que quanto mais pobres são os fiéis, mais agressiva e enérgica serão as suas preces. Nessa linha, a glossolalia, com a sua característica não-verbalidade, denegaria a verbalidade das classes mais eruditas.

A proposta religiosa do pentecostalismo baseia-se em três trunfos: prosperidade, exorcismo e cura. Este último seria almejado numa forma de protesto contra políticas elitistas que reproduzem o modelo econômico excludente. Na medida em que se participa das seções de reza, percebe-se que o demônio é um dispositivo simbólico para designar mazelas sociais que oprimem a massa miserável; o seu exorcismo tratar-se-ia de uma revolta direcionada à desigual situação vigente. Logo, a atual divisão de trabalho na sociedade é negada no pentecostalismo. Nessas igrejas, “aqueles que em sociedade são excluídos de acesso aos meios econômicos de produção são transformados em sujeitos com livre acesso aos meios religiosos de produção.”¹⁸ A consciência desse protesto representaria um ímpeto aos pentecostais para incrementar a sua participação política num esforço para lutar no âmbito do poder contra essas deformações do sistema.

Uma possível terceira razão para a tese em debate consistiria que as igrejas pentecostais crescem e se expandem se utilizando da lógica empreendedorista de uma empresa, i.e., elas adotam o formato de uma organização empresarial. Todas as igrejas possuem uma hierárquica estrutura administrativa; visam o constante aumento patrimonial; mantêm uma divisão social do trabalho religioso e administrativo; vendem no mercado bens e serviços simbólicos; e sustentam um espírito de competição com as outras igrejas, especialmente com as religiões afro-brasileiras Umbanda e Candomblé. Sem para por aí, aproveitam-se da grande dependência da população brasileira para com a televisão, coordenando vários programas em canais nacionais.

¹⁸ DROOGERS, Andre. *More than opium: an anthropological approach to Latin American and Caribbean Pentecostal praxis*. Londres: Lanham & London: Scarecrow, 1998, p. 18.

Outro fator que ilustra bem essa lógica capitalista é a “comercialização do sagrado”. A religião e a economia são campos não distantes, possuem uma estreita relação entre si. O pentecostalismo constrói uma relação comercial entre dinheiro e milagre, estabelecendo uma representação positiva pra riqueza em conexão com a economia de mercado neoliberal. Nesse sentido, a idéia seria que o poder divino pode ser comprado, muito bem ilustrada pelo slogan: “quanto mais dinheiro você dá a Deus, maior será o milagre.” É evidente que, aliado a enorme capacidade de adaptação e aliciamento dos neoprotestantes, outro êxito deles estaria precisamente nessa promessa de recompensa material imediata. Consequentemente, o crescente poder econômico das igrejas pentecostais configuraria um trunfo se direcionado para a campanha política de seus candidatos ao braço legislativo do governo.

No entanto, todos os juízos recentemente apresentados não trazem qualquer certeza quanto à efetividade da transposição do poder religioso em força política capaz de alterar a composição do cenário político e dar novas direções às políticas públicas. Somente poderiam eles assegurar a potencialidade do movimento em atingir uma posição relevante na esfera política. Não obstante, o que mostrarei nos parágrafos que se seguem é que a probabilidade dos pentecostais se tornarem um movimento político poderoso de forma a questionar o *status quo* vigente é pequena.

Primeiramente, a atuação dos políticos pentecostais é totalmente desarticulada. Eles não formam uma bancada coesa no Congresso Nacional. Partidos políticos pentecostais são escassos, constituindo uma exceção o Partido Municipalista Renovador, da Igreja Universal do Reino de Deus, ainda sem expressão nacional. A regra é a dispersão em diferentes partidos. A atuação conjunta das diversas legendas só se concretiza em casos pontuais e polêmicos, que põem em cheque a fé religiosa, por exemplo, aborto, casamento gay, pena de morte e, mais recentemente, pesquisa com células-tronco e aborto de bebês anencéfalos. De fato, os políticos pentecostais se guiam mais pelos seus próprios interesses ou daqueles de sua comunidade. Logo, “o melhor que sua experiência política tem até agora oferecido a si próprios tem sido como papel de clientelistas numa rede de fisiologismo da era populista.”¹⁹ É comum

¹⁹ MARTIN, David. *Tongues of Fire: the explosion of Protestantism in Latin America*. Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 66.

observar após as eleições deputados pentecostais a trocar de legendas para aquelas mais “fisiológicas”. “Em vista de obter benefícios das autoridades civis”, como saneamento básico ou pavimento de ruas nas cercanias das igrejas, “os pastores se aproximam dos políticos barganhando a sua influencia sobre os eleitores.”²⁰

Num segundo momento, o tipo de protesto social expresso em práticas religiosas durante as orações é totalmente desarticulado. O ato de reza coletiva e de falar em línguas de forma alguma trará aos pentecostais uma consciência política passível de desencadear sua massiva participação política. Também é improvável que estruturariam uma oposição política concisa ao presente governo tendo como intenção direcionar o processo de tomada de decisões de maneira a abrandar ou mesmo atacar mais energicamente as desigualdades sociais. Não há qualquer inclinação revolucionária em seu estilo de oração; consiste meramente em um grito de palavras sem sentido, um alívio inconsciente para as dificuldades diárias. Ao mesmo tempo, a consideração como de origem espiritual ou sobrenatural das razões dos problemas materiais faz com que não se leve em conta as causas sócio-históricas dos problemas que enfrentam. A estrutura ideológica proposta pelos pastores confere uma satisfatória explicação para a exploração econômica, a manipulação política, a discriminação social e a desigualdade.

Por último, outro ponto de vista pode ser abordado no sentido de que os pentecostais não acreditariam na política. Para ficar mais claro, eles pregam a “proibição de vínculos seculares, dentre os quais a política está incluída.”²¹ A política é vista como um campo imundo, no qual o seu envolvimento está restrito a práticas clientelistas que visam satisfazer os seus interesses e necessidades imediatos. Não enxergam como um instrumento passível de desencadear uma transformação social, não há maneira de mudar o mundo atual. Pelo contrário, a única solução para esse mundo é a segunda vinda de Jesus Cristo, quem implementará o Reino de Deus, lugar onde todas as privações sociais inexistem.

Uma objeção a este argumento deve ser feita. É impossível generalizar essa assunção da repulsa dos pentecostais quanto à política, uma vez que o Brasil engloba um grupo de igrejas bastante heterogêneo e

²⁰ *Idem*, p. 259.

²¹ *Idem*, pp. 66

diversificado. Inexiste uma voz única que poderia falar em nome de todo o grupo; nenhum padrão pode ser entendido como universal. Resulta disso a existência de certas ramificações do movimento que investem numa atuação mais incisiva—politicamente falando— até a segunda vinda de Jesus Cristo. A título de exemplificação, a Igreja Universal “transforma o ato de votar em um ato quase religioso, ao extremo de se tornar um tipo de exorcismo do diabo presente na política e responsável pela corrupção.”²² Ademais, nos últimos anos, depois do processo de redemocratização observado no Brasil com a queda do regime militar em 1985, existe uma tendência de uma crescente participação política das igrejas pentecostais. A nova geração de líderes políticos enxerga esse contexto como uma maneira de expandir e solidificar a força do movimento.

IV.

Outro tópico concernindo o recente aparecimento e crescimento do pentecostalismo na esfera sócio-política da sociedade brasileira é o que trata da relação da religião com a identidade nacional brasileira. Uma consideração poderia ser levantada acerca da possibilidade do movimento constituir uma ameaça a ela. A ênfase aqui será para negar qualquer argumento que venha a dar suporte a essa hipótese, reafirmando a tese de que o pentecostalismo consistiria unicamente numa ameaça em potencial. Apesar disso, primeiramente, irei demonstrar alguns pontos de vista que poderiam ser levantados em favor da suposição acima.

De acordo com David Martin no seu livro “*Tongues of Fire*”, o pentecostalismo “separa as pessoas da sociedade mais ampla em vista de inseri-los em uma nova estrutura religiosa; eles eram ‘peculiares’ para fazer algo diferente.”²³ Esse processo é manifestado quando as igrejas pentecostais abrigam todas essas pessoas pobres, repudiadas por um sistema excludente e destituído de qualquer valor social, dentro de sua comunidade. No interior desta, é provisionado o que o Estado não foi capaz de fornecer: escolas, orfanatos, asilos, empregos e, mormente, auto-

²² DAVILA, Brenda. *Pentecostal Flames in Contemporary Brazil*. In: BEOZZO, Jose. *Brazil: people and church* (es). Susin: SCM Press, 2002, p. 97.

²³ MARTIN, David. *Tongues of Fire: the explosion of Protestantism in Latin America*. Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 259.

estima. Todos esses fatores representam o que Martin chama de “sociedade substituta.”²⁴ Novos valores profundamente influenciados por crenças religiosas e novas formas de estratificação social estão sendo desenvolvidas de uma maneira a contrastar aqueles presentes na identidade nacional brasileira. “As igrejas emergentes cumprem um papel fundamental como rede de proteção social, num momento de desconforto econômico. Elas substituem em parte o Estado, pois oferecem serviços sociais e cobram impostos, os dízimos.”²⁵

Em seguida, o pentecostalismo propõe, de um lado, a aceitação da disciplina e, de outro, uma oferta de participação a todos. A sociedade brasileira não oferece esse grau de importância a todos os seus cidadãos, pelo contrário, deve-se aceitar a ordem imposta pela opressão policial, mas sem qualquer reivindicação com relação à inclusão social. Ela reproduz o modelo de exclusão das sociedades capitalistas. Participação no mercado consumista é restrito a poucos endinheirados. Os pobres se sujeitam a não ter acesso a benefícios sociais adequados como educação e saúde, que deveriam ser providos a todos de forma igualitária. Tais vantagens concentram-se ao desfrute da elite, quem pode pagar por elas e não depende das deficiências dos sistemas legal e de saúde. No mais, para ser parte do estado nação, os menos abastados são obrigados a seguir a disciplina imposta por normas jurídicas e políticas públicas, cujo objetivo último seria garantir certos privilégios.

É nesse contexto que a convergência entre capitalismo e desigualdade social, que resulta na exclusão do pobre do processo de tomada de decisões e da sociedade inclusivista (lê-se consumista), pode tornar realidade o que Benedict Anderson chama de comunidade imaginária. Segundo o autor, uma nação “é uma comunidade imaginária—e imaginada como tanto inerentemente limitada como soberana”²⁶. Aplicando essa teoria ao caso do pentecostalismo, a construção desta comunidade religiosa fechada dentro dos limites de uma estrutura sócio-política mais ampla que é o estado nacional brasileiro constituiria numa ameaça para a

²⁴ Idem, pp. 258

²⁵ NERI, Marcelo. Igreja Evangélica atrai fiéis excluídos no país. In: *Folha de São Paulo*, 21 de abril de 2005.

²⁶ ANDERSON, Benedict. *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. London and New York: Verso, 1991, p. 6.

unidade da identidade brasileira e mostra a falha cometida em restringir a socialização a poucos.

A favor desse entendimento, poder-se-ia suscitar a pequena inclinação das igrejas pentecostais à tolerância religiosa ou ecumenismo, o que fica mais claro com o repúdio pentecostal às religiões afro-brasileiras, “representantes do diabo.” Valendo-se dessa estratégia para constituir a sua própria identidade confessional e atingir a sua hegemonia religiosa entre os pobres, o pentecostalismo pode aguçar o contraste entre “nós” e “eles” e criar um senso de peculiaridade do grupo, fato essencial para incentivar um movimento nacionalista.

Mais uma vez, nenhum dos argumentos presentes firma entendimento no sentido de poder constituir uma ameaça à identidade nacional brasileira. Tudo estaria em extremo contraste com a realidade brasileira e com a prática religiosa diária. Neste caso, é ainda mais difícil enxergar o pentecostalismo como uma ameaça potencial, face a enorme ausência de informações factíveis. Tal situação faz com que aqueles que acreditam nessa ameaça prever uma maximização dessas conseqüências num futuro distante.

Primeiramente, a idéia de “nós”, de peculiaridade que as igrejas pentecostais tentam passar aos seus fiéis, almejam garantir a continuidade do movimento e não criar um senso de nação ou até de comunidade histórica diverso. Os pentecostais estão imersos nos mesmos valores da sociedade brasileira, fazem parte desta. Eles votam, pagam impostos, usufruem de alguns benefícios sociais, trabalham — onde são reconhecidos pela sua honestidade e dedicação — e possuem o seu direito à liberdade religiosa assegurado constitucionalmente. Mesmo com a expansão internacional das igrejas pentecostais brasileiras, os missionários se apresentam como brasileiros e não pentecostais (no sentido de nação), e é comum ver em algumas igrejas no exterior a presença de símbolos (bandeira nacional, por exemplo) que expressam a cultura nacional.

É relevante ressaltar, como mencionado na introdução, que o pentecostalismo passou por um bem-sucedido processo de aculturação no Brasil. “Ele reproduziu algumas das características da sociedade brasileira.”²⁷ A cultura do patrão e do cliente assim como o clima de

²⁷ MARTIN, David. *Tongues of Fire: the explosion of protestantism in Latin America*. Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 257.

espiritismo, herança de um passado escravista, foram todos facilmente acomodados, como se pode ver na participação política e no estilo de reza pentecostais.

Outro comentário a ser feito é a definição da nacionalidade brasileira. O Brasil possui uma diversidade populacional marcante cultural e geograficamente, unida unicamente pela língua comum. Fruto da mistura de mais de 60 etnias, o país foi sempre símbolo de diversidade e de acomodação de diferentes culturas. No campo da fé, ele é famoso pelo seu processo de sincretismo, que deu cabo a um misto de diferentes religiões e culturas hoje entendidas sob a égide do gênero cultura popular. Logo, prever uma ameaça pentecostal à identidade brasileira é arriscado. Meus argumentos me levam a enxergar o movimento pentecostal como uma ameaça em potencial à identidade nacional brasileira.

V.

Antes de chegar à conclusão, seria notável deixar algumas considerações que ajudariam na compreensão de alguns dos argumentos aqui construídos e que dariam uma abordagem mais ampla de como o pentecostalismo foi imerso, por aculturação, no Brasil.

Assim posto, é mister atentar para a diversidade de igrejas e crenças existentes no Brasil. Longe de único, o movimento pentecostal brasileiro caracteriza-se pela sua ampla gama de igrejas que muitas vezes detêm desavenças quanto as suas doutrinas e ensinamentos. Por exemplo, a Igreja Universal é acusada de absorver diversas características das religiões afro-brasileiras nas suas orações.

Além disso, não é raro ver casos de líderes religiosos usando a fé para atingir interesses pessoais. O caso do bispo Edir Macedo da Igreja Universal ter sido acusado de vários crimes é perfeito. É evidente que essa relação abertamente mercantil que as igrejas pentecostais têm com seus súditos, cuja instituição do dízimo é a melhor tradução disso, abre margem para o surgimento de espertalhões dispostos a iludir pessoas não tão esclarecidas.

Ademais, o movimento pentecostal é demasiado paradoxal. Ainda levará tempo para se estruturar uma unicidade no seu pensamento religioso. Ao mesmo que se acredita que somente com a segunda vinda de Jesus Cristo que o mundo se transformará, estimula-se o fiel a trabalhar, visto que esta seria a única maneira de atingir a prosperidade

econômica. O caso emblemático do seu desenvolvimento político – em que uma descrença pela política contrasta com crescente participação nas eleições – é aplicável também.

Tendo em vista os aspectos levantados, pode-se ficar tentado a reconhecer que a crescente participação das igrejas pentecostais na política consistiria numa possível ameaça à identidade e ao estado nacional brasileiros, cuja possibilidade de materialização, como ficou claro, é pequena no curto prazo. Todavia, é reconhecível que sua crescente força pode ser um trunfo para futuros rearranjos políticos que refletiriam profundas mudanças sociais num país marcados por suas disparidades sociais e injustiças.

Bibliografia

- _____. **O que é Pentecostalismo?**. São Paulo: Vozes, 1987
- ANDERSON, Benedict. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. London and New York: Verso, 1991.
- ANTONIAZZI, Alberto. **Nem anjos nem demônios: interpretações sociológicas do pentecostalismo**. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- BURDICK, John. **Looking for God in Brazil**. Los Angeles: University of California Press, 1993.
- CORTEN, Andre. **Pentecostalism in Brazil**. Nova Zelândia: Macmillan Press Ltd, 1999.
- COX, Harvey. **Fire from heaven: the rise of Pentecostal spirituality and the reshaping of religion in the twenty-first century**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1994.
- DAVILA, Brenda. Pentecostal flames in contemporary Brazil. In: BEOZZO, Jose. **Brazil: People and Church**. Susin: SCM Press, 2002.
- DROGUS, Carol. **Women, religion and society: changes in Brazil's popular church**. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1997.
- DROOGERS, Andre. **More than opium: an anthropological approach to Latin American and Caribbean Pentecostal praxis**. Londres: Lanham & London: Scarecrow, 1998.

- FOLHA DE SÃO PAULO. **Cresce presença evangélica entre os índios**, 18 de abril de 2005.
- FREITAS, Cristiane. Ensaio. Monografia de conclusão de curso.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Retratos das Religiões do Brasil**. Disponível em: www.fgv.br/cps/religioes/Apresentação/Religiões_GuiadeBancodados.pdf.
- IBGE. Censo 2000. Disponível em: www.ibge.gov.br/censo.
- MARTIN, David. **Tongues of fire: the explosion of Protestantism in Latin America**. Oxford: Basil Blackwell, 1990.
- MOGHADAM, Assaf. **A global resurgence of religion**. Disponível em: <http://meria.idc.ac.il/journal/2001/issue1/moghadam.pdf>.
- NERI, Marcelo. Igreja Evangélica atrai fiéis excluídos no país. In: **Folha de São Paulo**, 21 de abril de 2005.
- ORO, Ari Pedro. **Avanço Pentecostal e reação católica**. Petrópolis: Vozes, 1996.
- ROLIM, Francisco Cartaxo. **Pentecostalismo: Brasil e America Latina**. Petrópolis: Vozes, 1995.
- SENGUPTA, Somini; ROHTER, Larry. Where faith grows, fired by Pentecostalism. NYT: Oct. 14, 2003.
- WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Tradução

Apocalypse soon – O Império de Antonio Negri

Alexander Stille*

[Tradução de Flávio Leão Pinheiro]**

O livro “Império – A Nova Ordem Política da Globalização”, de Michael Hart e Antonio Negri, quase se tornou um *best seller* internacional como obra acadêmica densa, com referências a Spinoza, a Marx e a Gilles Deleuze.

