

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

MARÍLIA FREITAS LIMA

**O DILEMA DEMOCRÁTICO E SEUS REFLEXOS NO CAMPO JURÍDICO
BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE O DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

Uberlândia
2016

MARÍLIA FREITAS LIMA

**O DILEMA DEMOCRÁTICO E SEUS REFLEXOS NO CAMPO JURÍDICO
BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE O DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação a ser submetida ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Professor Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

L732d Lima, Marília Freitas, 1990-
2016 O dilema democrático e seus reflexos no campo jurídico brasileiro :
 um debate sobre o direito a liberdade de expressão / Marília Freitas
 Lima. - 2016.
 140 f.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Liberdade de
expressão - Teses. 4. Democracia - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido da.
II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

MARÍLIA FREITAS LIMA

**O DILEMA DEMOCRÁTICO E SEUS REFLEXOS NO CAMPO JURÍDICO
BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE O DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação aprovada para a obtenção de título de Mestra no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia pela banca examinadora formada por:

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Uberlândia, 29 de fevereiro de 2016.

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva, UFU/MG

Profª Drª Débora Regina Pastana, UFU/MG

Profª Drª Roberta Camineiro Baggio, UFRGS/RS

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, pela confiança e apoio em minhas escolhas.

Ao irmão, por todo incentivo.

Aos meus amigos, pelo companheirismo diário.

AGRADECIMENTO

À minha família por terem acreditado e me apoiado em mais uma de minhas escolhas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva, por acreditar no desafio desta pesquisa e pelo apoio acadêmico.

À Profª Débora Pastana pelos conselhos acadêmicos e profissionais.

À Profª Roberta Baggio por toda disponibilidade e atenção.

À Faculdade de Direito e ao Programa de Mestrado pelo apoio institucional.

Ao ESAJUP pelas experiências, pelos aprendizados e pelas amizades.

À turma de Ação Coletiva/Esajup pelo empenho e carinho.

À Fapemig pelo apoio financeiro durante a pesquisa.

Aos Professores do Núcleo de Fundamentos do Direito por todas as indicações.

Aos amigos goianos e aos amigos mineiros pela paciência e carinho.

Aos meus companheiros de mestrado por todas as vivências.

RESUMO

Este trabalho tem a pretensão de abordar o processo democrático e a liberdade de expressão, sob a ótica do conflito. Desta maneira, alguns conceitos serão abordados, campo jurídico, democracia e liberdade de expressão. Através de uma revisão bibliográfica e análise documental, se verificará como o campo jurídico funciona e como seus agentes utilizam dos instrumentos jurídicos como maneira de manutenção da ordem estabelecida. Neste cenário, o direito à liberdade de expressão será utilizado como forma de visualização de como estas teorias são aplicadas e verificadas no ambiente concreto. Enquanto objetivo geral, se tem a pretensão de demonstrar, através do direito de liberdade de expressão, a ideia do conflito como construtor de uma sociedade mais democrática. Especificamente, se pretende diferenciar os conceitos de democracia de consenso e democracia de conflito; fazer uma análise sobre a liberdade de manifestação enquanto questão essencial para a construção democrática; explicitar as características hegemônicas e contra hegemônicas dentro da democracia. Quanto às hipóteses se trabalhará, primeiramente, que a sociedade brasileira ainda possui uma dificuldade no reconhecimento dos instrumentos de luta social, especialmente aqueles que se utilizam da manifestação pública da discordância política; em segundo, que o campo jurídico, no Brasil, vive uma forte tensão entre as ideias progressistas e as ideias conservadores, sendo esta claramente retratada pelas decisões das autoridades judiciais; e, por fim, que o Estado brasileiro ainda é majoritariamente dominado por ideologia e instrumentos simbolicamente autoritários, os quais ainda estão presentes dentro das instituições e dificultam uma vivência democrática. Nos últimos tempos, principalmente nos anos próximos à virada do século, houve um grande questionamento dos conceitos e das estruturas que tradicionalmente compõem o Estado, especialmente se tratando da representatividade formal e da construção das políticas públicas. Em vários países ocidentais, e alguns orientais, emergem movimentos que questionam formas tradicionais governamentais e como essas pessoas tem sido representadas nas políticas sociais, como o *Los Indignados* e o *Occupy*. Entendeu-se necessário o estudo sobre esta tensão que ocorre entre as forças que atuam na sociedade em virtude do acirramento das manifestações populares, inclusive no Brasil. Por isso o estudo se versa na análise da interação dessas forças jurídicas e seus embates, seja no ambiente político ou no jurídico. Historicamente, as classes dominantes estiveram à frente das decisões econômico-sociais, inclusive se utilizando da violência simbólica e criação ideológica no sentido de transformá-la em vontade geral e na ideia de bem comum. A criação de discursos hegemônicos contribui para a manutenção do poder dominante e uma estrutura hierarquizada. Nesse sentido, a produção que acontece no campo jurídico contribui para a perpetuação de certas lógicas e discursos próprios desse campo, caracterizando as forças que o estruturam e o modo com que produzem. E é neste cenário de tensão política que se analisará a efetivação da construção democrática, quando, na existência de um conflito, o direito de liberdade de expressão é dos primeiros que sofre restrições.