Traduzido para mais de doze línguas, ele se transformou em um livro *cult* entre os movimentos anti-globalização, admirado por acadêmicos de Berkeley e Buenos Aires a Londres e Paris. Certa vez, quando uma renomada universidade norte-americana aventou a possibilidade de contratar Negri, alguém observou que isso seria impossível, já que ele continuava cumprindo um longo período de prisão na Itália – embora, sob a forma de prisão domiciliar – por liderar uma “organização subversiva” durante a década de 1970, os anos mais violentos do terrorismo italiano.

*Artigo publicado no *New York Review*, volume 49, n.º 17, em 7 novembro de 2002, por Alexander Stille, autor de *Benevolence and Betrayal: Five Italian Jewish Families Under Fascism, Excellent Cadavers: The Mafia and the Death of the First Italian Republic*, e, o mais recente, *The Future of the Past*. Stille escreve no *The New Yorker*, *The New York Review of Books*, *The London Review of Books*, *The New York Times* e *La Repubblica*, sendo, além disso, editor chefe do *Correspondence*. Atualmente, Alexander Stille leciona jornalismo e história italiana na Universidade de Nova York.

* I libri del rogo (Roma: Castelvechi, 1997), p. 18.

** Flávio Leão Pinheiro é bacharel em Direito pela PUC-Rio; mestrando em Ciência Política no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ); e pesquisador do Observatório Político Sul-Americano.

O atual *status* de Negri, em muitos países, como um intelectual *superstar*, não poderia estar em maior contraste com sua situação na Itália, onde é visto, quase por unanimidade, com reprovação. “Império”, por exemplo, foi publicado na Itália, muito depois de sua publicação na Coreia, e, apesar de ter vendido o surpreendente número de 40,000 cópias, ele foi quase totalmente ignorado pelos críticos italianos. Em sua terra natal, Negri é o mais notório – como os italianos chamam – *cattivi maestri*, os professores maus, que envenenaram as mentes de uma geração, enviando dezenas de milhares de jovens para as barricadas, para se destruírem em prol de uma revolução comunista que nunca aconteceu.

Fora da Itália, Negri e seus companheiros foram capazes de utilizar suas batalhas judiciais para aumentar seu encanto carismático. Sua freqüente prosa maçante é considerada intelectualmente audaciosa. “Não estaria ele na prisão por ser um intelectual?” Michel Foucault teria dito, no começo dos anos 80 – uma citação que aparece em um *web site* norte-americano dedicado a Negri e à sua obra. De fato, é assim que Negri se apresenta para os jornalistas estrangeiros. Em uma matéria na revista *Lingua Franca*, as afirmações de Negri, de que ele nunca defendeu, em seus escritos, o uso da violência – uma afirmativa que provocaria espantosas gargalhadas de qualquer pessoa que viveu na Itália, na década de 1970 – foi aceita sem o menor espírito crítico.

Na Itália, o nome de Negri é identificado com o chamado julgamento *Sette Aprile*. No dia 7 de abril de 1979, ele e, mais ou menos, 80 companheiros foram presos, na maior repressão ao *Autonomia Operaia*, movimento que então liderava. Negri foi acusado de ser, por baixo dos panos, o estrategista das Brigadas Vermelhas, a principal organização terrorista italiana, e de ter tido, entre outras coisas, envolvimento direto com o seqüestro do ex-primeiro-ministro Aldo Moro. Nem essas, nem a maioria das outras acusações sérias contra Negri, mantiveram-se no tribunal. Dezenas de membros de seu movimento político foram presos, por anos, aguardando julgamento, tão-somente para serem totalmente absolvidos. Negri foi condenado da mais obscura acusação: comandar uma “organização subversiva”. “Eles me condenaram, simplesmente, por crimes de opinião”, ele me disse, quando nos falamos, no ano passado, em Roma, no apartamento em que fica, enquanto tem que reportar seus movimentos à polícia. Atoes terroristas, praticados por “alguns” jovens, ele disse, deu ao governo a oportunidade de reprimir o movimento

radical que, embora não praticasse terrorismo, representava algo muito mais perigoso, uma verdadeira alternativa ao sistema capitalista. Negri fugiu para a França, e retornou, alguns anos atrás, para viver em prisão domiciliar.

Mas, distinguir crimes de opinião de terrorismo, na Itália do final da década de 1970, não é tão fácil. Se por um lado, Negri pode não ter tido nenhum conhecimento específico prévio de ações ilegais; por outro lado, seus companheiros, respondendo ao chamado por “ilegalidade de massa” e de “guerra civil permanente”, cometeram, literalmente, milhares de atos violentos, incluindo uso de coquetel *molotove* incêndio de carros, disparos de armas de fogo em comícios, espancamentos e tiros nos joelhos de seus inimigos políticos. Nem era absolutamente verdadeiro o fato de Negri ter sido condenado tão-somente por crimes de opinião: magistrados o consideraram responsável por assaltos à mão armada praticados para financiar a revista que Negri publicava – uma prática comum do movimento, chamada “expropriação proletária”.

Tudo isso começou a assumir mais do que um interesse acadêmico. Como o livro de Negri e Hart – este, professor assistente de literatura em Duke – tornou-se popular na esquerda, os autores começaram a ser atacados pela imprensa conservadora, especialmente depois do 11 de setembro. O chefe de redação do *New Republic* culpou Hart e Negri por terem ajudado a criar o ambiente que encorajou os protestos violentos em Gênova, e até mesmo o ataque ao *World Trade Center*. O *National Review* trouxe à tona todas as antigas acusações contra Negri, como o mentor intelectual das Brigadas Vermelhas e do seqüestro de Aldo Moro.

Houve, assim, muita distorção dos fatos sobre Negri e o livro “Império”. Na esquerda, há a tendência de encobrir seu passado e apresentá-lo como um novo Giordano Bruno, o livre pensador queimado na fogueira, em 1600, em razão de suas idéias hereges. Na direita, há a tendência de demonizá-lo como o líder secreto das Brigadas Vermelhas e acusar “Império” de ser um veemente ataque à globalização, e, particularmente, aos Estados Unidos.

Ambos, acredito, estão errados. Negri não era o mentor intelectual das Brigadas Vermelhas, que agia por de baixo dos panos, como “Império” é, de longe, o livro mais moderado escrito por Negri. A obra não defende protestos violentos, e sua atitude frente à globalização não é, de forma alguma, negativa. O que é surpreendente sobre “Império”, particular-

mente para aqueles familiarizados com o histórico de Negri de estimular idéias extremistas, é que ele recepciona a globalização considerando-a preferível à antiga forma do capitalismo, que estava estreitamente conectada ao Estado-Nação. Para Negri e Hart, o alcance mundial da circulação de bens e serviços, por meio do comércio internacional, é um sistema muito mais aberto do que o da diplomacia das canhoneiras e das conquistas imperiais de terras estrangeiras. Em um mundo dominado pelo comércio global e pelos negócios multinacionais, o papel do Estado-Nação foi reduzido, fronteiras estão desaparecendo, e a guerra tem que ser evitada, pois é ruim para os negócios. “Império” – o termo empregado por Negri e Hart para descrever a nova ordem global – é, eles afirmam, fundamentalmente diferente do antigo imperialismo denunciado por Lênin. “Império” procura harmonizar as relações entre nações – que são vistas como potenciais parceiros comerciais – desenvolvendo uma série de “valores universais”, incluindo não somente o respeito pelos direitos humanos e pelo devido processo legal, mas também pelo direito de propriedade. “A batalha para desafiar o império e subvertê-lo, assim como a batalha para construir uma alternativa real”, eles escreveram, “ocorrerão, então, no próprio solo imperial – de fato, esses novos desafios já começaram a emergir”.

De certa forma, o livro, cujo texto foi escrito há mais ou menos três anos, antecipou o atual movimento anti-globalização, liderado por grupos de manifestantes transnacionais, muitos deles não violentos, os quais se organizam por meio da internet e se movem entre lugares tão distantes quanto Seattle, Gotemburgo, Nice, Gênova e Washington. A luta de hoje é sobre acesso à tecnologia, melhor distribuição de recursos entre os países pobres e o direito de preservar valores culturais em face da *mass media* internacional.

Apesar de “Império” ser fortemente crítico ao capitalismo, seu tom é relativamente moderado: encontram-se poucas palavras do vocabulário marxista-leninista, como “ditadura do proletariado”, que caracterizava os primeiros trabalhos de Negri. O livro é cuidadoso ao defender uma “democracia alternativa”, por meio da qual as vítimas do império criarão movimentos de populares massa, abrindo organizações internacionais fechadas, como o Banco Mundial (Bird) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Qual é, então, a relação entre o Antonio Negri de “Império” com o ideólogo extremista que escreveu seus primeiros trabalhos? Como o principal *cattivo maestro* da Itália transformou-se no *maître à penser* da aldeia global? Negri, professor de filosofia política na Universidade de Pádua, primeiro, tornou-se conhecido como um dos fundadores de um movimento chamado *Potere Operaio*, um dos mais importantes grupos da esquerda radical que emergiu dos protestos estudantis de 1968. Em um período de constantes greves, ataques e ameaças de golpe por parte da direita, o discurso do *Potere Operaio* era, particularmente, incendiário: “A democracia é o rifle sobre os ombros do trabalhador”, anunciava uma típica capa da revista do movimento, em 1971. “Proletários. Devemos nos rebelar. Devemos nos organizar. Devemos nos armar.”, declarava uma outra.

Em meados da década de 1970, como o Partido Comunista italiano se deslocava para o centro, tentando formar um governo de coalizão com os cristãos democratas que se encontravam no poder, por meio do acordo conhecido como o “compromisso histórico”, a extrema esquerda, que, até o momento, havia mantido a possibilidade de cooperação, entrou em crise. Alguns grupos revolucionários, como o *Potere Operaio*, dissolveram-se. Muitos radicais, à margem do Partido Comunista, defrontaram-se com o que eles viam como a difícil escolha entre reentrar no mundo da política partidária convencional ou se comprometerem com a luta armada, sozinhos. Foi nesse período, que o terrorismo de esquerda emergiu como um elemento de destaque e no qual Negri produziu os escritos teóricos pelos quais ele é, ao mesmo tempo, conhecido e criticado.

Negri respondeu à crise da extrema esquerda fundando, em 1977, um novo grupo chamado *Autonomia Operaia*, que compartilhava com as Brigadas Vermelhas o objetivo da revolução violenta e armada, mas que tinha, em relação ao terrorismo, uma atitude complexa e ambígua. Não era, a rigor, uma organização terrorista. A filiação nas Brigadas Vermelhas era secreta; o *Autonomia* anunciava suas idéias abertamente nas ruas. As Brigadas tinham uma hierarquia rígida e regras de estilo militar; o *Autonomia*, ao contrário, não era hierarquizada e a anarquia prevalecia em sua organização interna. Ao invés de promover o terrorismo, definido como o assassinato de civis inocentes, Negri defendia o que chamava de “ilegalidade de massa”, que tomou várias formas,

desde a ocupação de prédios abandonados e a recusa de pagamento de tarifas de ônibus a ações mais violentas como sabotagem em linhas de montagem, assalto a bancos ou a supermercados, agressão e intimidação aos oponentes políticos.

Negri, agora, defende seus primeiros trabalhos e posições políticas, insistindo que ele sempre foi um democrata libertário, um revolucionário anti-soviético; antes um profeta do radicalismo pós-moderno do que um defensor da velha escola marxista-leninista. Ele rejeita a idéia de que defendia – para não dizer, que praticava – o terrorismo. É verdade que Negri e os intelectuais do *Autonomia* eram muito mais sofisticados teoricamente do que as Brigadas Vermelhas. De certa maneira, as Brigadas seguiam o modelo revolucionário ultrapassado, do começo do século XX, ao estilo do ataque bolchevista ao Palácio de Inverno em Moscou. O objetivo das Brigadas era “atacar o coração do Estado”, por abaixo o governo. Negri afirmava que o capitalismo dos anos 70 estava em rápida mutação, que o Estado estava tornando-se cada vez mais irrelevante no mundo multifacetado do capitalismo internacional. Assim, ele argumentava, deve-se “desarticular” – e.g., separar nas juntas – o sistema capitalista em “todas as suas manifestações”, criando um estado de “permanente guerra civil”. O proletariado, cuja definição ele ampliou, para incluir estudantes e professores, criaria seu próprio poder “autônomo”, por meio de uma variedade de ações ilegais, incluindo a ocupação de prédios públicos, utilização de bombas caseiras em manifestações, incineração de carros da polícia, interrupção de aulas nas universidades ou por meio de “expropriação proletária”, como assaltos a bancos.

Ao invés de se deixar abater pelos eventos subseqüentes, Negri insiste que o seu trabalho estava à frente do seu tempo, que ele era mais um profeta dos efeitos da globalização do que um bolchevista ultrapassado. Assim como tudo que Negri diz, existe uma certa dose de verdade nisso; contudo, combinada com uma forte dose de revisionismo subjetivo da história recente. É verdade que Negri foi rápido ao compreender as mudanças no capitalismo durante meados dos anos 70. A crise do petróleo, de 1973, trouxe recessão e as fábricas começaram a se reorganizar com um corte de sua mão-de-obra, introduzindo a automatização e o uso de robôs. O início da economia pós-industrial significava o encolhimento da classe dos operários e a expansão dos empregos na área de serviços. Os principais sindicatos e o Partido

Comunista italiano reagiram adotando uma política de maior cooperação com o patronato, tentando minimizar o prejuízo dos trabalhadores na reestruturação da indústria. Eles negociaram melhor os seguros-desempregos e as pensões para as vítimas da recessão e ajudaram a criar um dos mais generosos sistemas de previdência social europeu. Em suma, ao tentar implementar o “compromisso histórico”, os comunistas italianos deixaram claro que queriam que sistema capitalista desse certo, não desejando subvertê-lo.

Essa posição, na visão de Negri, ignorava o potencial revolucionário da economia pós-industrial, com a proliferação de trabalhadores precários e marginais de meio expediente, como também de estudantes e intelectuais afetados pelo processo de reestruturação. Negri enfatizava a mudança da industrialização para o que ele chamava de *lavoro immateriale*, a indústria de serviços e de produção não-industrial. Os novos proletários “autônomos”, acreditava, eram revolucionários por natureza, enquanto os comunistas italianos estavam presos à dicotomia, prevalecente no início do século, entre trabalhadores industriais e empregadores. Ele ignorava, no entanto, o fato de que os trabalhadores do setor de serviço, tanto na Itália como nos Estados Unidos, compartilham os mesmos valores políticos e inclinações da maioria da classe média.

Negri argumentava que ele antecipara a fragmentação da vida econômica da era pós-industrial. “Nós vimos que o antigo modelo industrial do “fordismo” (capitalismo de linha de montagem) esgotava-se”, ele me disse, quando o encontrei em Roma. “Estávamos interessados na revolução baseada na prosperidade, não nas revoluções terceiro-mundistas. Estávamos interessados na mais alta forma do desenvolvimento capitalista. Ao contrário de muitos na esquerda, não éramos anti-americanos. Considerávamos os Estados Unidos como uma fonte da inovação ... Éramos totalmente anti-soviéticos. Posso assegurar-lhe que eu estava entre os primeiros a estourar uma garrafa de *champagne* quando o muro de Berlim veio abaixo”.

Negri insiste, assim, que, mesmo seus apelos aos trabalhadores, para a sabotagem, eram avançados para a época. A nova tecnologia tornou obsoleta a maçante e repetitiva linha de montagem. Logo, ele afirma, a sabotagem nas indústrias era mais um chamado ao trabalho pós-industrial humano do que uma rejeição ludista à tecnologia. A ênfase no “trabalho

não-industrial”, ele diz, antecipou o crescimento da economia da informação. O fracasso do seu movimento, insiste, não foi causado por alguma falha inerente à estratégia adotada, mas pela malícia de seus oponentes, sobretudo do Partido Comunista italiano, o qual aderiu obstinadamente à política de respeito à legalidade e adotou uma posição cada vez mais intransigente contra o terrorismo da esquerda. “Eles foram muito duros conosco”, Negri me falou. “Se eles tivessem considerado a possibilidade de negociação durante o seqüestro de Moro, negociação à qual nós éramos favoráveis, poderia ter havido a chance de compromisso para se realizar um *riformismo forte*”. Negri parece ter esquecido que alguns de seus ataques mais violentos foram proferidos contra a “reforma” e que, mesmo hoje em dia, ele considera o assassinato de Moro mais como uma mera falha estratégica do que um crime cruel e terrível.

Em uma surpreendente mostra de arrogância intelectual, Negri, no prefácio da nova edição dos seus escritos políticos da década de 1970, considera o moderno capitalismo global como sendo uma resposta aos protestos radicais do tipo que ele liderou nos anos 70: *Para atingir a hegemonia, a classe política capitalista tinha que aprender a lição dos anos 70 e se organizar como um movimento... Nós, que antecipamos esse [novo] modo de produção do espaço público [incluindo o réseau, ou a internet]... não ficamos muito surpresos com essa nova expressão política do capital.* [*]

Ao ler isso, poder-se-ia supor que os inventores da internet debruçaram-se, avidamente, sobre cópias de *Dominio e Sabotage*.