Palavras-chave: Campo jurídico. Democracia. Conflito. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

This work pretends to address the democratic process and freedom of expression from the perspective of the conflict. Thus, some concepts will be studied: legal field, democracy and freedom of expression. Through a literature review and documentary analysis, check how the legal field works and how its agents use the legal instruments as a way of maintaining the established order. In this scenario, the right to freedom of expression will be used as a way to display how these theories are applied and verified in the concrete environment. As a general goal, it purports to demonstrate, through the right to freedom of expression, the idea of conflict as a builder of a more democratic society. Specifically, it is intended to differentiate the consensus democracy concepts of democracy and conflict; make an analysis on freedom of expression as a key issue for building democracy; explain the features and hegemonic against hegemonic within democracy. Regarding the chances, first, that Brazilian society still has a difficulty in recognizing the instruments of social struggle, especially those who use the public expression of political dissent; second, that the legal field, in Brazil, lives a strong tension between progressive ideas and conservative ideas, which is clearly depicted by the decisions of the judicial authorities; and, finally, that the Brazilian State is still largely dominated by ideology and symbolically authoritarian instruments, which are still present within the institutions and undermine democratic experience. In recent times, especially in begin of the XXI Century there was a great questioning of concepts and structures that traditionally make up the State especially when it comes to formal representation and construction of public policies. In several, Western countries and some Eastern emerge movements that challenge traditional forms of government and how these people have been represented in social policies, such as Los Indignados and Occupy. It was considered necessary the study of this tension that occurs between the forces acting in society due to the intensification of demonstrations, including Brazil. So the study versa when analyzing the interaction of these forces and their legal struggles, whether in political or legal environment. Historically, the ruling classes were ahead of the economic and social decisions, including using the symbolic violence and ideological creation in order to transform it into general will and the idea of the common good. The creation of hegemonic discourses contributes to the maintenance of the dominant power and a hierarchical structure. In this sense, the production that takes place in the legal field contributes to the perpetuation of certain logic and own speeches this field, featuring the forces that structure and the way we produce. It is in this tense political scenario that will examine the effectiveness of the democratic construction, when the existence of a conflict, the right to freedom of speech is the first to suffer restrictions.

Keywords: Legal Field. Democracy. Conflict. Freedom of expression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
I CAMPO JURÍDICO E A INTERAÇÃO DEMOCRÁTICA: CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE DEMOCRACIA EM UM AMBIENTE CONFLITUOSO	
1.1 Campo Jurídico: o que é e seu funcionamento.....	12
1.2 Democracia: uma construção teórica conflituosa.....	18
1.3 Ideologia e discursos hegemônicos.....	26
1.3.1 Debate conservador e progressista: um embate ideológico no campo jurídico.....	33
II AVANÇOS POLÍTICOS E MOVIMENTOS CONTRA HEGEMÔNICOS: TEORIAS JURÍDICAS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA	
2.1. Teorias Críticas do Direito: tipos e debate.....	37
2.1.1. Movimento Direito Alternativo.....	50
2.2. Neoconstitucionalismo: considerações críticas.....	55
2.2.1. Perspectiva do consenso e suspeita do processo democrático.....	62
III DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO: PREDOMÍNIO DENTRO DO CAMPO JURÍDICO DAS FORÇAS CONSERVADORAS	
3.1 Direito de expressão ou direito a livre manifestação: análise.....	68
3.2 Direito de manifestação: dissenso e valor da expressão cívica.....	74
3.2.1 Repressão às manifestações políticas e violência simbólica.....	81
3.3 Atuação das forças jurídicas dentro do campo e a construção do habitus para uma democracia conflitiva.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	108
ANEXO	116

INTRODUÇÃO.

Na primeira década do século XXI começa a ser percebido, no cenário mundial, um descontentamento quanto ao paradigma de democracia hegemônica nos países ocidentais, havendo, desta forma, um levante de vários movimentos sociais que questionam a representatividade dos partidos políticos e o funcionamento do sistema político atual. O sistema político, com ideais hegemônicos, passa, então, a sofrer diversos questionamentos e críticas, sendo as mais contundentes referente à representatividade das minorias na construção das políticas públicas.

O modelo partidário vivido não mais consegue atender aos anseios populares, sendo que muitos países, com tais protestos, tentam desenvolver soluções ou alternativas para contornar essa situação. Neste sentido, podemos destacar as manifestações na Grécia em 2015, que questionavam as políticas de austeridade econômica do Eurogrupo; na Espanha em 2014 com eleição partido Podemos que foi criado para agregar os movimentos de cidadãos; e as manifestações brasileiras de junho de 2013, as quais, a princípio questionavam as tarifas cobradas para o uso do transporte público, mas posteriormente se tornou um grande protesto contra os problemas do sistema político nacional. Neste cenário global de reivindicações e questionamentos sobre os modelos econômicos e políticos, é que se vê a necessidade de discutir um direito humano/fundamental que em momentos de crise, é um dos que mais sofre restrições ou violações.

Tradicionalmente, a identidade do sistema jurídico (e intrínseco a este, o sistema político) liberal tem sido associada à forma pela qual ele propagou a ideia de espaço público como aquilo que é oposto ao privado, principalmente, para assegurar o direito à propriedade e o livre mercado (FARIA, 1989, p. 23). Neste esquema, a liberdade é formal, institucionalizada por um poder baseado em regras genéricas que tendem a regular a convivência entre as pessoas e conservar o livre desenvolvimento da economia capitalista.