Para ser justo com os trabalhos de Negri da década de 1970, seus comentários sobre as mudanças econômicas do período – a crise do petróleo, em 1973, o abandono do padrão ouro pelo governo Nixon, a emergência de novas categorias de trabalho – continha elementos de originalidade, mas não eram tão originais assim. Livros como “O Chegada da Sociedade Pós-industrial”, de Daniel Bell, escrito sob uma perspectiva liberal e democrática, chamou a atenção para muitas das mesmas tendências. Negri foi singular por ter feito isso estando na extrema esquerda.

Além do mais, sua versão retrospectiva da década de 1970 encontra-se profundamente distorcida. Enquanto Negri possa ter sido, no seu íntimo, anti-soviético, em público, ele não criticava a União Soviética. Capas da *Potere Operaio* traziam Lênin discursando para a multidão na praça Vermelha, e, em 1977, Negri publicou um livro intitulado “33

Lições Sobre o Leninismo”. No que diz respeito às tendências econômicas nos Estados Unidos, o fenômeno norte-americano que Negri parece ter achado mais atraente foram os saques que se seguiram após o *blackout* em Nova York, em 1976 – um exemplo da “ilegalidade de massa” que prometia uma revolução iminente.

Nos escritos de Negri dos anos 70, trechos ocasionais de análises lúcidas encontram-se misturadas em meio a uma prosa ilegível, que combina conceitos tradicionais da corrente marxista-leninista, como, por exemplo, ditadura do proletariado, com emprego de idéias dos pós-estruturalistas franceses, apimentada com a retórica D’annunziana, em celebração à violência política: *A vanguarda do partido dos trabalhadores deve, a partir de hoje, mover-se com força contra esse projeto [a reestruturação da economia], com grupos armados... É tão-somente a organização armada com todo o proletariado que vencerá*. De fato, os escritos de Negri desse período não deixam espaço para compromissos e são extremamente violentos em relação a seus oponentes. “Os adversários devem ser destruídos”, ele escreveu no artigo “Marx, Além de Marx”. Em “Dominação e Sabotagem”, ele escreveu “Nenhuma piedade aos nossos inimigos!”.

Você não acha, eu perguntei a Negri, que demonizando seus adversários políticos e dizendo aos seus companheiros para não ter piedade para com os inimigos, você estimulou a violência naquela período? “Aquilo foram as Brigadas Vermelhas”, ele disse, “eu nunca escrevi ‘nenhuma piedade aos nossos inimigos’”. Quando lhe mostrei aquela exata frase em “Dominação e Sabotagem” ele reagiu com inesperada irritação: “Eu já paguei por esses escritos! Não estamos em um tribunal aqui. Eu já paguei!”

Não é difícil imaginar como alguns magistrados italianos devem ter associado os escritos de Negri às ações de seus companheiros. No final dos anos 70, Negri escreveu sobre violência com paixão erótica e se identificava com o *autonomi* que usava máscara de *ski* enquanto praticava atos de violência: *Eu vivo a vida de tocaieiro, de desviante, de criminoso e de trabalhador que não aparece no trabalho. Toda vez que eu coloco minha máscara de ski, eu sinto o calor da presença do proletariado, a comunidade trabalhadora à minha volta... Toda ação de destruição e sabotagem representam, pra mim, a manifestação da solidariedade de classe. Nem mesmo o eventual risco me incomoda; pelo contrário, ele provoca excitação fervorosa, como aquela que surge quando se espera pela amada. Nem a dor do meu*

adversário me afeta; a justiça proletária tem a força produtiva da autoafirmação e a faculdade da convicção lógica.

Enquanto Negri, agora, tacha essas passagens como mero excesso retórico, durante a década de 1970, seus alunos e seguidores aparentaram ter levado seus incitamentos à violência ao pé da letra. Professores e ex-alunos da Universidade de Pádua, onde Negri lecionou, descreveram um regime de terror, no qual, por mais ou menos três anos, os *autonomi*, que consideravam Negri seu principal líder, invadiam prédios, interrompiam aulas, calavam seus opositores, detonavam bombas, humilhavam e agrediam professores e intimidavam alunos dissidentes. Durante as chamadas “Noites de Fogo”, o *Autonomia* explodiu bombas em diferentes localidades em Pádua e em seus arredores.

As ações, que Negri chamava de “auto-afirmação operária”, assumiram, definitivamente, formas grotescas: sob ameaça de agressão, um professor de mais idade foi forçado, por um *autonomi*, a dar uma prova oral a um cachorro. Guido Petter, professor de psicologia, que havia apoiado os protestos de 1968, fora agredido de forma tão violenta com barras de ferro, que foi hospitalizado. Oddone Longo, professor de literatura grega antiga e diretor do departamento de literatura, foi também brutalmente agredido por três *autonomi* que usavam máscaras de *ski* e portavam chaves-inglesas. Esse ataque foi particularmente covarde, pois Longo era manco e andava com extrema dificuldade, não podendo nem sequer se defender ou fugir. Ele conseguiu proteger a cabeça com as mãos, quando eles tentavam acertá-la, tendo, assim, os ossos das mãos quebrados.

Junto ao esforço de manter a normalidade das aulas no seu departamento, a principal afronta cometida por Longo ter foi ter ingressado no Partido Comunista Italiano – o *bête noire* de Negri e do *Autonomia*. Quando eu perguntei a Negri sobre as agressões cometidas contra professores de sua antiga universidade, ele as minimizou, dizendo que foi trabalho de “alguns alunos estúpidos”, pelas quais ele não tem nenhuma responsabilidade, e, além do mais, sentiu-se desconfortável por eu ter levantado essas questões. Mas, se por um lado, Negri discordava do que estava ocorrendo em Pádua; por outro lado, naquele momento, ele não se opôs às ações.

Entre 1977 e 1979, o ponto alto da popularidade do *Autonomia*, houve 817 ações, entre sabotagens e atos de vandalismo – explosão de

bombas, coquetel *molotov*, queima de carros e invasão de propriedades. Foram também cometidas, na região de Veneza, 174 agressões contra civis e 206 “expropriações proletárias” pelos protestantes da esquerda, a maioria delas em Pádua. Enquanto muita gente inocente foi presa, em 7 abril de 1979, entre aqueles suspeitos por esses e outros atos (a maioria, os teóricos e os líderes), 150 *autonomi* foram condenados, em Veneza, por ações e crimes específicos – a repressão ao *Autonomia* pôs um rápido fim à violência “política” na região.

Condenar Negri por seu envolvimento com o *Autonomia*, no entanto, representaria desconsiderar a nova direção que seu trabalho tomou nos últimos anos. Negri conseguiu abandonar algumas de suas premissas, enquanto argumenta, irritado, que ele continua perfeitamente coerente. “Império”, talvez por influência do seu co-autor, Michael Hardt, é o livro mais claro e legível escrito por Negri. Até mesmo para os países subdesenvolvidos, o Império é menos violento e mais incerto do que o velho imperialismo, escrevem eles; agora é muito mais difícil de determinar quem está controlando ou influenciando quem, especialmente com o advento da internet. Ambientalistas e defensores dos direitos humanos, argumentam, transformaram-se, de forma involuntária, em agentes do Império, abrindo o caminho para uma ordem econômica baseada nos direitos individuais; contudo, ainda têm potencial para disseminar a oposição. Aproveitando idéias de Michel Foucault, de maneira questionável, eles argumentam que interesses em direitos humanos e no meio ambiente, considerados “valores universais”, têm permitido que países mais poderosos intervenham nos assuntos domésticos dos países menos poderosos, como por exemplo, a Bósnia. O fato das organizações não-governamentais protestarem contra prisões ilegais, tortura, fome e limpezas étnicas, e, ao mesmo tempo, criticarem governos ocidentais não parece ter chamado a atenção de Negri e Hardt.

Astutamente, eles observam que, pelo fato dos manifestantes anti-globalização protestarem nos encontros internacionais do G-8 e do Bird, ao invés de diante da Casa Branca, a noção de soberania mudou e que os manifestantes entenderam, naturalmente, que o Império não depende da vontade única de um só Estado-Nação, confirmando suas próprias assertivas. Há, no entanto, vários aspectos sobre os quais o livro “Império” sofre das mesmas falhas dos primeiros trabalhos de Negri. Ao mencionar alguns dos desafios à globalização, ou, tentativas para se desenvolver

movimentos autônomos que escapem à ela, os autores citam vários momentos de revolta popular, incluindo os protestos na Praça da Paz Celestial, os tumultos em Los Angeles, após o caso Rodney King, protestos a favor da democracia na Coreia do Sul, a intifada palestina e a revolta zapatista em Chiapas. Nessa lista, não há menção alguma às maiores revoltas da história recente: os protestos que derrubaram os governos comunistas do bloco soviético, da Estônia, Lituânia, Letônia, Ucrânia e Rússia à Bulgária, Alemanha Oriental, Polônia, Checoslováquia, Hungria e Romênia. Esses povos não somente destronaram o poder comunista, pelo qual Negri e Hardt nutrem simpatia; eles optaram, claramente, por participar do sistema econômico mundial e da cultura consumista do Império.

Pela abordagem concedida ao sistema soviético, Negri e Hardt são benevolentes para com ele, retratando-o como “uma sociedade marcada por fortes instâncias de criatividade e liberdade”. Na visão deles, o sistema superou seus objetivos, alcançando muitas de suas metas: sua queda representou “a morte em razão da vitória socialista da modernização”. Poder-se-ia pensar que qualquer tentativa séria para reviver o comunismo teria que reconhecer que sociedades comunistas do passado e do presente, sem exceção, dependeram da força e da coerção. A qualquer momento que os cidadãos desses países puderam optar pelo regime, os comunistas caíram.

Como em seus primeiros trabalhos, Negri considera válidas a maioria das formas de rebelião. Ele e Hardt exaltaram os tumultos em Los Angeles, os Zapatistas e os protestos em Seattle e Gênova como expressões positivas de liberação de energia, não obstante as diferenças nos objetivos. “Todos os movimentos são, por natureza, subversivos”, afirmam, com o termo “subversivo” sempre apresentando sentido positivo no trabalho de Negri. Heranças dos primeiros escritos de Negri, nos quais a violência cometida pelo proletariado deve ser, automaticamente, considerada algo positivo, porque é uma forma de fortalecimento do trabalhador. Eles substituíram, no entanto, a antiga divisão entre “massas” e o “proletariado” pela nova distinção entre “multiatidade” e “Império”.

“A multiatidade é a verdadeira força produtiva do nosso mundo social”, Hardt e Negri escrevem, enquanto Império é um mero aparato de captura, o qual vive somente da vitalidade da multiatidade – como Marx diria, um regime vampiro de trabalho morto acumulado, que vive

tão-somente para sugar o sangue dos vivos. O efeito do comércio global sobre as pessoas em lugares como a China, Indonésia e a África Sub-sahariana não interessa a Negri; nem a necessidade desses povos no que diz respeito à educação, à assistência médica e aos direitos da mulher. Diferente de certos críticos da globalização, como Joseph Stiglitz e George Soros, eles não demonstram interesse nos atuais trabalhos das agências internacionais de investimento e de como elas podem mudar suas políticas para melhorar a situação de países pobres. Não produzem nenhum estudo para avaliar se algum país, em particular, está pior ou melhor com o advento da globalização.

Para descrever o novo movimento revolucionário, Negri e Hardt trazem o termo *posse*, verbo latino que significa estar ativo, ter poder, o qual combina a aparência de erudição clássica, com o charme das patrulhas dos cidadãos nos *westerns* norte-americanos e a gíria do momento, utilizada pelos grupos de *rap* contemporâneos, para se referirem aos seus parceiros. Ao darem continuidade às suas visões maniqueístas, Negri e Hardt se apropriam e reverterem a linguagem de Santo Agostinho, em “Cidade de Deus”, apresentando um prospecto alternativo da Cidade dos Homens, a quem eles dizem não terem nada para sugerir:

Esse é o ponto onde a república moderna cessa sua existência e a posse pós-moderna emerge. Esse é o momento inaugural da cidade terrena, que é mais forte e distinta do que qualquer cidade divina... Nós não temos nenhum modelo para oferecer para esse evento. Somente a multitudine, por meio de sua experimentação prática, irá oferecer os modelos e determinar quando e como as possibilidades se tornarão reais. “A posse, escrevem, “produz os cromossomos de sua futura organização”.

Como nos trabalhos de Negri dos anos 70, aqui, a retórica apocalíptica toma o lugar do programa político.

Quando conversei com um amigo de Negri e ex-líder do *Potere Operaio*, Franco Piperno, ele disse, em um momento sincero e de desabafo: “sabe, provavelmente foi uma coisa boa nós não termos ganhado, porque não tínhamos a menor idéia do que fazer”. Que essas dúvidas parecem não perturbar Negri, representam sua força e sua fraqueza. Diante da derrota política – julgamento, prisão, exílio, desmantelamento do movimento, colapso do comunismo – Negri inaugurou a chamada para uma nova visão radical para a era global. Sua

retórica confiante e otimista, em um tempo que grande parte da esquerda já desistiu da revolução, é, em grande parte, o seu charme. Mas, como antes, ela é uma visão baseada em pouco mais do que na mística do protesto e na recusa em responder, em detalhes, a velha pergunta: “O que deve ser feito?”.

Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos

Promovido pelo Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio com o apoio da Coordenação de Monografias.

Do armário à vitrine: o empoderamento de minorias sexuais e a demanda de reformas legais (uma questão de direitos humanos)¹

Aníbal Guimaraens *

1. Introdução

A expressão “do armário à vitrine” representa o esforço de abranger o *iter* percorrido entre o homossexual proustiano - ainda que desafiado pela audácia de Oscar Wilde face à rigidez vitoriana de suas épocas - e o sujeito político-sexual contemporâneo². De um enrustimento mais do que desejável - porque exigido - a uma saudável visibilidade - resultado de um crescente orgulho? -, um longo caminho vem sendo trilhado. Todavia, são muitas ainda as nuances existentes. Algumas vezes aqueles dois indivíduos convivem em um mesmo espaço e, às vezes, até mesmo se sobrepõem, num aparente antagonismo de postura, auto-percepção quanto a sua dignidade, e expectativa de felicidade pessoal.

Entretanto, se estabelecido o período compreendido entre a Grécia Clássica e o ano de 2001 de nossa era - quando nos Países Baixos se deu o reconhecimento à igualdade e à legalidade ao casamento entre pessoas

* Aníbal Ribeiro Guimarães, Jr. é pesquisador em sexualidade, gênero e direitos humanos; bacharel em Direito pela PUC-Rio, com ênfase em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais (IRI); Coordenador-Científico da Comissão de Política Social da OAB/RJ; Editor-Assistente para a América Latina do *Journal of Gay and Lesbian Issues in Education*; e membro, tradutor e colaborador da ILGA (International Lesbian and Gay Association)

¹ Agradeço a Kaizo Iwakami Beltrão pela inspiração.

² Para uma esplêndida abordagem do que denomino homossexualidade proustiana, ver SEDGWICK, Eve Kosofsky, *Epistemology of the Closet*. Berkeley: University of California Press, 1990. Em especial, destaca-se o capítulo *Proust and the Spectacle of the Closet*.

do mesmo sexo –, pode-se dizer que aquele mesmo *iter* se amplia consideravelmente. Assim, em ordem cronológica, teríamos: cidadania (Grécia Clássica) – indiferença (Roma) – pecado (não-criminalização dos atos homoeróticos em grande parte da Europa, até fins da Idade Média) – crime (como resposta aos movimentos revolucionários surgidos a partir do Iluminismo) – patologia (descriminalização dos atos homoeróticos com base no discurso médico de meados do século XIX) – despatologização e descriminalização (através, por exemplo, da remoção do § 302.0 do Código Internacional de Doenças – CDI - da OMS³, e de decisões como *Lawrence v. Texas*⁴, nos Estados Unidos da América, em 2003) – cidadania (como é o caso nos Países Baixos).

Com base nessa amplitude, parece lógico que se busque contemplar aqui a maior gama de possibilidades de realização identitária e afetivo-sexual. Entretanto, a opção por considerar como objeto de pesquisa apenas aquelas pessoas que vivem com um mínimo de conflitos a sua sexualidade, escuda-se na tentativa de obter a máxima visibilidade e positividade àqueles que ousam sair do armário. Esse nada mais é do que um esforço para poder enxergar este grupo, aparentemente tão diverso, como minimamente coeso, ainda que ressaltadas e resguardadas as suas singularidades. Indivíduos que têm relações sexuais com outros de seu mesmo sexo, mas apresentam comportamento contrário ao ideal desejado - hostilidade, repulsa e ódio aos seus pares – não estão aqui contemplados. Ainda que tenham relacionamentos sexuais eventuais ou constantes com pessoas do mesmo sexo, a sua principal característica, ao que parece, é a homofobia. Naturalmente, ao leitor será possível compreender sobre quais bases se erigem as diversas razões para mani-

³ O termo homossexualismo - reforçado pelo sufixo *ismo* -, empregado como referência às práticas homossexuais, implica em sua interpretação como uma patologia. A Organização Mundial de Saúde (OMS), desde a remoção do § 302.0 de seu Código Internacional de Doenças (CID), em 1994, deixou de classificar as práticas homossexuais como patológicas, fazendo-se necessário, a partir de então, o emprego da expressão *homossexualidade*. Antecipando-se em nove anos àquela medida, já em 1985, o Conselho Federal de Medicina – em atendimento às demandas de diversas associações científicas, bem como mais de 16 mil assinaturas de intelectuais, políticos e artistas – sob intensa campanha do Grupo Gay da Bahia, liderado por Luiz Mott, já decretara a sua extinção. (fonte <http://luizmott.cjb.net>, acesso em 27/07/2005). Igualmente bem-vindas são as suas diversas variações: *homoafetividade* (cunhado por Maria Berenice Dias), *homossexualidades* (uma tentativa de ampliar a sua abrangência), dentre outras.

⁴ Através desse caso, a Suprema Corte daquele país revogou as leis anti-sodomia.

festações de ódio, a falta de identificação com seus iguais, e até mesmo a sua não auto-aceitação, mas aqui o seu foco é outro.

A homofobia pode ser explicada como o medo irracional ou o ódio de pessoas homossexuais, da homossexualidade, ou de qualquer comportamento ou crença que não se conforme à rigidez de estereótipos de papéis sexuais. É esse temor que reforça o sexismo. Nos crimes homofóbicos, as vítimas são tratadas como minorias sexuais desprezíveis e desprezadas e que, por viverem suas práticas eróticas, quase sempre, na clandestinidade, e, às vezes, ostentarem comportamento andrógino ou afeminado, são vistas pelos agressores como alvos mais fáceis de chantagem, extorsão e latrocínio. O Brasil, há muitos anos, lidera o ranking mundial de violência contra aquelas pessoas⁵. Ao que parece, quase beirando a impunidade.

Alguns esclarecimentos se fazem necessários. Este artigo representa o esforço em sintetizar, da melhor maneira possível, um estudo bem mais amplo. Originalmente, o pano de fundo oferecido é a observação da representação de diferentes papéis de gênero e de identidades sexuais em uma sala de cinema destinada a encontros homoeróticos na cidade do Rio de Janeiro. Com base na teoria de Bamforth para argumentar em favor de mudanças no tratamento legal conferido às minorias sexuais, é apresentado um recorte na educação de crianças e adolescentes (auto) percebidos como não pertencentes ao modelo de identidade sexual e de gênero hegemônico. Através do acompanhamento da implantação de um programa de inclusão de transgêneros em uma escola da rede pública municipal de São Paulo, pretende-se chamar a atenção para a importância do apoio à pluralidade de suas expressões como forma de fortalecimento de sua auto-estima, evitando-se, assim, a perpetuação, no presente e no futuro, de um modelo sócio-econômico de exclusão dessas mesmas minorias, através da pobreza e inexpressiva representatividade como sujeitos de direitos.

A questão da identidade permeia todo este trabalho. E não poderia ser diferente. A crescente reivindicação ao reconhecimento de identidades

⁵ Enquanto no Brasil o Grupo Gay da Bahia vem sistematicamente compilando dados a esse respeito, são diversas as entidades que no cenário internacional realizam esse monitoramento: Amnesty International, International Gay & Lesbian Human Rights Commission, Human Rights Watch, ILGA, entre outras.

e direitos no campo da sexualidade parece questionar de maneira decisiva as bases sobre as quais a nossa sociedade ocidental tem sido estruturada. A sua compreensão requer não apenas o desapego aos padrões apreendidos - os quais buscam normalizar e normatizar o desejo - mas, também, a discussão e o conseqüente reconhecimento de sua dignidade intrínseca. Contrariamente ao ideal, a abordagem deste trabalho contempla muito mais a sexualidade sob a vertente masculina do que a feminina. Isso se deve mais à predominância de bibliografia com enfoque gay do que lésbico. Oxalá, aquela tendência encontre o necessário equilíbrio.

Embora seja a solidão a maior companheira em um trabalho dessa natureza, uma espécie inconfundível de estigma, ao mesmo tempo, deve-se destacar a coragem e receptividade a essa proposta da parte de algumas pessoas, o que acabou contribuindo decisivamente para o prosseguimento nessa empreitada. À eles, os louros.

2. Metodologia

Para a realização deste trabalho, uma análise multidisciplinar se fazia necessária. A sua restrição ao mundo jurídico, acredita-se, poderia comprometer de maneira significativa o resultado final. Falar em sexualidades, desejos e afetos requer essa perspectiva, uma vez que manifestos em praticamente todas as experiências humanas, da paz à guerra, ainda que venham a adquirir outras fachadas. Por seu tom provocativo e inovador, foram cruciais os trabalhos de Foucault, Boswell, Goffman, Katz, Butler, Califia, Freire Costa, Green, Fry & MacRae, Vainfas, Mott e Trevisan. Igualmente, diversos outros antropólogos, historiadores, escritores, psicanalistas, filósofos, sociólogos e - não sem grata surpresa e satisfação - juristas contribuíram significativamente para o resultado final.

Aqui, inexistente qualquer rigidez teórica. Essencialistas e construtivistas, dentre outros, fornecem o material de apoio para que se tente melhor

⁶ Em linhas gerais, pode-se dizer que, para os essencialistas, é possível dividir os membros de cada sociedade em categorias, uma vez que, segundo eles, cada categoria possui um significado fixo, atemporal: homossexuais e lésbicas estariam exclusivamente atraídos por - ou teriam sexo apenas com - pessoas do seu próprio sexo; ao mesmo tempo, heterossexuais estariam exclusivamente atraídos por - ou teriam sexo apenas com - pessoas do sexo oposto ao seu. Bissexuais, em diferentes graduações, estariam inclinados em ambas as direções. Já os construtivistas, contrariamente, afirmam que estas categorias são instáveis e contingenciais.

compreender a questão da identidade⁶. Tampouco se busca oferecer respostas. Muito pelo contrário. A principal intenção, acredita-se, é chamar a atenção do leitor para o tema, quem sabe, convocando-o à reflexão. Se, de início, aquela postura aparentava alguma frouxidão quanto aos seus alicerces, logo se percebeu que não era a mesma uma atitude isolada, dado que vários eram os autores que se valiam desse mesmo critério⁷. Melhor assim, especialmente depois de se confirmar o quanto uma eventual rigidez pode servir de base a interesses que visam a conferir um cunho antiético e repressivo às relações entre pessoas do mesmo sexo.

3. Um lugar na história

O que prova, pois, o fato de que os leões não amam os machos de sua espécie e que os ursos não ficam apaixonados pelos ursos? Não que os homens tenham corrompido uma natureza que ficaria intacta nos animais, mas sim que, por seu lado, as bestas não sabem nem o que é filosofar, nem o que amizade pode produzir de mais belo⁸.

Nada há de original na afirmação de que estereótipos de comportamentos masculino e feminino permeiam a nossa cultura. Essa é a primeira coisa que chama a atenção daqueles que se propõem a estudar questões relacionadas à sexualidade no Brasil. A idéia de um Éden tropical ainda persiste no imaginário de muitos que desconhecem o verdadeiro Brasil. São os estrangeiros – homens hetero e homossexuais, em sua maioria – que aqui chegam em busca do paraíso do carnaval e da licenciosidade, onde se oferece sexo e amor a baixo custo⁹. São, igualmente, os brasileiros que insistem em fechar os olhos para uma

Para eles, embora as pessoas possam sempre ter se envolvido em relações sexuais com outras do seu mesmo sexo, o que varia é a significação social dessas mesmas práticas e as formas como essas mesmas pessoas são rotuladas e categorizadas, de acordo com a compreensão em cada sociedade e período.

⁷ É essa, por exemplo, a opinião de LOURO, Guacira Lopes em seu *Gênero, Sexualidade e Educação. Uma perspectiva pós-estruturalista*. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁸ Diálogo entre Cáricles e Calicrátidas acerca da pederastia, citado por FOUCAULT, Michel em *História da Sexualidade, vol. I, A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, pg. 215.

⁹ James Green (op. cit.) diz que “(a)s imagens variadas dos homossexuais brasileiros extrovertidos e licenciosos, que expressam a sensualidade, a sexualidade (...) durante o carnaval, acabaram sendo confundidas com uma suposta tolerância da homossexualidade e da bissexualidade no Brasil”.

realidade que ameaça desabar sobre suas cabeças a qualquer instante. Entretanto, como afirma Luiz Mott, “a cordialidade dos brasileiros é um engodo”, e o Brasil pode ser resumido como “um vale de lágrimas, não o paraíso terreal”¹⁰.

Uma história rica em tradições patriarcais e de clara definição de papéis constitui as bases sobre as quais a nossa sociedade foi erigida. Nela, a ameaça à autoridade do *pater familias* e da família patriarcal eram inadmissíveis. Ao mesmo tempo, sugere Vainfas¹¹, a misoginia era a tônica nas relações heterossexuais do Brasil Colônia. Alguns indícios sugerem que faz parte da nossa sociedade a imposição da força por meio de agressivos padrões de masculinidade. Para ele, isso servia não apenas como forma de garantir a ocupação estrangeira da nova terra, a “terra de ninguém”, mas, principalmente, a dominação sobre uma enorme massa que, efetivamente, era quem produzia as nossas riquezas¹².

Os brancos, apenas 10% da população, dominavam todo o restante da sociedade. “Daí, a necessidade de *supermachos* – fortes, agressivos e poderosos – para manter a sua supremacia frente à multidão de oprimidos – a ‘gentalha’”, diz Mott. As pessoas percebidas como não inclusas neste esquema de representação de papéis sexuais e sociais, prossegue ele, representariam uma séria ameaça à própria manutenção e continuidade do projeto colonial. Os brancos que ousavam se misturarem – contrariando a prescrição de domínio, sexual inclusive – eram considerados pelas leis como “criminosos de lesa majestade e traidores da nação”. A sua mais simples interação poderia ser interpretada como “perigosíssima ameaça à ideologia machista, patriarcal e falocrática por fragilizar a imagem do macho dominante”. Como exercício prático desta ideologia tácita e para que não restasse qualquer dúvida quanto aos papéis dos brancos naquela relação de poder, “(d)everiam estes estar sempre prontos a penetrar os inferiores, fossem mulheres de todas as raças e estamentos ou outros machos, brancos inclusive, que se deixassem dominar” (Mott, *in site*¹³).

¹⁰ A esse respeito, diz Green que “as imagens contraditórias das festas permissivas de carnaval e a brutalidade dos assassinatos são alarmantes, assim como as tensões entre a tolerância e repressão, aceitação e ostracismo estão profundamente arraigadas na história e cultura brasileiras”.

¹¹ Op. cit., pg. 184.

¹² A renda proveniente dos impostos da compra e venda dos escravos constituiu, originalmente, uma expressiva parte do Tesouro Nacional.

¹³ Informações retiradas de seu website <http://luizmott.cjb.net>

Verdade que, muitas das vezes, numa aparente inversão de papéis, eram os negros – em troca de uma existência menos sofrida, já que poderiam obter alguma melhora em sua ração diária de alimentos – obrigados a penetrar os senhores brancos. Trevisan afirma que, em diversos relatórios inquisitoriais conhecidos, foram reportados inúmeros casos de teor sadomasoquista nas relações sexuais entre senhor e escravo¹⁴. Ele também nos ensina que a vida erótica dos filhos dos senhores de engenho se iniciava com as escravas, mas “não se excluía os negrinhos da mesma idade como seus joguetes sexuais”. A bem da verdade, em considerando o fato de que meninos brancos e “negrinhos” eram “companheiro(s) de folguedos”, era freqüente que os primeiros tivessem acesso ao amor físico “mediante a submissão dos (últimos), significativamente conhecido(s) como leva-pancadas”¹⁵.

Com o início das atividades da Inquisição, um “assustador clima de vigilância e controle social” se instalou no Brasil. Delações, degredos, prisões, enforcamentos, castigos e penas as mais variadas faziam parte do receituário para aqueles que ousavam experimentar viver o seu desejo, como que ameaçando aqueles valores. Em outras palavras, as pessoas deviam delatar umas às outras. Como diz Trevisan, “as denúncias funcionavam até o ponto de ocorrer punição contra as pessoas omissas”. Era aqui mesmo o inferno. Não surpreende que os homoeróticos que aqui viviam jamais conseguiram, como tão bem consegue sintetizar Vainfas, “grande solidariedade defensiva em face da terrível ameaça que pairava sobre todos”. O resultado eram seres solitários, isolados, quase sempre bastante amargurados e assustados.

¹⁴ Gilberto Freyre, citado por Trevisan, afirma que, no Brasil Colônia, era muito popular o culto ao Sagrado Coração de Jesus. Ao que parece, o seu “apelo à paciência e resignação diante dos sofrimentos” adequou-se esplendidamente à crueldade imposta e experimentada pelo seu povo. Para Trevisan “isso refletia o sadomasoquismo básico que permeava as relações homem/mulher e branco/escravo no Brasil colonial”. Com base nessas informações, pode-se concluir que, mais uma vez, a Igreja atuava fornecendo o instrumental necessário à colaboração com as elites dominantes, na busca da manutenção do *establishment*. A própria tolerância ao sincretismo religioso dos negros no Brasil talvez seja mais um dado a confirmar esta promiscuidade.

¹⁵ Esse costume, ao que parece, teria contribuído com a idéia de que a penetração de um macho não seria tão distinta da penetração de uma fêmea, tornando, portanto, irrelevante a identidade sexual daquele que é penetrado. O que se busca com essa lógica, acredita-se, é (re)afirmar a sua supremacia sexual como penetrador. Pelo menos, à princípio, para fins deste raciocínio, o sexo oral não deve ser considerado como um importante e diferenciador sinalizador de homoerotismo já que não traz em si a noção explícita de atividade e passividade.

Some-se à perseguição de que eram alvo não apenas a obrigação de delação, mas a clandestinidade – sua principal característica –, essencial para garantir um relativo anonimato a sua ocorrência. Assim, os encontros deviam se guiar muito mais por uma questão de oportunidade do que de planejamento, sujeitando-os às vicissitudes próprias de sua natureza. Em um ambiente com tais características, o esboço de qualquer consciência grupal seria muito difícil, restando-lhes, quando não penalizados, a prática, desordenada e inconseqüente, pura e simplesmente. Some-se a tudo isso uma íntima relação entre miséria e exploração sexual¹⁶. “Hospedagens, roupas, moedas, comida: eis como se forjavam muitas relações sodomíticas no Brasil Colônia”¹⁷. É Vainfas quem resume: “(n)ão nos enganemos: o mais das vezes, o cotidiano da sodomia era menos alegre do que próximo à opressão e à pobreza”¹⁸. Muito pouco parece ter mudado nesses cinco séculos de nossa história

No Brasil, minorias sexuais ainda são reféns da prevalência de um modelo dicotômico bofe *versus* bicha que se sobrepõe a qualquer outro. Aqui, as aparências acabam falando mais alto do que as atitudes: faça o que proíbo mas não demonstre que o faz. A insistência em afirmar essa existência serve para reforçar a sua masculinidade por oposição à passividade do outro. Essa estrutura se opõe frontalmente à concepção ideal de uma esfera de identidade, na qual identidades e expressões de gênero não são concebidas de maneira linear, mas dentro de uma esfera que concede espaço a todas as variações, sem privilegiar nenhuma de maneira especial. Entretanto, ao que parece, uma vez assumida a sua orientação sexual, lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT), com poucas exceções, estariam condenados à pobreza e à quase automática exclusão social.

Para que se possa melhor entender a questão em sua contemporaneidade, deve-se atentar para as bases históricas sobre as quais se dá o preconceito e a discriminação, bem como à importância dos diversos fatores que reforçam a construção e manutenção do ódio em relação às

¹⁶ A miséria experimentada nas grandes cidades, conforme apontam diversos estudos e pesquisas, vem servindo como elemento fundamental para a exploração sexual de crianças e adolescentes. Às vezes, a perda da inocência pode significar um mero hamburger.

¹⁷ Op. cit., pg.181.

¹⁸ Ibid., pg. 176.

minorias sexuais. O foco desse brevíssimo apanhado se dá em torno da questão identitária e a sua percepção na relação entre os principais envolvidos na Grécia Clássica, em Roma e na Europa medieval.

A homossexualidade, tal como a compreendemos hoje, é, na verdade, um termo muito recente, bem como mais recente ainda é a sua assimilação nas modernas sociedades ocidentais. Embora discutível por certos autores a sua origem, o seu emprego representou um divisor de águas no tratamento dispensado às pessoas que se sentiam atraídas afetiva e/ou sexualmente por outras de seu mesmo sexo. Todos os significados embutidos na expressão foram designados para atender a uma nova percepção do tema. Diz Katz que, anteriormente à invenção da heterossexualidade, da forma como a naturalizamos hoje, foi preciso inventar a homossexualidade. Sem essa, aquela não teria qualquer significado¹⁹. É o que passaremos a ver.

Na Grécia Clássica, o sexo entre homens, denominado de pederastia, servia como suporte às iniciações do conhecimento, estando a educação a fornecer-lhe as bases ideais²⁰. Foucault chama a atenção para a sua (predominante) ocorrência entre cidadãos livres, onde desejavelmente prevaleceria a dessimetria na idade dos parceiros (o erasta e o erômeno) e, de maneira brilhante, resume: “quando os homens, após terem aprendido tantas habilidades úteis, começaram a não negligenciar mais nada em sua pesquisa, surgiu a Filosofia, e com ela, a pederastia”²¹.

Para os gregos, o que era essencialmente significativo era o valor atribuído à discussão entre atividade e passividade. E essa não se limitava ao aspecto sexual como, mais uma vez, a nossa tentativa contemporânea de um discurso dicotômico pode indicar. O seu valor estendia-se ao campo das atitudes morais. Ser ativo, em resumo, significava “ser dono

¹⁹ Essa “naturalização” das relações entre pessoas de sexo diferente só ocorre em oposição a uma afirmação de que qualquer outra variação àquela prescrita constitui uma inversão. Em resumo, para que o heterossexual se afirme como tal, é preciso que, além de normalizá-la, seja inventada a figura do homossexual como inversa daquela do heterossexual. Só mesmo assim a sua hegemonia ocorre.

²⁰ De uma maneira bastante simplista, pode-se afirmar, com base no que relata Foucault, que na Grécia “essa eficácia se daria entre um homem mais velho que terminou a sua formação – e que se supõe desempenhar o papel social, moral e sexualmente ativo – e o mais jovem, que não atingiu seu status e que tem necessidade de ajuda, de conselhos e de apoio” (1988:174).

²¹ FOUCAULT, Michel em *História da Sexualidade, vol. I, A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, pg. 214.

de si, não respondendo ao desejo de maneira desenfreada, como o faziam as mulheres, já então associadas à passividade”. É possível, reflete Foucault, que esteja aqui uma das bases do pensamento ocidental contemporâneo nos séculos que se seguiram à ascensão do cristianismo: “um homem pode preferir os amores masculinos sem que ninguém sonhe em suspeitá-lo de feminidade, desde que ele seja ativo na relação sexual e ativo no domínio de si”²². *Contrario sensu*, aquele que não exerce este mesmo domínio de si é considerado feminino, incorporando-se aqui todos os seus significados, positivos e, especialmente, os negativos²³.