As ideias dominantes são apresentadas como maneira de justificar e legitimar o *status quo* e a manutenção da estrutura hierarquizada da sociedade. A ideologia hegemônica se manifesta através de ideias particulares que são transformadas em ideias abstratas e gerais, fazendo com que os interesses daqueles que detém os meios de produção se tornem o bem comum. O Estado utiliza da ideologia majoritária como maneira de harmonização e pacificação, fazendo uso da violência simbólica para perpetuação do poder.

Contudo, neste cenário de constante questionamento político – o qual ressalta não ser novo, mas surgiu com nova roupagem nos últimos tempos¹ -, entendeu necessário o estudo sobre a atuação dessa movimentação principalmente dentro do campo do Direito. Este trabalho se propõe a estudar a interação dessas forças políticas e suas tensões, especialmente entre as manifestações políticas conservadoras e progressistas a pautar os pensamentos jurídicos.

Para uma melhor apresentação do estudo, adotar-se-á o direito à liberdade de expressão, com o intuito de apresentar, a partir dos exemplos escolhidos, a movimentação típica do campo, neste caso, o campo jurídico, a qual contribui de maneira direta na construção democrática, de modo que reafirma e contribui para a reflexão sobre o papel de cidadão e o papel do conflito político para a construção de uma sociedade mais justa. Ressalta ainda, que o direito à liberdade de expressão foi escolhido, não em seu sentido usual, mas especificamente em seu sentido de manifestação política, sendo este ao longo do texto, adotado como liberdade de expressão ou liberdade de manifestação.

Como objetivo geral, esta pesquisa irá demonstrar como a ideia de democracia é construída a partir do conflito político ideológico e em que medida isto funciona para a consolidação democrática. Para dar maior concretização à proposta, utilizar-se-á do direito à manifestação para demonstrar como as forças jurídicas brasileiras tem trabalhado com a questão.

A escolha do campo jurídico como delimitação se dá a partir do momento que se entende que as forças jurídicas passam a ter um papel relevante na garantia do processo democrático. E desta forma, o espaço jurídico, que naturalmente é um espaço de disputa, passa a ser, de um modo mais evidente, palco de disputas ideológicas e de levantes contra hegemônicos. Explorar-se-á ao longo do texto a composição de campo e as interações das forças

¹ Ilsa Warren-Scherer (2008) discorre sobre a questão de uma mudança no perfil das manifestações a partir do século XXI as quais passaram a ser realizadas por organizações da sociedade civil e por movimentos sociais que buscam uma maior participação nas decisões institucionais e consideram a política como meio para se expandir a participação democrática. Uma caracterização interessante é trazida por Alberto Melucci (*apud* GOHN,2007, p. 156-157), em que este “nega não apenas a validade de uma abordagem estrutural e a existência de determinações e contradições que geram antagonismos e demarcam movimentos, mas também as análises funcionalistas, atribuidoras de total autonomia à ação do sujeito. Para ele o conflito não é algo natural, imanente à natureza humana. Ele pode ser aplicado em termos de relações sociais. [...] Outro destaque na análise de Melucci é que ele chama a atenção dos analistas para o fato de que nos movimentos sociais atuais os iniciadores das ações não são os marginalizados mas sim lideranças com experiência anterior. Os primeiros a se rebelar numa dada situação de opressão não são os mais oprimidos e desagregados, mas os que experimentam uma contradição intolerável entre a identidade coletiva existente e as novas relações sociais impostas pela mudança. Por que os mais experientes se mobilizam? Melucci afirma que é porque contam com experiência de participação, isto é, já conhecem os procedimentos e métodos de luta. Nestes movimentos, eles já possuem líderes próprios e um mínimo de recursos de organização. Outro elemento explicativo é o fato de utilizarem redes de comunicações já existentes para veicular novas mensagens e novas palavras de ordem. [...] Em 1996, Melucci reafirma estas posições e acrescenta: ‘Movimentos são um sinal; eles não são meramente o resultado de uma crise. Assinalam uma profunda transformação na lógica e no processo que guiam as sociedades complexas. Como os profetas, eles falam antes: anunciam o que está tomando forma mesmo antes de sua direção e conteúdo tornarem-se claros. Os movimentos contemporâneos são os profetas do presente’ (1996:1)”.

existentes neste, bem como a utilização da violência simbólica, que reforça a relação de dominação pelos agentes sociais na manutenção do poder hegemonicó.

Este trabalho se desenvolverá, qualitativamente, em um primeiro momento com uma revisão bibliográfica, de maneira a analisar o material bibliográfico e documental acerca do tema proposto. Juntamente com o acervo bibliográfico, num segundo momento, será utilizada a análise de documentos, tomando por base a análise jurisprudencial, bibliográfica e documental, com a utilização de autores nacionais e estrangeiros e os documentos disponibilizados pelos órgãos estatais e pelos acervos virtuais, pela qual se procederá com uma leitura analítico-interpretativa sobre a temática. No estudo da temática campo jurídico e democracia, se utilizará da bibliografia nacional e internacional disponível, bem como a utilização de bancos de dados das universidade brasileira e plataformas de pesquisa. Outrossim, para a coleta de dados para retratar os avanços e os retrocessos dentro do campo jurídico, realizar-se-á uma análise documental de jurisprudência, periódicos científicos e meios de comunicação de massa (jornais e informativos publicitários) como meios para obter as informações necessárias.

Metodologicamente, esta dissertação será dividida em três capítulos, cada um versando conforme o que segue. No capítulo I será trabalhada, a partir da metodologia de Pierre Bourdieu, a ideia de campo jurídico, como este se organiza, como é sua dinâmica e a utilização do poder simbólico. Será introduzida a correlação que há entre o direito e a luta política, de modo a demonstrar o embate entre as ideias conservadoras e as ideias progressistas na construção democrática. Importa ressaltar que, neste capítulo, para tratar do conceito de democracia, optará, como marco, a teoria democrática “agonística” de Chantal Mouffe, a qual adota uma ideia de democracia construída a partir do dissenso, em contraposição aos autores liberais que utilizam do consenso democrático. Também analisará os conceitos de ideologia e hegemonia, como forma de demonstrar a existência de diversos discursos, além das implicações que estes têm para a construção do Estado e da atuação no ambiente político. Neste momento, continuará o estudo a partir da teoria dos autores Chantal Mouffe e Esnesto Laclau, bem como de Pierre Bourdieu.

No capítulo II, se analisará como, no caso brasileiro, o campo jurídico se apresenta, estudando os avanços que os movimentos contra hegemonicós tiveram, principalmente com as teorias e práticas desenvolvidas no processo pós período ditatorial. Neste capítulo trabalhar-se-á com as teorias críticas do direito, em especial o chamado direito alternativo, mas também debaterá o neoconstitucionalismo e sua perspectiva do consenso.

No terceiro capítulo, tem-se o intuito de verificar como ocorre este movimento de construção democrática e como o direito, principalmente através das decisões judiciais e atuação dos instrumentos jurídicos, contribui para a dinâmica do campo. Para tanto, neste capítulo, a liberdade de expressão será utilizada como recorte metodológico, visando utilizá-lo como demonstrativo da atuação judicial, bem como a análise das manifestações populares de cunho político. Primeiramente, será feita uma análise sobre o direito a manifestação e a sua relação com o direito de resistência. Será dado enfoque no dissenso e como este embate é importante para a democracia. Como referencial, será analisada a teoria de Roberto Gargarella. Na demonstração aplicada da movimentação jurídica existente sob a questão, analisará, principalmente, as decisões que restringem a participação dos sujeitos nos protestos, fazendo um paralelo com as restrições das práticas de questionamento político através dos agentes políticos e jurídicos. Como exemplo de utilização da estrutura judicial na repressão das manifestações políticas, será utilizada decisão judicial que restrinja a liberdade de pessoas em manifestações públicas e cunho político. Por fim, neste mesmo capítulo discorrerá sobre o *habitus*, e como essas ações vão se tornando repetitivas e como os símbolos vão sendo agregados pela sociedade.

I CAMPO JURÍDICO E A INTERAÇÃO DEMOCRÁTICA: CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE DEMOCRACIA EM UM AMBIENTE CONFLITUOSO.

Neste capítulo serão os estudados os conceitos de campo, democracia e ideologia, de modo a compreender como é estabelecida a relação entre os agentes dentro do campo e como o conflito atua nesta interação, estabelecendo as posições de poder dentro da sociedade.

1.1 Campo jurídico: análise teórica

O termo campo é desenvolvido dentro das obras do sociólogo francês Pierre Bourdieu, em especial em seu livro “O Poder Simbólico” (2001), definindo, *a priori*, a ideia de que campo seria, “no seu conjunto, [...] um sistema de desvios de níveis diferentes e nada, nem nas instituições ou nos agentes, nem nos actos ou nos discursos que eles produzem, tem sentido senão relationalmente, por meio do jogo oposições e das distinções” (BOURDIEU, 2001, p. 179). O autor também traz que no campo “se vê o poder por toda a parte,” o apresentando em forma “de círculo cujo centro está em toda parte e em parte alguma” (BOURDIEU, 2001, p.7)

O campo jurídico, conforme bem retrata Almeida (2014, p. 78) traz “a ideia de um espaço social de agente, posições e relações, constitutivas de distinções e visões de mundo próprias do direito, [...].” Ainda este autor afirmará que, no estudo de campo – qual é retratado como um espaço social a partir do qual há a interação entre agentes e estruturas com especificidades comuns e que disputam algum capital – os indivíduos definem suas posições a partir da internalização das estruturas objetivas de poder. (BOURDIEU, 2007 apud ALMEIDA, 2014, p. 82)

Wacquant (2002, p. 98,) em seu texto de análise das obras de Bourdieu, apresenta uma ideia analítica de campo, designando este enquanto “espaços relativamente autônomos de forças objetivas e lutas padronizadas sobre formas específicas de autoridade, para dar força à estética e reificada noção de estrutura e dotá-la de dinamismo histórico”. “O estruturalismo de Bourdieu se volta para a função crítica, a do desvelamento da articulação do social. O método que adota se presta à análise dos mecanismos de dominação, da produção de ideias, da gênese das condutas.” (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 28)

Thiry-Cherques (2006, p.29) vem dizer que Bourdieu vem romper com o senso-comum e com as construções teóricas do mundo. Diz que o citado autor se banha da fenomenologia

quando do desenvolvimento do fato social, o qual trabalha enquanto objeto; sendo que enquanto tal, é construído pelos agentes sociais, a partir de uma construção da realidade social.