Da mesma forma, diz Foucault, “Os gregos não opunham, como duas escolhas excludentes, como dois tipos de comportamento radicalmente diferentes, o amor ao seu próprio sexo ao amor pelo sexo oposto. As linhas de demarcação não seguiam tal fronteira”. Se o que nos diz Foucault pode imediatamente sugerir a idéia de bissexualidade dos gregos, novamente devemos evitar essa remissão a um conceito contemporâneo. A bissexualidade, na forma como a compreendemos hoje, se dá para os gregos sob o aspecto da livre escolha, e não como “uma estrutura dupla, ambivalente e bissexual do desejo”. Tomando como ponto de partida o seu apurado senso estético, em que a beleza (masculina) desempenha um papel fundamental, poderíamos dizer que essa agiria decisivamente para despertar o seu desejo.

Para os gregos, a natureza do desejo que liga um homem a uma mulher sob a forma sexual, “como um cão à sua fêmea”, não deveria se confundir com o amor, este uma exclusividade entre homens. Ao mesmo tempo, uma mulher “sábria e casta” não deveria experimentar amor por seu marido nem tampouco aceitar ser amada por ele. Assim, conclui-se que “amor verdadeiro” era apenas aquele vivido por homens, porque implícita necessariamente um amizade que é indissociável da virtude.

Ao contrário das “elevadas formulações da época clássica”, o que ocorreu em Roma nos primeiros séculos de nossa era, no tocante à importância em que se constituía o amor pelos rapazes, representou

²² *Ibid.*, p.79.

²³ A mesma pergunta parece se aplicar até hoje: se a valorização de papéis se dá exclusivamente em torno da atividade, afinal, por que haveria indivíduos ‘dispostos’ a desempenhar o papel passivo? Dita de outra forma: se todos se dizem ativos, renegando a passividade, quem seriam os passivos na relação sexual? O ativo só existe em oposição ao passivo, o que significa a desejabilidade da existência desse último.

uma significativa alteração na forma como esse deveria ocorrer. Se esse debate não deixou de estar presente, porque a sua prática não cessou – muito pelo contrário – a sua intensidade é que foi atingida, assim como a seriedade com que era tratada. Tampouco houve uma desqualificação quanto a essas práticas. E essa conclusão é muito clara em todos os textos romanos, pois “correntes e sempre consideradas coisa natural”. O que se deve buscar compreender é que, a exemplo da Grécia, em Roma estas também se revestiram de particularidades, as quais, igualmente, devem ser analisadas para que se possa compreender a sua concepção.

Deixar de gostar dos rapazes não foi a mudança principal; tampouco o julgamento de valor que se faz sobre aqueles que têm essa inclinação. O que ocorreu, de fato, foi uma desimportância quanto à interrogação sobre o problema. Em resumo, a centralidade no debate filosófico e moral que se dava através do interesse anterior desaparecera. Sugere Foucault que esta “desproblematização” não foi, sem dúvida, desprovida de muitos motivos. Em Roma, a impressão inicial que se tem é de que aquela preocupação helênica com a forma com que esta relação se revestiria - limitando-se aos cidadãos livres - não mais existiria. Ali, o amor masculino era praticado, sobretudo, com os jovens escravos, cujo status não requeria cuidados. Contrariamente, na Grécia, por se tratar de uma relação em que ambos eram livres – ainda que o mais jovem não houvesse atingido o seu pleno *status* – não se pode exercer sobre o rapaz – o qual não é de origem servil – nenhum poder estatutário: a sua liberdade prevalece, tanto para o que aceita quanto para o que recusa, no tocante as suas preferências ou decisões. Dessa forma, faz-se necessário convencê-lo.

Como se pode concluir, o *status* daquele com quem um cidadão livre romano buscava se relacionar parece ter contribuído de maneira significativa para um provável desinteresse na maneira com que a questão era tratada. O discurso original a fundamentar a pederastia na Grécia tornou muito difícil, em Roma, valorizar a relação com os adolescentes em termo de eficácia educativa²⁴. Some-se a essa desimportância filosófica e moral uma “desconfiança”, não somente em relação aos prazeres mas,

²⁴FOUCAULT, Michel em *História da Sexualidade, vol. I, A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, pg. 190.

também, baseada em um discurso de filósofos e médicos que insistiam em apreçoar “os efeitos de seus abusos para o corpo e para a alma”, assim como a valorização do casamento e das obrigações conjugais. Era esse o quadro de “severidade” que se apresentava em Roma ao longo dos dois primeiros séculos da nossa era: muito mais ligada à exigência de uma “abstinência modelada sobre a integridade virginal” do que, como era o caso na Grécia, “sobre a dominação política e viril dos desejos”.

Tomando como ponto de partida um modelo estoíco de reflexão, opunha-se uma *ars conjugalisa* uma *ars erotica*. Em suma, ao que parece, a atividade sexual passou a assumir um lugar central, não mais porque poderia ser um instrumento de prazer, mas porque associada com doenças e o mal e, supostamente, merecedora da proteção²⁵. Essa moral forneceu empréstimos maciços – explícitos ou não – para vários autores cristãos na construção da teologia cristã. Finalmente, com o intuito de alicerçar uma ética da relação matrimonial, aquela fornecerá as mais que necessárias bases sobre as quais o cristianismo irá se inspirar.

John Boswell, em seu clássico *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality (CSTH)*, sugere que, em relação ao episódio bíblico de Sodoma e Gomorra, as implicações sexuais - inclusive o castigo celeste - resultaram de uma leitura distorcida daquela passagem do Gênesis por parte de alguns apóstolos e teólogos da Patrística: “a hostilidade dos moradores contra os anjos e a destruição divina da cidade representavam apenas a inospitalidade dos sodomitas e a forte reprovação da tradição judaica a tais atitudes”²⁶. Uma vez que ocorre a crescente disseminação do Cristianismo e, concomitantemente, a influência greco-romana paulatinamente se dissipa ao longo da História, o mito bíblico de Sodoma e Gomorra, especialmente entre as religiões judaico-cristãs, encontrou as condições ideais para a sua fixação como um dos principais argumentos utilizados por aqueles que se posicionam contrariamente às práticas homoeróticas. Ainda hoje, o mesmo não parece ter perdido a sua força. Muito pelo contrário.

Nessa mesma obra, ao interpretar textos antigos, Boswell afirma que relações homossexuais não apenas eram aceitas em período anterior ao século XIII como, também, setores religiosos faziam apologia às rela-

²⁵ Ibid., pg. 233.

²⁶ Por sodomitas, entenda-se os habitantes de Sodoma.

ções entre pessoas do mesmo sexo²⁷. Como se poderia esperar, estas idéias não apenas amealharam críticas favoráveis. Segmentos religiosos buscaram desacreditá-lo e, igualmente, setores gays mais radicais, aderindo a um estrito secularismo, acusaram-no de fazer apologia à Igreja Católica por, supostamente, deixá-la fora do alvo de críticas. Boswell, em resumo, insiste em afirmar que não foi a Igreja a responsável pela homofobia, pelo menos naqueles tempos abordados em *CSTH*.

Foucault chama-nos a atenção para um outro fato “gravíssimo”, surgido a partir do século XIII, se assim considerarmos a espiral em que se davam as formas de dominação do ser humano por todo um aparato oficial: a confissão. Essa intensificava, de maneira incontestável – porque sujeita ao escrutínio divino – o controle não apenas sobre os atos e omissões mas, pior ainda, sobre os pensamentos de todo ser humano. Acabava-se naquele instante qualquer resquício, mesmo que mínimo, de privacidade e intimidade de que se poderia alguém considerar titular – ainda que essas concepções, da forma como aqui apresento, não existissem. No Ocidente, tornava-se o homem, assim, “um animal confidente”, nas palavras de Foucault²⁸.

Na confissão, aquele que escuta não será simplesmente o dono do perdão, o juiz que condena ou isenta; será o dono da verdade. Sua função é hermenêutica. Seu poder em relação à confissão não consiste somente em exigí-la antes de ela ser feita, ou em decidir após ter sido proferida, porém em constituir, através dela e de sua decifração, um discurso de verdade²⁹.

Tempus horribilis. Através deste abominável exercício de terror psicológico, começavam ali os projetos que dariam início a uma verdadeira caça às bruxas. O que parecia ser alvo de objeção não era a relação homoerótica em si, mas o fato de que um homem fosse capaz de abdi-

²⁷ James Green, a respeito das críticas sofridas por Boswell, confirma que isso, em grande parte, se deu pela sua aparente tentativa de (re)aproximar a Igreja Católica e os homossexuais. Para isso, Boswell sugeriu uma suposta tolerância daquela para com relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, a qual teria sido substancialmente interrompida a partir de determinado momento. Sobre esse tratamento, ver, do mesmo autor, *The Marriage of Likeness: Same-Sex Unions in Pre-Modern Europe*.

²⁸ FOUCAULT, Michel em *História da Sexualidade, vol. I, A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, pp.59 e 60.

²⁹ *Ibid.*, pg. 66

car da sua (pseudo) superioridade como homem e da sua “honra de cidadão” para se comportar da maneira “passiva e inferior”, própria das mulheres, para obter prazer³⁰. Essa variação na reprimenda popular variava, é claro, em função da “maior ou menor compreensão e tolerância das diversas culturas européias diante do homoerotismo e, ainda, da posição social dos praticantes da sodomia”. A norma, ao que parece, era: “inversão aos padrões, inversão aos preceitos divinos”. A noção de “inversão” reveste-se objetivamente na construção de uma crença que afirma que, por não serem naturais, as relações entre pessoas do mesmo sexo devem ser banidas. O mito – terror? – de Sodoma e Gomorra agora, mais do que nunca, permeava o imaginário ocidental³¹.

Em toda a Europa, as leis que contemplavam o crime de sodomia fixavam penas capitais e infamantes que acabariam fornecendo importantes subsídios jurídicos para as perseguições tipicamente modernas³². Todo um arsenal de crueldades foi colocado à disposição dos responsáveis pelas punições: “suplícios, enforcamentos, afogamentos e fogueiras, eis o destino que a cristandade passou a reservar aos sodomitas em quase todas as nações no ocaso da Idade Média”³³. Foucault afirma que até o final do séc.XVIII, três grandes códigos explícitos, que se somavam, como *de rigueur*, às moralidades populares, estavam a reger a sexualidade: “o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito”³⁴. No Ocidente, avançando-se no século XIX, um dos meios tentados para se coibir a sua prática se deu através da legislação penal, incluindo a pena de morte.

Com o advento do monarquismo cristão, uma outra prática – a masturbação – é quase que automaticamente associada às “quimeras da imaginação”, com todos os perigos que essa poderia representar. Em

³⁰ Vainfas, op. cit., p. 156.

³¹ Em relação à naturalização e sacralização com que se dava o matrimônio, havia uma preocupação com o dever conjugal, com “a capacidade de desempenhá-lo (...) e a forma pelo qual era cumprido”. Com isso não se deve imaginar que aquele era um reino onde tudo seria permitido. Recurso essencial do sistema de relações de poder vigente, o matrimônio estava sobrecarregado de regras e recomendações: ali, o sexo deveria estar destinado à procriação.

³² Vainfas, op. cit., p.160.

³³ Ibid.

³⁴ A sodomia não se restringia, em sua definição, às relações anais entre pessoas do mesmo sexo. O seu espectro, como amplamente comprovado através das acusações contidas nos autos da Inquisição, abrangia, inclusive, relações com animais, com mulheres, etc.

considerando a manipulação da criatividade, do livre pensamento e, acima de tudo, da sexualidade das pessoas, nada poderia ser mais coerente do que se buscar a sua repressão. Como se haveria de deixar fluir a infinita capacidade humana em tal situação? A masturbação – fonte individual máxima de prazer – contrariava todas as prescrições comportamentais à época. Foucault diz que ela

(...) é interpretada como a própria forma do prazer antinatural que os humanos inventaram para ultrapassar os limites que lhes foram destinados. Numa ética médica preocupada, como aquela dos primeiros séculos de nossa era, em indexar a atividade sexual às necessidades elementares do corpo, o gesto da purgação solitária constitui a forma mais estritamente desprendida da inutilidade do desejo, das imagens e do prazer.³⁵

As Ordenações Manuelinas foram o nosso primeiro Código Penal, pois vigentes em Portugal à época do descobrimento. No entanto, como diz Trevisan – em esplêndido trabalho de resgate do tratamento penal colonial e imperial dado ao sodomítico – foram as Ordenações Filipinas que tiveram importância maior, por terem sido aplicadas entre nós durante mais de dois séculos. Elaborado um novo Código Criminal, sob o Império, este foi sancionado em 1830. Ele, mais uma vez, comenta que esse assimilou o que havia de mais avançado à época, em termos de legislação criminal, recebendo influência de Jeremy Bentham³⁶ e dos Códigos Napoleônico³⁷ e Napolitano. Inspirado, sobretudo, nas inovações promovidas por Napoleão, o Brasil acabou eliminando da legislação a figura jurídica da sodomia – ou o seu equivalente – ao con-

³⁵ FOUCAULT, Michel em *História da Sexualidade, vol. I, A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p.143.

³⁶ Jeremy Bentham, em 1785, escreveu um manifesto em que declarava as razões pelas quais se opunha à criminalização da pederastia: *Offences against one's self*. Entretanto, nenhum impacto houve, dado que a sua publicação só se deu quase dois séculos mais tarde, em 1978, nas edições de verão e outono do *Journal of Homosexuality*, v.3:4 & v.4:1, 1978. Embora, por razões de espaço, não seja possível reproduzir aqui este importantíssimo documento, é possível a sua consulta no original, em Inglês, no website da Universidade de Columbia. Desconheço a existência de uma versão em Português. <<http://www.columbia.edu/cu/lweb/eresources/exhibitions/sw25/bentham/index.html>>

³⁷ Em resumo, o Código Napoleônico visava a preservação do patrimônio, privilegiando as questões familiares, certamente como o resultado do conflito revolucionário anterior.

trário de países como a Inglaterra, EUA, Alemanha, Áustria, dentre outros. Os iluministas, inspiradores do Código Napoleônico, julgavam uma atrocidade punir a sodomia com a morte. Se exercida sem violência ou indecência pública, segundo eles, a prática não deveria absolutamente cair sob o domínio da lei³⁸.

Para aqueles que imaginaram que uma nova era de tolerância se iniciava, na verdade, uma nova figura penal se apresentava, talvez ainda mais perversa porque, ao não precisar o tipo, deixava *in apertu* a sua interpretação. Eram os crimes “por ofensa à moral e aos bons costumes”, quando praticados em público. Se a primeira impressão é que uma porta do armário se abriu, isso se daria exatamente para que todos aqueles envolvidos na sua prática pudessem ali adentrar e serem trancafiados e não, ao contrário, sair. Crimes morais – que no Código Imperial encontravam-se inseridos em “Crimes Policiais” – forneciam o instrumental apropriado para a chantagem e a extorsão, especialmente quando praticados pelos encarregados da segurança pública, os quais, supostamente, deveriam protegê-los. Com o advento da república, já em 1890, um novo código penal entrava em vigor. Dessa vez, aquela figura jurídica do Código Criminal anterior era substituída por outras, igualmente vagas: “crime contra a segurança da honra e da honestidade da família”, ou “ultraje público ao pudor”. Como bem observa Trevisan, igualmente, o travestismo continuava a ser considerado contravenção.

A homossexualidade, que em nosso país, até 1821³⁹ era considerada crime, através de sucessivos processos a partir do final do século XIX passou a ser considerada, através do discurso oficial, uma doença. Na verdade, nada mudou muito entre esses dois períodos. A indignação moral e a condenação ética desde então se tornaram mais aguda e rancorosa que o discurso dos inquisidores, o qual se baseava, principalmente, na idéia de

³⁸ Não se pode perder de vista a ‘ameaça’ às monarquias européias que representava a Revolução Francesa e os seus ideais, vistos como ilegais e perigosos à ordem política estabelecida. No que aparenta ser uma reação a estes avanços ameaçadores – consistindo em um verdadeiro “pânico moral” –, em muitos Estados, leis ainda mais severas, relativas ao comportamento sexual fora do casamento, foram editadas. (SIBALIS, Michael David. “The Regulation of Male Homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France, 1789 – 1815”, *in* MERRICK, Jeffrey e RAGAN, Bryant T. (org.). *Homosexuality in Modern France*. Oxford University Press, 1996.

³⁹ A Inquisição portuguesa foi extinta em 1821, estando o Brasil até então subordinado às determinações inquisitoriais da metrópole.

que a anti-naturalidade do ato homossexual – masculino, pelo menos – representava o duplo desperdício da semente vital.

James Green, em um primoroso estudo sobre as relações homossexuais em nosso país, traça a forma como se deu a ‘evolução’ da figura do sodomita para a então recém-criada figura do “homossexual” e a sua repercussão, especialmente nas áreas médica, jurídica e social, os chamados meios intelectuais. Embora ressaltando que a escravidão já fora extinta, para ele, algumas das relações de poder eram ainda fortemente reproduzidas com base no modelo anterior, perpetuando, assim, a miséria e a exploração a que eram submetidas essas mesmas minorias.

4. O empoderamento de minorias sexuais: a teoria de Nicholas Bamforth

Os motivos que mais chamam a atenção na teoria desenvolvida por Nicholas Bamforth são a sua consistência, coerência e frescor, as quais, somadas, contribuem para a originalidade de seu pensamento⁴⁰. É bem provável que, frutos de uma era de maior assunção quanto a sua orientação sexual – *y compris* bem estar emocional – novas gerações de pensadores e estudiosos das questões ligadas à sexualidade, livres do armário a que gerações anteriores se viam obrigados, sejam capazes de contribuir de maneira surpreendente para a sua melhor compreensão⁴¹.