A epistemologia de Bourdieu implica, antes de tudo, a “objetivação do sujeito objetivizante”, a autoconsciência, o autoposicionamento (Bonnewitz, 2002:5). Ele procura se colocar para além dos modelos existentes e da rigidez de qualquer modelo explicativo da vida social. Entende que não se pode compreender a ação social a partir do testemunho dos indivíduos, dos sentimentos, das explicações ou reações pessoais do sujeito. Que se deve procurar o que subjaz a esses fenômenos, a essas manifestações. Bourdieu adota o estruturalismo como método, mais que como teoria explanatória (Robbins, 2002:316). Parte de um construtivismo fenomenológico, que busca na interação entre os agentes (indivíduos e os grupos) e as instituições encontrar uma estrutura historicizada que se impõe sobre os pensamentos e as ações. (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 30)

Para a definição de campo, Bourdieu (2001, p. 65) precisou sair de uma primeira análise específica do campo intelectual, definido este como “universo relativamente autônomo de relações específicas”. A questão trazida é que as relações entre os agentes disfarçavam as relações objetivas entre as posições ocupadas, sendo que tais relações determinavam a forma que ocorriam tais interações (BOURDIEU, 2001, p.66).

Bourdieu (2001, p. 68) ainda traz que a teoria geral dos campos não é uma transferência do pensamento econômico, pois a teoria econômica não seria um modelo fundador mas um dos casos da teoria dos campos. Para este autor o objeto não se constrói a partir da transferência descontextualizada de valores e ideias de outros ambientes, mas sim a própria construção do objeto que requer essa interação com os outros campos, como o econômico, por exemplo.

A teoria geral da economia dos campos permite descrever e definir a *forma específica* de que se revestem, em cada campo, os mecanismos e os conceitos mais gerais (capital, investimento, ganho), evitando assim todas as espécies de reducionismo, [...]. Compreender a gênese social de um campo, e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram, é explicar, tornar necessário, subtrair ao absurdo do arbitrário e do não-motivado os atos dos produtores e as obras por eles produzidas e não, como geralmente se julga, reduzir ou destruir. (BOURDIEU, 1989, p. 69)

Desta maneira, ao retratar o Estado Absolutista, através da figura do rei francês Luís XIV, Bourdieu (1989, p. 85) afirma que ao se declarar ser ele a representação do próprio Estado,

“dissimula na realidade um campo de lutas no qual o detentor do ‘poder absoluto’ deve ele próprio envolver-se pelo menos quanto baste para sustentar as divisões e as tensões, [...].”

O princípio do movimento perpétuo que agita o campo não reside num qualquer primeiro motor imóvel [...] mas sim na própria luta que, sendo produzida pelas estruturas constitutivas do campo, reproduz as estruturas e as hierarquias deste. Ele reside nas ações e nas reações dos agentes que, a menos que se excluam do jogo e caiam no nada, não têm outra escolha a não ser lutar para manterem ou melhorarem a sua posição no campo, quer dizer, para conservarem ou aumentarem o capital específico que só no campo se gera, contribuindo assim para fazer pesar sobre todos os outros os constrangimentos, frequentemente vividos como insuportáveis, que nascem da concorrência. (BOURDIEU, 1989, p. 85)

Dentro dos diversos campos existe uma polarização de forças, sendo que estas seriam “invariante que só se realizam na relação com um campo determinado e por meio dessa relação.” A oposição entre a direita e a esquerda se mantém dentro campo em constante mudança de papéis, onde a cada momento ocupam posições diferentes. (BOURDIEU, 1989, p. 179).

Bourdieu (1989, p. 202) vem explicar que a atuação política é uma atuação ambígua, de modo que o debate no campo das ideias se torna, na verdade, uma disputa por privilégios. Ainda vai ressaltar que o campo tem uma lógica dialética, sendo este “um campo de lutas e da representação legítima dessas lutas”.

Thiry-Cherques (2006, p. 36-37), em uma leitura de Bourdieu, afirma que “os campos não são estruturas fixas.” Estes seriam produzidos ao longo das construções históricas, demonstrando um modo de conhecer e diferenciar o mundo. Podem ser caracterizados como “microcosmos sociais”. Frederico de Almeida (2014, p. 78) ressalta, em seu trabalho, a importante distinção entre campo jurídico e sistema de justiça, no qual relata serem duas abordagens que tem se destacado nas recentes pesquisas sobre o funcionamento da justiça no cenário brasileiro.

De maneira bastante esquemática -, e consequentemente, um tanto imprecisa – é possível dizer que a noção de *campo jurídico* é mais comum em estudos de viés sociológico ou antropológico, ao passo que a de *sistema de justiça* é característica dos estudos político-institucionais. Isso não quer dizer que não se verifique, na realidade o uso combinado das duas expressões, [...] (ALMEIDA, 2014, p. 79)

Almeida (2014, p.81) trará em seu estudo sobre o judiciário, uma referência a Bourdieu (2007 apud ALMEIDA, 2014, p. 81), quando este trabalha o processo de *institucionalização*, trazendo este como um “acúmulo lento de conquistas históricas, fruto da ação de agentes em disputa por princípios de divisão e organização do mundo social, capaz de restringir as possibilidades de ação e transformação do mundo pela *incorporação* e *reificação* contínua da história”.

Thiry-Cherques (2006, p. 38) vem explicar que a teoria trazida por Bourdieu diz que os agentes sociais e as instituições expressam as ideias dominantes, de tal forma que se produz o chamado *habitus*. Deste modo, “[...] legitimam inconscientemente esta reprodução. São aparelhos de dominação. A desigualdade não residindo no acesso ao campo, mas no âmago do próprio sistema. A vida social é governada pelos interesses específicos do campo.”

Inevitavelmente, para se trabalhar o elemento campo jurídico e a interação das forças dentro dele, haverá a necessidade de se passar por questões da política e da teoria do Estado. Fabiano Engelmann (2006, p.17) traz que o campo jurídico pode ser “genericamente definido como o universo de interação dos bacharéis em direito [e] implica num espaço socialmente instituído por ritos, símbolos, códigos, hierarquias e garantias legais legitimadas pelo Estado.”

Em um nível de análise mais geral, sobre a estruturação do espaço jurídico e seus princípios de hierarquização, os trabalhos de Bourdieu (1986) e Dezaley (1989) fornecem indicações que auxiliam na determinação de critérios para o mapeamento mais amplo do espaço de concorrência jurídico. A abordagem do campo indicada pelos autores leva a considerar, concomitantemente, os mecanismos de recrutamento para as diversas carreiras socialmente instituídas por ritos, símbolos e garantias legitimadas na força do Estado, e as tomadas de posição doutrinárias por parte dos juristas frente ao direito. A apreensão dessas condicionantes envolve o mapeamento dos principais pólos em concorrência, que se estruturam em função das hierarquias, envolvendo carreiras mais ou menos prestigiadas, e a relação da trajetória social dos agentes com os mais diversos usos do direito, das carreiras e da “tradição jurídica”. (ENGELMANN, 2006, p. 19-20)

Bourdieu (1989, p. 211) destaca que o direito e a jurisprudência são “um reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação[...]”.

Com o intuito de romper com a “ideologia da independência do direito e do corpo judicial”, Bourdieu vai trazer que se deve considerar a existência de um “universo social

relativamente independente em relação às pressões externas”, sendo que tal universo seria o local do exercício da “autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.” (BOURDIEU, 1989, p. 211)

Desta maneira, o campo jurídico é determinado e determinante pelas práticas e pelos discursos jurídicos, os quais são derivados da lógica deste campo, a qual, de um lado, é caracterizado pelas relações de força que o estruturam e o orientam e, por outro, pela lógica interna da produção jurídica, que dá soluções para este universo. (BOURDIEU, 1989, p. 211)

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. (BOURDIEU, 1989, p. 212)

Ao longo do tempo, o embate entre os profissionais e os não pertencentes à esta área pelo “monopólio do acesso aos meios jurídicos” facilitou a racionalização entre as decisões e a equidade, fazendo com que fosse percebido tanto por aqueles que o impõe quanto por aqueles que estão sujeitos, em uma dinâmica que aparenta independência da relação de força existente. (BOURDIEU, 1989, p. 212)

Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. (BOURDIEU, 1989, p. 213-214)

Assim, as decisões judiciais são diferentes de atos políticos a partir do momento que possuem como resultado a interpretação de textos reconhecidos. A hierarquia pela qual a justiça está organizada, bem como as normas e fontes nas quais se baseia, atribuem autoridade às decisões. Em período de equilíbrio, este campo funciona como um aparelho que dá coesão aos

habitus em virtude da disciplina e dos procedimentos que resolvem os conflitos. (BOURDIEU, 1989, p. 214)

Continuando sobre a temática, este autor afirma que os princípios que balizam a ciência do direito, tais como autonomia, neutralidade e universalidade, não são demonstrações ideológicas, mas sim clara expressão do funcionamento do campo jurídico (BOURDIEU, 1989, p. 216). “[...] o antagonismo estrutural que, [...] opõe as posições de “teórico” [...], e as posições de “prático”, [...] está na origem de uma luta simbólica permanente na qual se defrontam definições diferentes do trabalho jurídico [...]” (BOURDIEU, 1989, p. 217).

[...] a representação nativa que descreve o tribunal como um espaço separado e delimitado em que o conflito se converte em diálogo de peritos e o processo, como um progresso ordenado com vista à verdade, é uma boa evocação de uma das dimensões do efeito simbólico do acto jurídico como aplicação prática, livre e racional de uma norma universal e cientificamente fundamentada. O veredicto judicial, compromisso político entre exigências inconciliáveis que se apresenta como uma síntese lógica entre teses antagonistas, condensa toda a ambiguidade do campo jurídico. (BOURDIEU, 1989, p. 228)

O que dá eficácia à decisão judicial é que esta participa tanto do campo político quanto do campo científico, vez que se opõe entre favoráveis e contrários, excluindo a intervenção de um terceiro, e o campo científico, onde há conflito entre aquilo que é verdadeiro e o que é falso, garantindo certa autonomia. (BOURDIEU, 1989, p. 228). Desta maneira, o campo jurídico sereia um “espaço social”, no qual há uma transição do conflito direto entre dois entes em um “debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico” (BOURDIEU, 1989, 229).