Os seus argumentos filosóficos não fazem sentido apenas para ele próprio. Por sua clareza e objetividade, ao que parece porque guiados pela lógica, fazem ver ao leitor que, uma vez adotadas as estratégias

⁴⁰ No livro em que desenvolveu a sua teoria de empoderamento, *Sexuality, Morals and Justice*, Bamforth parece se dirigir mais especificamente a gays e lésbicas, entretanto, é bastante provável que a mesma possa ser igualmente aplicada aos demais grupos, ou seja, bissexuais e transgêneros. Nesse trabalho, para fins de aplicação dessa teoria, estão contemplados aqueles quatro grupos sob o guarda-chuva “minorias sexuais”, privilegiando-os igualmente, ainda que isso possa significar algumas prováveis limitações. É importante que, assim como procedido em relação àqueles dois primeiros, sejam igualmente consideradas as questões identitárias relativas a esses últimos, ou seja: quem são os transgêneros e os bissexuais? Como defini-los? Como identificá-los?

⁴¹ Nesse sentido, Didier Eribon, in *Réflexions sur la Question Gay*, chama-nos a atenção para as tensões cada vez mais fortes, no período compreendido entre o final do século XIX – época de nascimento do movimento homossexual alemão – e o começo dos anos 1930, entre aqueles que advogavam uma teoria biológica do chamado “terceiro sexo” (em torno de Magnus Hirschfeld) e os que defendiam a “virilidade” da homossexualidade masculina, à moda da Grécia Clássica. Enquanto Marcel Proust, em *Sodoma e Gomorra*, lança mão da teoria biológica, André Gide, em seu *Corydon*, faz referência ao amor grego, à pederastia e à masculinidade, num claro combate à imagem *proustiana* de homossexualidade.

adequadas, maiores as chances de êxito. Buscando muito bem fundamentar cada um de seus argumentos, Bamforth recorre a uma série de análises que ressaltam a sua aplicabilidade não apenas em um contexto de *common law*. As suas bases são universais posto que aludem a valores que, por serem direitos humanos, são reconhecidos, é lógico, como inerentes à pessoa humana. Ao mesmo tempo, cabe alertar que esta não é uma panacéia, capaz de sanar questões crônicas, que atravessam gerações e persistem inalteradas, endêmicas, como é o caso das práticas sociais discriminatórias. É o próprio Bamforth quem afirma ser necessária a adoção de uma série de outras medidas, complementares à eventual aplicação de sua teoria, para que se possa efetivamente avançar⁴².

Bamforth acredita que uma justificativa baseada no empoderamento de minorias sexuais seria capaz de fornecer argumentos para a criação de uma legislação anti-discriminação para minorias sexuais, o que, inclusive, permitiria não apenas a revogação de leis como as do nosso Código Penal – as quais autorizam o enquadramento através da fluida definição de atentado ao pudor –, mas, inclusive, o reconhecimento do direito ao casamento. Diz ele, para uma ainda maior precisão, que essa justificativa identificaria um bem moral distinto ao consentir o comportamento sexual humano (e a sexualidade, de uma maneira geral), sugerindo que práticas sociais e uma legislação *hostis* violariam esse bem ao tratarem gays e lésbicas (e demais minorias sexuais, acredita-se) de uma maneira desumanizadora, ao não considerá-los como sujeitos humanos sensíveis, capazes de realizar escolhas. Assim, uma justificativa baseada no empoderamento – defendida pelo o que Bamforth caracteriza como uma teoria social democrática de justiça e moralidade política – é doravante necessária para remediar essa forma objeccionadora e proteger o bem moral associado com o comportamento sexual resultante da livre escolha de seus agentes e as suas concepções de sexualidade⁴³.

⁴² Neste trabalho, ao empregar o termo “reforma legal”, considera-se não apenas a própria reforma *strictu sensu* – ou seja, o fim às restrições que impliquem na presunção da heteronormatividade e no não reconhecimento de minorias sexuais – mas, também, a (re)afirmação dos próprios princípios constitucionais que afirmam a igualdade e proíbem a discriminação sob qualquer natureza. Assim, nesse sentido, estariam também subentendidos os efeitos resultantes de decisões judiciais, através da sua contribuição à jurisprudência, e não apenas o aporte legislativo. Esta também é a posição de Bamforth.

⁴³ Op.cit., p.258.

Mesmo se um convincente contra-argumento vier a ser levantado contra a justificativa de empoderamento, isso não autorizaria o Estado a regular as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, nem tampouco a sexualidade gay e lésbica, de uma maneira intrusiva ou hostil. Uma vez que se reconheça que a um Estado somente seria autorizado regular qualquer aspecto da vida das pessoas através de uma estrita justificativa – o que muitos chamariam de uma presunção a favor da liberdade – tampouco seria legítimo a edição de um programa legislativo anti-minorias sexuais sem que se demonstre, de maneira clara, que, agindo assim, se estaria evitando algum dano óbvio aos demais. Bamforth sugere que isso significaria a adoção de duas camadas de justificativas filosóficas para se contrapor aos argumentos de criação ou aplicação de leis hostis: primeiramente, a própria justificativa baseada no empoderamento, a favor da proteção e defesa da sexualidade gay e lésbica; a segunda - para o caso de essa primeira ser refutada - seria a presunção geral em favor da liberdade, a qual milita contra leis hostis ante a ausência de evidências de que a sexualidade gay e lésbica acarreta claros danos. Como bem se sabe, não existe qualquer evidência nesse sentido⁴⁴.

O primeiro elemento nessa justificativa de empoderamento é no sentido de que a sexualidade – abrangendo desejos sexuais, sentimentos, aspirações, emoções e comportamento – é de central importância para todo o ser humano, não importando as maneiras como o comportamento sexual e as categorias sexuais são interpretadas em cada sociedade. Em outras ocasiões, o seu valor deriva de seu papel como o meio principal de comunicação de afeto e de experiência de desejo em uma relação emocional mais ampla. A liberdade sexual de ação pode ser, portanto, um meio – um dos mais poderosos de expressão de afeto – ou um fim – a simples comunhão sexual e de prazer – e é bastante provável e justo se dizer que a maioria dos adultos – especialmente nas sociedades ocidentais contemporâneas – deve ter tido experiências em ambas as categorias. Bamforth relembra o argumento utilizado por H.L.A. Hart em sua defesa das propostas do *Comité Wolfenden* no sentido de que os impulsos sexuais formam uma importante parte da vida cotidiana das pessoas e que a sua supressão pode afetar “o desenvolvimento ou equilíbrio de sua vida

⁴⁴ Ibid., pp. 258 e 259.

emocional, felicidade e personalidade”⁴⁵. A expressão desses impulsos sob a forma de atividade sexual pode ser um poderoso meio de satisfação sexual e emocional mútua. A atividade sexual é, portanto, uma troca, no que se pode afirmar como uma das mais poderosas formas de expressão da interdependência humana, ao invés de uma coisa de importância individual⁴⁶.

Por que deveria a sexualidade – assim concebida – ocupar um valor tão central na vida de cada um de nós? A mais provável resposta, diz Bamforth, é que os nossos gostos sexuais individuais, bem como nossos encontros e ligações emocionais e sexuais, aparentam ser as características e experiências mais pessoais e centrais que acontecem em nossas vidas. É possível que algumas pessoas valorizem mais outras experiências, como por exemplo, ganhar dinheiro no mercado financeiro, ou mesmo se proponham a se abster voluntariamente da possibilidade de ter uma vida sexual, entretanto, prossegue Bamforth, para nós, dois fatores determinam o desejo e a atividade sexual como uma atividade mais pessoal e valorizada.

O primeiro é o grau, único, de interdependência humana que mesmo o mais casual dos encontros é capaz de proporcionar. Inicialmente, diz ele, essa interdependência pode ser puramente física, mas uma vez que essa experiência se desenvolve rumo a uma espécie de relacionamento⁴⁷, essa interdependência se aprofunda e se torna ainda mais emocional. O segundo fator se dá em relação aos gostos sexuais, os quais variam quase infinitamente em termos do que consideramos que torna um(a) parceiro(a) sexual desejável, ou o que faz de uma prática sexual algo prazeroso. São precisamente esses gostos e fantasias pessoais que nos tornam seres humanos singulares. A moderna noção de orientação sexual, em termos do(s) sexo(s) da pessoa(s) a quem se está atraído, é apenas um desses aspectos. Dentro de parâmetros básicos de sua orientação sexual, as pessoas são frequentemente capazes de conceituar seus gostos

⁴⁵ Em resumo, o Comitê Wolfenden propunha, na Grã-Bretanha dos anos 1960, a descriminalização parcial dos atos homossexuais, o que gerou intensos debates filosóficos em torno de direito e moralidade.

⁴⁶ *Sexuality...* p.259

⁴⁷ Segundo o *Novo Dicionário do Aurélio*, “relacionamento” é, dentre outras definições, “ligação de amizade, afetiva (...) condicionada por uma série de atitudes recíprocas”.

e fantasias sexuais de uma maneira mais clara do que o fariam em relação a outros tipos de gostos ou aspirações. Nem todos podem satisfazer as suas ambições sexuais, é claro, mas todos podem ter aspirações. Assim, nesse sentido, a concepção pessoal de sexualidade é única e central para cada um de nós⁴⁸.

A conseqüência clara disso é que a compreensão pessoal do que é sexual ou emocionalmente desejável – com uma única óbvia exceção – deverá ser respeitada. Apelar ao argumento de que a atividade sexual é, por definição, privada fracassa em não capturar adequadamente essa idéia, assim como a noção de que a sexualidade pode ser reduzida apenas a um conjunto de relações sexuais: como foi visto, a atividade sexual – de acordo com as circunstâncias – pode ser importante tanto como um meio quanto como um fim. Aqui, um outro papel pode ser encontrado para a identidade sexual pessoal, embora não sustentado sobre uma base comparativa. Se a fantasia ou o desejo sexual pessoal é importante e merece ser, igualmente, respeitado, é lógico também que a compreensão pessoal de cada pessoa também merece respeito. Enquanto alguns indivíduos preferem compreender a sua sexualidade – ou seja, seus desejos e comportamentos sexuais – em termos de uma identidade sexual mais padronizada – heterossexual, gay ou lésbica – outros podem preferir fazê-lo de uma maneira mais individualizada⁴⁹.

A clara exceção a essa noção geral de respeito a toda concepção pessoal de uma sexualidade e atividade sexual desejáveis se dá em relação aos atos não-consensuais, em especial à figura do estupro. Claro que aquela noção de desejo ou aceitabilidade não se aplica ao violador – o estuprador, no caso – na medida em que essa pode ser a sua forma de obtenção de satisfação sexual. Sob o ponto de vista da vítima, o ato carece do valor que se atribui às atividades sexuais livremente escolhidas e é exatamente por esse motivo que adequadamente se considera o estupro como ilegítimo e equivocado. Deve, portanto, ficar claro que para um ato sexual se revestir de valor para as pessoas nele envolvidas, a sua adesão deve ser voluntária bem como a sua forma de participação, ou seja, que todos os atos se revistam de consentimento. Sem essa livre escolha e

⁴⁸ *Sexuality...* p.260

⁴⁹ É possível que, nesse ponto, Bamforth deixe uma brecha para a inclusão, em sua teoria, dos demais integrantes das chamadas “minorias sexuais”, ou seja, bissexuais e transgêneros.

adesão, o segundo dos dois fatores que explicam o valor das atividades sexual perde o seu sentido⁵⁰.

Em termos filosóficos, diz Bamforth que se pode reunir essas idéias sob a noção de um direito à autonomia. R.A. Duff, ressalta Bamforth, sugere que o respeito por uma pessoa como um sujeito autônomo requer o respeito a sua integridade como um agente sexual, capaz de decidir por si a quem tomar como parceiros sexuais. Duff se utiliza desse argumento moral para justificar a proibição penal do estupro, e o mesmo pode ser utilizado com a mesma força para explicar porque as fantasias, aspirações e comportamento sexuais devem ser respeitados. A falta de consentimento, obviamente, destrói a razão subjacente para a proteção, exatamente porque respeita as pessoas como agentes sexuais autônomos. Para que a autonomia seja levada a sério, então a apreciação e definição individual do que é, para eles, um ato sexual positivamente valorizado, deve ser respeitada, na medida em que aquela definição abrange apenas atos sexuais consensuais. Deve ficar claro que, dentro dos limites de consentimento, a concepção e as expressões⁵¹ pessoais de sexualidade são importantes e moralmente valoráveis.

O segundo elemento da justificativa moral de empoderamento diz respeito ao fato de que as leis e práticas sociais que são hostis aos gays e lésbicas violam esse bem moral relativo à autonomia sexual. Esse argumento, segundo Bamforth, pode ser desenvolvido com base nos fatos, como apresentados anteriormente, ou de uma maneira analítica. O primeiro seria em relação ao Relatório sobre suicídio entre os jovens nos Estados Unidos⁵². Uma de suas principais conclusões é que as leis que proíbem atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e que o tratamento hostil dirigido a jovens gays e lésbicas, provocam neles intenso sofrimento ao reforçar a sua baixa auto-estima e a idéia de que é socialmente aceitável ridicularizar e usar de qualquer forma de violência contra minorias sexuais.

Analiticamente, Bamforth diz que se pode argumentar que as leis ou práticas sociais que apontam grupos em particular para um trata-

⁵⁰ *Sexuality...* pp. 260 e 261.

⁵¹ *Ibid.*, p.261.

⁵² *Report of the Secretary's Task Force on Youth Suicide*, U.S. Dept of Health and Human Services, 1989.

mento desfavorável resultam na desumanização dos membros desses grupos. Esses são estigmatizados como indignos de plena consideração como seres humanos, devido a uma ou a várias características que a eles são atribuídas em virtude de seu real, ou percebido, pertencimento a um grupo. É assim que as pessoas se tornam vítimas da discriminação – tanto no seu ambiente social quanto por intermédio da lei – sendo tratados como objetos e não pessoas humanas, em um claro processo de objetificação.

No contexto de pessoas gays e lésbicas, o argumento de autonomia sexual, como considerado acima, sugere que as pessoas estão moralmente intituladas a serem consideradas como sujeitos sexuais e é precisamente isso o que explica porque a hostilidade legal ou social dirigida a eles é moralmente errada. Essa hostilidade, é claro, pode assumir muitas diferentes formas, desde a violência física direta até a regulação através da lei. Sob a proteção da lei, essa hostilidade pode ser aberta e direta, como acontecia, em muitos estados norte-americanos, anteriormente à decisão no caso *Lawrence v. Texas* em 2003, e através da proibição do casamento a pessoas do mesmo sexo; ou de maneira mais indireta, como acontece quando não existem medidas anti-discriminação que acabam autorizando a prática da discriminação, por exemplo, no local de trabalho, ou quando as autoridades públicas negam a parceiros do mesmo sexo o direito à sucessão, ou ao mesmo regime previdenciário, entre outros. Diz Bamforth que:

(é) a sensibilidade social em relação à sexualidade gay e lésbica (assim como em relação à raça e gênero) em muitas sociedades ocidentais que explica como o tratamento hostil face a sua orientação sexual acaba por fazer dela uma coisa – desumanizando-a, portanto – ao passo que uma característica não-sensível – por exemplo, a inteligência de uma pessoa – pode não atuar da mesma forma⁵³.

Em relação a essa noção de desumanização, dois pontos devem ser ressaltados, segundo Bamforth. O primeiro – envolvendo questões referentes à identidade –, é que essa desumanização não depende, ana-

⁵³ *Sexuality...* p.262

liticamente, da idéia de identidade pessoal de uma pessoa como gay ou lésbica. Ao invés disso, a desumanização de gays e lésbicas envolve o sentido de identidade como rótulo social, ou seja, aquela envolve a sua categorização social individual como um tipo de rótulo social desqualificador de 'identidade', ou seja, esses são vistos como, por exemplo, 'molestadores de crianças', 'pervertidos' e 'predadores sexuais insaciáveis'. Como sugere Bamforth, a discriminação se torna uma prática social na aplicação de compreensões hostis do status de um grupo às percepções reais ou percebidas de membros daquele grupo⁵⁴.

O segundo ponto é que o alcance da sensibilidade desses grupos sociais variará de sociedade para sociedade, e de época para época, assim como se dará a adesão de determinados rótulos sociais a algumas pessoas que serão agrupadas coletivamente, em função de sua identidade. Isso somente é possível dada a posição construtivista moderada adotada por Bamforth. Sob essa concepção, não pode haver nenhum grupo – definido por uma verdade essencial –, em nenhuma sociedade, que venha a ser considerado sempre, ao longo de toda a História, como necessitado de proteção legal contra a discriminação. Isso acarreta importantes conseqüências para o alcance de direitos legais – e para a noção de direitos de pessoas gays e lésbicas – a que a justificativa de empoderamento é capaz de defender. A mera idéia de respeito pelo indivíduo como sujeitos sexuais autônomos deveria sempre advogar em favor de que elas estariam livres da regulação criminal quando consentida uma atividade sexual.

O fato de as pessoas estarem protegidas por medidas legais anti-discriminatórias, a protegê-las, por exemplo, no local de trabalho ou na área social, estará sujeito à forma como se dá o grau e a direção da hostilidade na dita sociedade. Se em algumas delas, gays e lésbicas não são identificados como um grupo e não existe hostilidade social ou legal em relação à sexualidade de uma pessoa, demandas relativas à adoção de leis anti-discriminação serão consideradas supérfluas. Mas, ao contrário, se existe hostilidade em relação àqueles que praticam atividades sexuais com pessoas do mesmo sexo, mas esses não são identificados como membros do que, no Ocidente, se chama de categoria social gay e lésbica, leis de proteção são igualmente justificáveis, embora a forma de

⁵⁴ Ibid., pp. 262 e 263.

desumanização empregada seja diferenciada daquela experimentada, por exemplo, nos Estados Unidos e no Reino Unido. A compreensão da noção de desumanização auxiliará na delimitação do alcance das demandas de reforma legal que uma justificativa de empoderamento pode defender em cada sociedade, dado o papel acordado para respeitar a autonomia sexual, o qual não meramente reflete as circunstâncias da sociedade em questão⁵⁵.