Em sequência, o autor continuará a dizer que o campo jurídico é constituído pelo “princípio de constituição da realidade”. Desta maneira, ao entrar no jogo, se renuncia à violência física e às formas básicas de violência simbólica, aceitando o modo de expressão específico do campo. Assim, para este sociólogo, “os fatos jurídicos são produto da construção jurídica (e não o inverso)”. (BOURDIEU, 1989, p. 229)

A interação que ocorre no campo jurídico, e sua constituição, não pode se dissociar do monopólio dos profissionais do direito da produção dos serviços jurídicos. Desta maneira, a “competência jurídica” é um poder que possibilita controlar a entrada no campo jurídico de

determinados embates e como estes irão se constituir dentro da linguagem jurídica. (BOURDIEU, 1989, p. 233)

O direito, neste sentido, é um poder simbólico por excelência. Este “consagra a ordem estabelecida”, vez que confirma o estabelecido pelo Estado. “Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este”. (BOURDIEU, 1989, p. 237)

Quando se trabalha a interação do campo, o poder pode ser percebido por toda parte. Pode visualizá-lo enquanto um círculo que possui um centro “em toda parte e em parte alguma”. “O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. (BOURDIEU, 1989, p. 7-8)

1.2 Democracia: uma construção conflituosa

Pode-se apreender que a interação dentro dos campos sociais é uma interação conflituosa, onde há um embate entre aqueles que detém o poder e aqueles que são dominados pelos símbolos criados dentre deste espaço. Desta forma, a ideia de uma sociedade democrática pode ser entendida como uma construção dialética, ou seja, onde há o embate entre as ideias, posturas e entendimentos assumidos pelos atores sociais. Para tanto, é necessário que se compreenda como a ideia de democracia é construída nas suas nuances consensualistas e no seu viés do conflito. Em uma entendimento inicial, Cunningham (2009, p. 25) traz um conceito superficial e tendenciosamente liberal do tema:

Pensar provisoriamente a democracia como o exercício do poder político em que as políticas e os agentes encarregados de implementá-las sejam direta ou indiretamente determinados pela votação popular deixa aberta a questão se esse é o melhor modo ou mesmo uma boa maneira de motivar o governo.

A partir da reflexão apresentada, surgem questões sobre o exercício democrático e a sua contribuição para um melhor desenvolvimento social. O desenvolvimento do termo democracia ocorre a vários milênios, no entanto, apenas no período moderno é que esta passa a apresentar conotação de regime político, o qual apresenta bases na soberania do povo e em um condensado de instituições e regras (GÓMEZ, 2000, p. 15/16)

Em uma democracia nenhum sujeito poderá estar seguro de que seus interesses serão acolhidos em última instância, mesmo que a condução democrática tenha sido realizada de maneira correta. Numa democracia, todos lutam pela realização de seus interesses, de modo incerto e competitivo. (PRZERWORSKI, 1984, p. 37)

[...] a diferença entre ditadura e democracia se refere não à incerteza absoluta, mas à incerteza condicional. Sob um governante autoritário suficientemente caprichoso, ou um aparato de poder suficientemente dividido, o regime autoritário pode manter todos desorientados com suas idas e vindas: [...]. Um regime democrático pode, ao contrário, produzir resultados altamente previsíveis mesmo quando os partidos alternam-se no poder. As graduações de certezas são apenas condicionais, no seguinte sentido: num sistema autoritário, é quase certo que os resultados políticos não incluem os resultados contrários aos interesses do aparato de poder, enquanto que num sistema democrático não existe grupo cujos interesses possam excluir aprioristicamente consequências políticas com uma margem razoável de certeza. (PRZERWORSKI, 1984, p. 37)

Lefort (1987, p.7) vai dizer que “um poder democrático não se inventa a partir dos poderes instituídos, mas contra eles.”. Desta forma, as lutas pela democracia vêm da vontade de liberdade e igualdade, sendo que estes podem ser mitigados pelas instituições, mas não podem por elas serem destruídos; caso isso ocorra, haverá uma renúncia dos cidadãos aos seus direitos, retornando à situação de servidão (LEFORT, 1987, p.7)

Invenção democrática significa, apenas, que a democracia tem a capacidade extraordinária de questionar-se a si mesma questionando suas próprias instituições e abrindo-se para a história, sem dispor de garantias prévias quanto aos resultados da prática política. A democracia não é algo que foi inventado certa vez. É reinvenção contínua da política. (LEFORT, 1987, p. 7)

Ressalta que as instituições possibilitam que haja um processo democrático que torne improváveis as consequências do processo político competitivo uma vez que consegue distribuir os recursos econômicos e operacionais, diversamente aos interesses específicos de cada grupo. (PRZERWORSKI, 1984, p. 39)

Porém, o modelo político democrático, conforme alerta Gómez (2000, p. 17), por mais que tenha alcançado uma popularidade global, ainda padece de dificuldades, principalmente quanto aos processos para uma democratização efetiva da vida política, bem como da vida social. A crítica feita por este autor é quanto às modificações trazidas pela dinâmica da

globalização, a qual esvazia a dinâmica das relações de força e retira o sentido da ideia de que a nação que se autogoverna pode determinar o seu futuro (GÓMEZ, 2000, p. 38).