A desumanização – ou objetificação – é uma forma aguda de desempoderamento, e ataques de violência física são a sua manifestação mais extrema e, segundo Bamforth, visam a erradicar gays e lésbicas como seres humanos. No caso brasileiro, ao sermos apontados como o país onde mais ocorrem casos de assassinato e violência física contra membros de minorias sexuais, deparamo-nos, claramente, com a forma mais extrema de desempoderamento. Concomitantemente, essas mesmas pessoas podem, também, serem vítimas de outras formas de desempoderamento como, por exemplo - também no caso brasileiro -, sob o aspecto econômico e social.

O terceiro elemento da justificativa de empoderamento se encontra na idéia de que o Estado tem o dever – como uma questão de justiça e de moralidade política – de empoderar os seus cidadãos, particularmente através do aumento de sua autonomia e remediando ataques baseados na sua desumanização. A mais poderosa teoria liberal perfeccionista de autonomia é aquela desenvolvida por Joseph Raz. Diz Bamforth que, enquanto os argumentos relativos ao empoderamento aqui apresentados se coadunam mais com a tradição social-democrata da Europa Ocidental, eles não são, sob qualquer forma, hostis aos objetivos da teoria liberal baseada na autonomia como desenvolvida por Raz. Como argumenta Neil MacCormick, o moderno sentido de democracia social europeia é mais claramente “uma filosofia de esquerda moderada (...) de espectro político (...) uma alternativa, ao invés de uma forma de socialismo”.

Esse sentido de democracia social repousa no equilíbrio entre as responsabilidades comunitárias e individuais, e os direitos. A comunidade desempenha um papel bastante claro em forjar a concepção popular de mundo e, de uma maneira geral, as pessoas não podem sustentar uma

⁵⁵ Ibid., pp.263 e 264.

existência significativa fora de uma comunidade dessa natureza. Não obstante, a autonomia humana é valorável tanto como um direito – ao permitir às pessoas o empoderamento através da assunção do controle de suas vidas – quanto pelo bem comum, ao autorizar a iniciativa individual e empresarial. Assim, o principal dever do Estado é maximizar o escopo da autonomia individual – em todas as esferas da vida – ao mesmo tempo em que impede que exercícios individuais de autonomia acabem por desempoderar outros.

As concepções individuais de autonomia e liberdade estão, provavelmente, sujeitas a serem fortemente afetadas pelo seu pano de fundo social. O pensamento político social democrata é assim conduzido; não por algum compromisso absoluto com a igualdade – econômica ou outra qualquer – mas por uma idéia mais flexível do empoderamento individual no contexto de uma sociedade com uma economia de livre mercado ou, de alguma forma, mista. Às vezes, isso requererá do Estado a intervenção através da lei – embora a decisão do uso da lei (ou de taxaço, ou do uso de subsídios estatais), dentro do contexto de empoderamento, seja uma questão pragmática -, ao permitir o constante desenvolvimento da estratégia social democrata. As compreensões sociais de autonomia e empoderamento variarão de época para época, embora certas coisas – como as liberdades sexuais básicas – permaneçam centrais à individualidade humana em todas as sociedades⁵⁶.

Enquanto teorias sociais-democratas de Estado estabelecem a autonomia como um valor central, argumentos de igualdade podem às vezes ser usados como um objetivo-fim estatístico, ou com um sentido retórico, isto é, como dois valoráveis usos da igualdade. Diz Bamforth que é assim que David Miliband fala sobre a necessidade de se olvidar uma coerente relação entre igualdade e diversidade, e “a necessidade de integração da ação pública e decisões de mercado”. David Held, nesse meio tempo, parece fazer uso do sentido estatístico de igualdade ao argumentar em favor de uma

política de empoderamento (social democrata, acrescenta Bamforth) que visa à cidadania livre e igual. Tal política tem como sua *raison d'être* a

⁵⁶ Ibid., pp. 264 e 265.

criação da igual autonomia para todos os cidadãos... e nos obriga a endereçar assimetrias ilegítimas de poder e oportunidade⁵⁷ .

Argumenta Held que uma democracia requer um princípio de autonomia através do qual as pessoas deveriam desfrutar de iguais direitos e obrigações dentro da estrutura social que proporciona e limita as oportunidades disponíveis a elas. As pessoas deveriam, portanto, “ser livres e iguais na determinação de suas vidas, na medida em que não se utilizem dessa mesma estrutura para negar aos outros os seus direitos”. Para ele, isso requer a proteção da autonomia “abrangendo áreas – que ele chama de sítios de poder – as quais podem ser referidas como corpo, bem-estar, cultura, associações civis, economia, instituições regulatórias e legais, violência organizada e recreações coercivas”. Um conjunto de direitos empoderadores se faz necessário para o asseguramento de iguais oportunidades participativas na própria comunidade, de modo a fornecer “a base de um acordo substantivo e duradouro entre liberdade e igualdade”, em oposição ao estrito igualitarismo. Diz Bamforth que deveria ser notado que é através da disponibilidade de direitos que se fornece o empoderamento e que tudo isso requer um forte comprometimento com noções de solidariedade comunitária⁵⁸ .

O papel da iniciativa individual é ressaltado por Anthony Giddens, ao sugerir que: o indivíduo deve obter um certo grau de “autonomia de ação como condição para se capacitar a sobreviver e moldar a sua vida, embora a autonomia não seja a mesma coisa que egoísmo e, além do mais, implica em reciprocidade e interdependência”⁵⁹ . O tema central é, portanto, “reconciliar autonomia e interdependência” nas várias esferas da vida social, inclusive no aspecto doméstico. Questões relacionadas às oportunidades da vida e estilos de vida se transformam em argumentos ainda mais centrais para argumentos políticos “em um mundo em que as coisas costumavam ser regidas pela natureza ou pela tradição, (uma vez que) essas agora estão sujeitas às decisões humanas”. Isso requer uma cidadania ativa: indivíduos e grupos devem estar empoderados de

⁵⁷ Ibid., p.265.

⁵⁸ Ibid., pp.265 e 266.

⁵⁹ Ibid., p.266.

modo a que possam fazer as coisas acontecerem por si próprias, ao invés de se deixar as coisas lhes acontecerem por instigação do Estado. Giddens igualmente clama pela abertura de um maior diálogo e confiança na esfera das relações sexuais. Pergunta Bamforth, então, aonde é que acabamos sendo conduzidos com a utilização de uma teoria política social democrata que inclui os direitos de pessoas gays e lésbicas? Quando somadas à análise de David Held para os “sítios de poder”, as discussões de Giddens quanto às oportunidades e estilos de vida reforçam ainda mais a noção de que a autonomia sexual é um bem moral central *per se*.

Diz Bamforth que é possível se estabelecer a seguinte distinção: de um lado, a liberdade para que não haja a regulação criminal da sexualidade, bem como a liberdade para o comportamento sexual consensual, são sempre desejáveis. Ambas devem alicerçar, em todas as sociedades, a autonomia sexual de cada pessoa, procedendo-se, justificadamente, a sua proteção. Por outro lado, apenas em algumas poucas sociedades se apresentará a necessidade de proibição da discriminação legal e social contra pessoas pertencentes aos grupos de minorias sexuais, bem como da permissão ao reconhecimento de parcerias registradas entre seus integrantes e do direito à adoção de crianças, entre outros. Uma legislação que oferece esse tipo de proteção, inclusive por garantir direitos, apenas será importante e justificável em sociedades onde a sua presença se faça necessária como meio de empoderamento, evitando a sua desumanização, manifesta sob tantas diferentes formas.

A liberdade para a prática da sexualidade e de uma atividade sexual consensual deveria ser considerada como um direito moral, crucialmente importante – para todos os indivíduos, em todas as sociedades –, independentemente da forma como eles próprios se definam – ou sejam definidos pelos demais –, em termos sexuais naquela sociedade e no período em questão. Contrariamente, as razões e as noções precisas de desempoderamento variarão entre as diversas sociedades, da mesma forma que as identidades, seja sob o aspecto de variados rótulos sociais ou pessoais. Ao contrário de uma justificativa baseada unicamente na idéia de igualdade, essa abordagem social democrata pode abranger – guardados os limites impostos pelo consentimento – a liberdade de uma sexualidade para todos, assim como fornecer a proteção a quaisquer tipos de grupos de minorias sexuais – inclusive em relação àqueles grupos não minoritários que apresentam uma maior sensibilidade – a qualquer

tempo. Essa posição, reforça Bamforth, é compatível com a abordagem construtivista moderada, a qual estabelece que “direitos de pessoas gays e lésbicas” nada mais é do que um slogan de campanha atual e pontual, por reconhecer que o mesmo carece de um significado fixo, e só apresenta valor em sociedades onde gays e lésbicas são considerados como um grupo socialmente sensível⁶⁰.

Alguns defensores da proteção legal para gays e lésbicas, analisa Bamforth, não concordarão integralmente com uma teoria social democrata de Estado, mas em caso positivo, eles precisarão desenvolver uma justificativa que, igualmente, emane de uma teoria alternativa de Estado e que seja plausível. Essa pode ser uma tarefa difícil, uma vez que argumentos baseados exclusivamente em igualdade – como produto de um pensamento padrão liberal ou socialista – apresentam diversas falhas, assim como o são visões libertárias de sexualidade e do Estado. Contrariamente, a teoria social democrata de empoderamento especifica na sexualidade e nas relações sexuais consensuais um bem moral, determinando as várias formas com que se dá a sua violação através da hostilidade legal e social dirigida às pessoas gays e lésbicas. Da mesma forma, essa teoria fornece uma razão para a intervenção legal, a qual é sensível às atuais circunstâncias sociais – portanto, parece improvável de se tornar irrelevante com o tempo – bem como adota uma visão suficientemente ampla de por que a sexualidade de cada indivíduo deveria ser valorável para eles nas modernas sociedades ocidentais, como forma de justificar a existência de leis anti-discriminação e direitos de parceria, bem como a proteção contra a regulação criminal.

Em resumo, a noção de desempoderamento sobre bases culturalmente sensíveis fornece uma justificativa para o combate à discriminação social e legal em termos de raça, sexo e orientação sexual, fazendo-o independentemente de a vítima dessa forma de discriminação perceber que a sua identidade pessoal está sendo alvo de ataque. Da mesma forma, a justificativa de empoderamento pode abranger todos os problemas e casos que são excluídos sob as teorias de igualdade e privacidade, evitando o polêmico raciocínio que repousa sob os argumentos liberacionistas e da imutabilidade.

⁶⁰ Ibid., pp.266 e 267.

Bibliografia

- ALTMAN, Dennis. **Homosexual Oppression and Liberation**. New York: Avon, 1973.
- BAMFORTH, Nicholas. **Sexuality, morals and justice: a theory of lesbian and gay rights law**. London: Cassell, 1997.
- BORRILLO, Daniel. **L'Homophobie**. Collection "Que sais-je?". 2ème. édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
- _____ e LOCHAK, Daniele. **La liberté sexuelle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.
- BOSWELL, John. **Christianity, social tolerance and homosexuality: gay people in Western Europe from the beginning of the Christian era to the fourteenth century**. Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- _____. **The kindness of strangers and the abandonment of children in Western Europe from late antiquity to the Renaissance**. New York: Vintage Books, 1990.
- _____. **The marriage of likeness - same-sex unions in pre-modern Europe**. New York: Villard, 1994.
- BUFFIÈRE, Félix. **Eros adolescent: la pédérastie dans la grèce antique**. Paris: Les Belles Lettres, 1980.
- BUTLER, Judith. **Gender trouble**. 10th edition. New York: Routledge, 1999.
- CALIFIA, Patrick. **Public sex: the culture of radical sex**. 2nd edition. San Francisco: Cleis Press, 2000.
- COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício: estudos sobre homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.
- _____. **A face e o verso: estudos sobre o homoerotismo II**. São Paulo: Escuta, 1995.
- D'EMILIO, John. **Sexual politics, sexual communities**. 2nd edition. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ERIBON, Didier. **Réflexions sur la question gay**. Paris: Fayard, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade, volume I. A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

- _____. **História da Sexualidade, volume II. O uso dos prazeres.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- _____. **História da Sexualidade, volume III. O cuidado de si.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- FRY, Peter e MacRAE, Edward. 1983. **O que é Homossexualidade?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Ed. Brasiliense.
- GIDE, André. **Corydon.** Reprint Edition. Chicago: University of Illinois Press, 2001
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1975.
- GREEN, James N. **Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX.** São Paulo: Ed. UNESP, 2000.
- GUIMARÃES, Anibal Ribeiro. Direitos Humanos para todos ou somente para alguns? In: **Caros Amigos**, ano VII, número 84, São Paulo: Editora Casa Amarela, março de 2004, pg.12.
- _____. LGBT Youth in Brazil. In: SEARS, James T. (org.). **Youth, education, and sexualities: An international encyclopedia.** Westport: Greenwood Press/Praeger. No prelo.
- KATZ, Jonathan Ned. **A invenção da heterossexualidade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.
- MOTT, Luiz. **Epidemic of hate: violations of the human rights of gay men, lesbians, and transvestites in Brazil.** New York: IGLHRC, 1997.
- _____. Disponível em: <http://luizmott.cjb.net>.
- TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.
- VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

Notícias e Informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2004 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Celso de Albuquerque Silva

05/11/2004

DOCTORADO

TÍTULO:

DO EFEITO VINCULANTE - SUA LEGITIMAÇÃO E APLICAÇÃO

RESUMO:

A presente tese de doutoramento em direito constitucional versa sobre a temática da doutrina do stare decisis que impõe às Cortes de nível hierárquico inferior o dever de obedecer e seguir os precedentes judiciais das Cortes Superiores. A tese está dividida em duas partes. A primeira parte analisa os princípios constitucionais da isonomia, da rule of law e democrático como fatores justificadores e legitimadores da adoção da doutrina do stare decisis, na medida em que asseguram coerência e consistência nas decisões judiciais e concretizam o ideal de segurança jurídica e justiça. A segunda parte analisa o papel desempenhado pelas Cortes Judiciais nos Estados modernos, descreve e analisa criticamente os diversos modelos teóricos de aplicação da doutrina do stare decisis com o objetivo de estruturar uma teoria coerente dos fundamentos doutrinários para uma correta aplicação da doutrina e, finalmente, elabora os princípios institucionais que governam o abandono da doutrina anteriormente estabelecida para harmonizar as tensões entre as necessidades de estabilidade e flexibilidade da ordem jurídica, que decorrem das demandas da segurança jurídica e as exigências dos princípios morais mutáveis concernentes à justiça social.

Claudia Costa Mansur

01/10/2004

MESTRADO

TÍTULO:

DO HOMEM PRIMITIVO AO CIDADÃO VIRTUOSO: A CONQUISTA DA AUTONOMIA - A PARTIR DE UMA LEITURA DA OBRA DE J.-J.ROUSSEAU.

RESUMO:

O trabalho apresenta uma leitura da obra de Jean-Jacques Rousseau que privilegia o Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, à luz de outras obras suas, em especial, o Discurso sobre as Ciências e as Artes, o Emílio e As Confissões. Rousseau, na leitura proposta, teria imaginado um ser antropológico através das figuras do homem primitivo, do homem civilizado e do cidadão virtuoso, que representariam instâncias que co-habitam a psique, atravessando o homem estágios de desenvolvimento emocional na busca da conquista de sua autonomia, através de um processo contínuo de individuação. A questão assume relevância na medida em que se pretendeu reafirmar, acompanhando o pensamento rousseauiano, a necessidade de que toda teoria política esteja assentada em uma base antropológica, assim como toda construção humana deve emergir de uma base natural, a fim de que se preserve a ética que a deve presidir.

Flavia da Costa Limmer

14/12/2004

MESTRADO

TÍTULO:

ENTRE A CAUTELA E O RISCO: A QUESTÃO DA BIOSSEGURANÇA ALIMENTAR VISTA PELO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL.

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns aspectos concernentes às recentes inovações tecnológicas, e suas conseqüências para o meio ambiente. Embora não exista desenvolvimento social sem o progresso econômico e científico, não se pode conceber a existência de um Estado Democrático de Direito sem a preservação do meio ambiente. A consolidação dos direitos e garantias fundamentais, só é possível com a concretização do desenvolvimento sustentável, hoje tido como mera utopia. Como forma de mitigar as constantes agressões aos ecossistemas, estuda-se como a modernidade influencia na formação da Sociedade de Risco, marcada pela existência de graves situações que por muitas vezes passam despercebidas, mas representam profundas ameaças para a humanidade. O projeto moderno mostra-se, hoje, como impraticável graças aos seus próprios fundamentos. Trata-se do contexto da modernização reflexiva. Acredita-se que mediante a adoção do postulado da cautela, concretizada pelo princípio da precaução, estar-se-á dando um importante passo para o controle dos riscos existentes. O Brasil enfrenta no presente momento tais questões, dada a necessidade de regulamentação da produção e consumo dos organismos geneticamente modificados, também conhecidos como alimentos transgênicos. Nesse caso, o instrumento normativo que irá disciplinar o uso do princípio da precaução em nosso país pode ser um importante instrumento de defesa desta concepção democrática da interpretação da legislação ambiental, inclusive no campo da hermenêutica constitucional.

Manoel Messias Peixinho

24/09/2004

DOUTORADO

TÍTULO:

TEORIAS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUMO:

A proposta de uma tese de doutorado sobre teorias e métodos de interpretação dos direitos fundamentais exige uma investigação propedêutica de premissas basilares. Os direitos fundamentais devem ser investigados a partir de uma análise conceitual que procure dissipar as polissemias conceituais e estabeleça a precisão terminológica do tema pesquisado. Outrossim, num segundo momento, a delimitação conceitual há que ser expandida historicamente como exigência de um debate teórico fundamental à compreensão das garantias clássicas liberais. As teorias e os métodos de interpretação dos direitos fundamentais têm origem nos direitos alemão e espanhol e têm fontes secundárias os contributos oriundos das tradições americana e francesa. É cientificamente relevante a recepção dessas teorias e métodos para a interpretação dos direitos fundamentais no Brasil, desde que não haja uma transposição acrítica de metodologias estrangeiras, com o conseqüente desconhecimento das especificidades inerentes aos valores presentes no constitucionalismo brasileiro.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
17/08/2004
MESTRADO

TÍTULO:
PROBLEMAS NO CAMINHO DA SUPERAÇÃO DA SUMMA
DIVISIO PÚBLICO/PRIVADO.

RESUMO:
O direito civil-constitucional tem como um dos seus postulados fundamentais a superação da dicotomia público/privado, como forma de submeter o Código Civil à hierarquia de valores da Constituição. A transposição dessas fronteiras acarreta uma verdadeira “revolução” no direito civil, pois a teoria clássica em grande medida colocava o direito civil em superioridade hierárquica frente à Constituição, fazendo os valores individuais prevalecerem em relação à sociedade. Esta mudança de perspectiva traz uma série de problemas quanto a sua fundamentação. Para que o direito civil-constitucional não caia na armadilha de tão somente fundamentar a “socialidade” do direito civil despatrimonializado na necessidade de fazer pesar mais o caráter social da “balança” frente ao individual, cabe reconhecer que esta relação entre individualização e socialização traduz-se por uma tensão entre os dois campos e não como uma disputa entre eles. Para isso, pretendemos fundamentar esta tensão a partir da “Teoria do Discurso” de Jürgen Habermas aplicada ao direito, o que demanda uma fundamentação do direito civil-constitucional diferente das que contemporaneamente se apresentam.

Maria Eugenia Bunchaft

21/12/2004

MESTRADO

TÍTULO:

RECONSTRUINDO A IDÉIA DE NAÇÃO: DO NACIONALISMO AO PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL.

RESUMO:

Patriotismo Constitucional representa uma forma pós-nacional de identificação política para sociedades pluralistas. Lealdade aos princípios constitucionais e às instituições políticas que eles estruturam - portanto identificação focalizada no status político-legal da cidadania, ao invés do pertencer etnocultural - pode fornecer a base para uma forma racional de identidade coletiva que supera o chauvinismo que tem importunado a identificação nacional. A deliberação democrática fornece o meio no qual os cidadãos podem forjar uma identidade racional coletiva através da participação em um projeto constitucional democrático que pode se tornar foco de formas não-chauvinistas de reconhecimento mútuo, solidariedade e apego afetivo.

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

24/09/2004

DOUTORADO

TÍTULO:

AUTONOMIA E NORMA JURÍDICA

RESUMO:

“Autonomia e norma jurídica” é uma reflexão sobre a norma jurídica. Seu ponto de partida é o de que o pensamento jurídico, seus conceitos de norma e autonomia, estão presos ao paradigma da ciência moderna e, por conseqüência, à concepção ontológica herdada. Mediante esse entendimento, orienta-se a uma crítica ao pensamento moderno e à ontologia que pressupõe. A construção do argumento aproxima o estranhamento à natureza que representa a filosofia à emergência do direito como filosofia prática. Nesse processo, discute a perspectiva de afastamento da norma em relação à natureza, para ensaiar que o pressuposto disjuntivo não possui um fundamento definitivo na tradição, que a metafísica que se consagrou no pensamento antigo reconcilia, na sua ontologia mesma, natureza e norma. Em movimentos que visam o mesmo objeto, pretende identificar os elementos do diálogo do pensamento moderno com a tradição. A emergência do pensamento moderno firmou-se sob os fundamentos da ontologia que consagrada pela tradição socrática: a permanência do direito romano deu continuidade ao direito natural e permitiu sua reapropriação como razão; a ciência moderna se instituiu afirmando-se pela violência do método, mas mantendo intactos importantes fundamentos próprios da filosofia clássica. Assim, direito e ciência conduzem pressupostos antigos e os mantém mediante a ressignificação de seus elementos estruturais. Essa herança aparece inteira no paradigma da modernidade e permite compreender o que Boaventura de Souza Santos denomina de crise especular da ciência. “Autonomia e norma jurídica” aproxima essa crítica à reflexão ontológica, para alcançar o conteúdo da crise da ciência e do direito, com base no pensamento de Cornelius Castoriadis. O presente trabalho, enfrenta, pois, a norma, desde uma reflexão ontológica, identificando a norma não exatamente naquilo em que a norma é criação humana, mas destacando a região onde a norma, como criação humana, é natureza. Palavras-chave: autonomia, norma jurídica, ontologia, ciência moderna, crise do paradigma, teoria da argu-

Resumos/ Abstracts

MÜLLER, Bruno Frederico. Constitucionalização de uma União conservadora: esboço de uma crítica cosmopolita ao projeto de Constituição Européia. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.

Resumo

O objetivo do presente artigo é discutir o processo de elaboração de um projeto constitucional para a União Européia (UE) e suas possíveis conseqüências a partir do debate acerca do cosmopolitismo. A questão que orienta este estudo consiste em saber o papel que joga a União Européia e quais as possíveis aproximações e distanciamentos do projeto em relação a uma ordem cosmopolita que tem como base teórico-conceitual os estudos de Ulrich Beck e Jürgen Habermas. A construção da identidade européia nos leva a questionar se a UE pode gerar seu próprio nacionalismo. Nossa tendência é responder afirmativamente. Assim, junto ao nacionalismo dos Estados-membros, experimenta-se o desenvolvimento de um sentimento e de uma ideologia semelhante no âmbito continental. O Estado supra-nacional não representaria o fim do nacionalismo e das demandas a ele associadas.

Palavras-chave

União Européia; Estado Nacional; cosmopolitismo; nacionalismo; identidade.

Abstract

The goal of this article is to discuss the process of creation of a constitutional project for the European Union (EU) and its possible consequences from the debate on cosmopolitism. The issue that guides this study consists in knowing the role that the European Union plays and what are the possible approaches and farness of the project in relation to a cosmopolitan order that has as theoretical-conceptual basis Ulrich Beck and Jürgen Habermas' studies. The construction of the European identity makes us question if the EU can generate its own nationalism. We tend to answer affirmatively. This way, together with the nationalism of the States-members, a development of a similar sentiment and ideology in the continental range is experienced. The

supra-national State would not represent the end of nationalism and of the demands associated to it.

Keywords

European Union; Nation State; cosmopolitism; nationalism; identity.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na internet. *In*: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.

Resumo

O presente artigo visa a contribuir para o debate sobre a responsabilidade civil dos provedores de internet, enfocando a hipótese de sua responsabilização perante terceiros por atos praticados por seus usuários. Muitas vezes, a imputação de responsabilidade lastreada pelo simples risco da atividade, como determina do Código Civil, terminaria por aniquilar de todo a prestação do serviço. A ausência de um posicionamento legislativo bem definido sobre o tema e a existência de uma pluralidade de fundamentos para as decisões já proferidas pelos tribunais têm gerado situações que demandam uma análise mais pormenorizada dos aspectos jurídicos e técnicos envolvidos na questão.

Palavras-chave

Responsabilidade civil; provedor de internet; teoria do risco; Código Civil.

Abstract

This article aims to contribute for the debate about the civil liability [*torts*] of internet providers, focusing the hypothesis of their responsabilization before third parties for acts practiced by their users. Often, the imputation of responsibility spread by the simple risk from the activity, as the Civil Code determines, would end up annihilating all the providing service. The absence of a well-defined legal positioning on the subject and the existence of a plurality of fundaments for the

decisions already pronounced by the tribunals have generated situations that demand a deeper analysis of the legal and technical aspects involved in this issue.

Keywords

Civil liability [*torts*]; internet provider; strict liability; Civil Code.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Estatuto do Desarmamento: irracionalidade, ilegitimidade e inconstitucionalidade. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da Puc-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.*

Resumo

O Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003, para além de suas características de duvidosa juridicidade, representa epítome de um processo de produção legislativa desmesurada na seara penal, tida por remédio para uma sensação de insegurança que assola as sociedades brasileiras. No presente trabalho, visa-se à mostra de que este tipo de diploma legal só traz enfraquecimento da democracia, falta de legitimidade da ordem jurídica, de par com inconstitucionalidades de todo gênero.

Palavras-chave

Direito penal; Estatuto do Desarmamento; medo; democracia; direito de liberdade; princípio da legalidade; inconstitucionalidade.

Abstract

The Statute of Desarmament, no. 10.826, enacted on 22nd of December 2003, beyond its dubious legal characteristics, represents an epitome of a process of an unmeasured legislative production in the criminal arena, taken as a medicine for a sensation of insecurity that devastates Brazilian societies. In the present work, the intention is to show that this type of legal diploma only brings the weakening of democracy, lack of legitimacy of the legal order, together with illegalities of every kind.

Keywords

Criminal law, Statute of Disarmament, fear, democracy, right of freedom, principle of legality, illegality.

GHETTI, Pablo. A Legitimidade do direito nos horizontes da modernidade/pós-modernidade. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.*

Resumo

Procura-se analisar o quadro paradigmático do problema acerca da legitimidade do direito nos horizontes da modernidade e da pós-modernidade. Não se busca o esgotamento do tema, mas uma contribuição particular, de forma a abordar alguns autores específicos, mas bastante representativos. Pretende-se tratar de duas propostas com bases epistemológicas totalmente distintas, mas que revelam algumas semelhanças inusitadas. Modernidade e pós-modernidade não são termos que possam ser tomados abstratamente, como camisas de força para a imaginação teórica, de modo a ser necessário mergulhar na singularidade e raridade de cada autor.

Palavras-chave

Legitimidade do direito; modernidade; pós-modernidade; Habermas; Sousa Santos; Derrida.

Abstract

This article intends to analyze the paradigmatic scenario of the problem about the legitimacy of law in the horizons of modernity and post-modernity. It does not aim to exhaust the theme, but a particular contribution, comprising some specific authors, however very representative. It is intended to go through two proposals with totally different epistemological bases, but that reveal some unusual similarities. Modernity and post-modernity are not terms that can be taken abstractly, like straight-jackets for the theoretical imagination, being necessary to dive in the singularity and rarity of each author.

Keywords

Legitimacy of law; modernity; post-modernity; Habermas; Sousa Santos; Derrida.

AMARAL, Thiago Bottino do. Democracia constitucional e fundamentos de um sistema punitivo democrático. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.*

Resumo

Análise da imposição de limites substanciais à soberania popular (conceito de democracia constitucional) como premissa teórica para identificação dos elementos fundamentais de um sistema punitivo democrático, ou seja, aquelas regras e princípios que não podem ser suprimidos da estrutura do direito penal e processual penal, sob pena de a legitimidade do Estado para proibir, processar e punir dissociar-se do paradigma democrático.

Palavras-chave

Democracia constitucional; sistema punitivo; direitos fundamentais; Garantismo; Estado de Direito.

Abstract

Analysis of the imposition of substantial limits to the popular sovereignty (concept of constitutional democracy) as theoretical premise for identification of the basic elements of a democratic punitive system, or either, those rules and principles that cannot be suppressed of the structure of the criminal law and criminal procedural law because, if so, the legitimacy of the State to forbid, to process and to punish would be apart of the democratic paradigm.

Keywords

Constitutional democracy; punitive system; basic rights; “garantismo”; rule of law.

BARBOSA, Pedro Henrique Batista. Pentecostalismo no Brasil: uma pretensa ameaça política. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.

Resumo

O artigo trata da questão do impacto político da expansão do movimento pentecostal no Brasil durante as últimas décadas. Nos últimos 25 anos, ocorreu uma grande mudança de comportamento com relação a escolhas religiosas do povo brasileiro. As Igrejas pentecostais aumentaram significativamente a sua participação nas esferas políticas municipais e nacionais. Mediante uma pesquisa doutrinária extensa e coleta de dados, o estudo conclui que a possibilidade de as Igrejas pentecostais ganharem mais poder político de forma a mudar a identidade nacional do país é baixa.

Palavras-chave

Movimento pentecostal; Brasil; participação; poder político.

Abstract

This research paper concerns the political impact of the expansion of the Pentecostal religious movement in Brazil during the last decades. In the last 25 years, a great change of behavior related to the religious choice of Brazilian people took place. Pentecostal churches have increased significantly their participation at both the municipal and national political levels. Through an extensive literature research and data collection, the study concludes that the possibility of Pentecostal churches to gain more political power in order to change the national identity of the country is low.

Keywords

Pentecostal movement; Brazil; participation; political power.

STILLE, Alexander. Apocalypse soon – O Império de Antônio Negri.
[Tradução de Flavio Leão Pinheiro]. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade*, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.

Resumo

Trata-se de artigo publicado em novembro de 2002 no famoso periódico norte-americano *New York Review* que procura traçar a história da vida política e acadêmica de Antônio Negri. O autor analisa de maneira contundente a repercussão de sua produção teórica, sobretudo após a publicação do livro *Império*, na Itália e no mundo, considerando as críticas provenientes tanto da esquerda como da direita.

Palavras-chave

Antonio Negri; *Império*; Brigadas Vermelhas; Autonomia Operária; movimento antiglobalização.

Abstract

The present article was published November 2002 in the famous American periodical *New York Review* and attempts to trace the history of Antonio Negri's political and academic life. The author analyses firmly the repercussion of Negri's theoretical production, especially after the publication of *Empire*, in Italy and in the world, considering the critics from both the left and the right.

Keywords

Antonio Negri; *Empire*, *Brigatte Rose*, *Autonomia Operaria*, antiglobalization movement.

GUIMARAENS Jr, Anibal Ribeiro. Do armário à vitrine: o empoderamento de minorias sexuais e a demanda de reformas legais (uma questão de direitos humanos). In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 25, jul./dez. 2004.

Resumo

A proposta principal desse trabalho é buscar o reconhecimento do caráter humano das chamadas minorias sexuais, oferecendo um contra-argumento à perversa insistência na sua objetificação e na manutenção do *status quo*. A teoria de empoderamento, como desenvolvida por Nicholas Bamforth, serve como base para sustentar esse raciocínio. A bibliografia utilizada destaca e valoriza a interpretação do próprio indivíduo estigmatizado – a mulher feminista, gays e lésbicas radicais, comunidades transexuais e bissexuais –, o qual se viu retratado, interpretado, codificado, avaliado, dominado e subestimado por meio de relações assimétricas. Igualmente, ao longo de todo o trabalho, é feita uma análise da questão sob o prisma de gênero.

Palavras-chave

Minorias sexuais; gênero; gays; lésbicas; bissexuais; transgêneros; direito humanos; teoria do empoderamento.

Abstract

The thrust and main purpose of this work is to seek proper and due acknowledgement of the human character of the so-called sexual minorities, by presenting a counter-argument to the perverse, conservative and derogatory manner under which they are dehumanized, in an effort to ensure the *status quo*. Taking into consideration the theory of lesbian and gay rights law, developed by Nicholas Bamforth - specifically, its idea of empowerment - I try to sustain that reasoning by observing the same equal and cohesive manner. The bibliography used is a clear example of my firm belief in the proposals of whom have been stigmatized, made invisible, rendered voiceless, and systematically framed, codified, interpreted, assessed, dominated and underestimated through unbalanced, asymmetric relations: women feminists, radical lesbians and gays, trans and bisexual communities.

Keywords

Sexual minorities; gender; gays; lesbians; bisexuals; transgenders; human rights; theory of empowerment.

Normas de Publicação

Os trabalhos enviados para publicação na Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – *Direito, Estado e Sociedade* – deverão ser inéditos ou ter tido circulação restrita. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circularem na Internet.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete e acompanhados de uma cópia impressa. O processador de texto recomendado é o Microsoft Word. É permitido, contudo, utilizar qualquer processador de texto, desde que os artigos sejam gravados no formato .rtf (*Rich Text Format*), formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ser precedidos ou sucedidos por uma folha com o título do trabalho, nome do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições a qual pertença e a principal atividade exercida. Se for o caso, deve-se expressamente autorizar sua divulgação na *home page* do Departamento de Direito. Os artigos só serão divulgados na *home page*, porém, um ano após sua publicação impressa.

4. Quanto à forma, os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 15 e 20 laudas. Os parágrafos devem ser

alinhados a 1,27 cm da margem esquerda escrita. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina este, automaticamente. A fonte utilizada deve ser *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos não devem ter entrelinha; as margens são de 3,0 cm no lado esquerdo, 3,0 cm no lado direito e 2,5 cm nas margens superior e inferior. O tamanho do papel deve ser A4.

5. Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas com recuo de 2 cm, somente na margem esquerda escrita, mesma fonte *Times New Roman*, mas em corpo 11, sem o uso de itálico e nem de aspas.

6. Se o trabalho contiver sub-divisões, deverá ser precedido de um Sumário, numerado, com as divisões do texto, separada cada divisão da outra por um travessão. Exemplo:

Sumário: 1. Realidade social e ordenamento jurídico; – 2. Regras jurídicas e regras sociais; – 3. O jurista e as escolhas legislativas; – 4. O Código Civil; – 5. A Constituição; – 6. A chamada descodificação; – 7. Conclusão.

7. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). A referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; palavra edição abreviada; ponto; local; espaço; dois pontos; espaço; editora (suprimindo-se os elementos que designam a natureza comercial da mesma); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplo:

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

8. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

9. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos ao Conselho Editorial da Revista, ao qual cabe a decisão final sobre a publicação. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial não necessariamente serão publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

10. Trabalhos de alunos de graduação, excepcionalmente, poderão vir a ser publicados mas, para serem submetidos ao Conselho Editorial, deverão ser

encaminhados à Coordenação de Publicação por um professor.

11. Os artigos publicados poderão ser também divulgados na *home page* do Departamento, desde que o autor (ou autores) autorize(m) expressamente tal divulgação.

12. Os trabalhos não publicados só serão devolvidos se for feita solicitação neste sentido, até um ano após o seu envio.