Em decorrência da implementação de políticas de mercado com forte apego neoliberal, há um descolamento entre economia e o domínio político o que faz com que “os políticos democraticamente eleitos acabam desempenhando, de fato, o papel reduzido de administradores do ajuste da economia no plano nacional [...]” (GÓMEZ, 2000, p. 39).

[...], se o domínio da atividade econômica no seu formato dominante atual é inevitável e intocável, tudo isso implica, no limite, reconhecer a própria morte da política, da cidadania e da democracia, que historicamente sempre foram constituídas pelas lutas e discussões na esfera pública em torno das formas válidas de sociedade e de política. Daí que não seja de surpreender que, nas velhas e consolidadas democracias dos maiores países capitalistas, a confiança da população no processo democrático fique fortemente abalada, cresça a apatia, o cinismo e a hipocrisia na representação da vida política, [...] (GÓMEZ, 2000, p. 40)

Em uma análise formal da democracia, se entende que este termo foi ganhando conotações de método ou procedimentos para a constituição de um governo e para a criação de decisões políticas (BOBBIO 1989, p. 326).

A Democracia é compatível, de um lado, com doutrinas de diverso conteúdo ideológico, e por outro lado, com uma teoria, que em algumas das suas expressões e certamente em sua motivação inicial teve um conteúdo nitidamente antidemocrático, precisamente porque veio sempre assumindo um significado essencialmente comportamental e não substancial, mesmo se a aceitação destas regras e não de outra pressuponha uma orientação favorável para certos valores, que são normalmente considerados característicos do ideal democrático, como o da solução pacífica dos conflitos sociais, da eliminação da violência institucional no limite do possível, do freqüente revezamento da classe política, da tolerância e assim por diante. (BOBBIO, 1989, p. 326)

É importante que em uma sociedade democrática haja o fortalecimento das instituições, de modo que estas garantam, com alguma segurança, que os interesses dos grupos não sejam prejudicados ou de alguma maneira afetados durante essa competição democrática. Mesmo que não se trate de compromissos puramente substantivos, visto que estes não vinculam as partes contratualmente, esta pode ser resultado de um compromisso institucional. (PRZERWORSKI, 1984, p. 38)

Em uma construção crítica da democracia, através da ciência do direito, principalmente pelas chamadas teorias críticas. Luís Alberto Warat (2007, p. 51) utiliza da expressão “senso comum teórico dos juristas”, sendo que esta expressa basicamente os discursos do direito que são retirados da práxis jurídica.

Trata-se de uma episteme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da práxis jurídica. Nesta ordem de ideias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica. (WARAT, 1987, p. 52)

A teoria de Warat é apenas uma das vertentes das teorias críticas do direito mas que representa uma vontade de trazer alternativas para a postura tradicional dos juristas frente as mudanças sociais e na construção democrática, bem como demonstrar a participação política que o direito possui juntamente com as outras instituições sociais.

[...] a crítica do direito [...] pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial. Desse modo, tentar-se-ia explicar o sentido político da normatividade que a epistemologia clássica instaura quando efetua julgamentos sobre a científicidade dos discursos que os juristas elaboram em nome da verdade. (WARAT, 1982, p. 49)

E é neste panorama que se pretende trabalhar o embate existente no universo jurídico e a proteção à manifestação política enquanto construção democrática, que é estabelecida em uma interação entre os movimentos conservadores e progressistas.

Chantal Mouffe (2003, p. 11) vem questionar o que é uma sociedade democrática. Esta autora traz um modelo de teoria política democrática que vem questionar o consenso e a harmonia social, sendo que para esta uma sociedade democrática é aquela que possui “uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos”, situação que não se vê acontecer nas democracias contemporâneas, inclusive, com vários movimentos que questionam tal participação.

A partir dos anos de 1980, o conflito perde espaço no debate teórico político-democrático, dando espaço para a ideia de consenso, passando este a ser uma possibilidade com o advento do valor e da razão, principalmente com a influência de autores como Habermas e Rawls. (MIGUEL, 2014, p. 14)

[...] o tipo de teoria política democrática dominante atualmente não pode nos ajudar a entender a importância do dissenso numa sociedade democrática. Ela é incapaz de captar as diferentes formas de antagonismos que emergem em nosso mundo globalizado, pós guerra fria, e de enfrentar um tipo de política democrática que poderia dar conta deles. Isto porque considero que é necessário desenvolver um novo modelo, ao qual denomino “pluralismo agonístico” e sobre o qual gostaria de apresentar algumas reflexões. (MOUFFE, 2003, p. 11)

O problema destacado na visão liberal é que a estrutura política é vista de um modo racional e individualista, deste modo, este campo seria “reduzido ao campo neutro do jogo de interesses”. Esta maneira de enxergar a atuação democrática gera uma dificuldade no entendimento da “dinâmica da constituição dos sujeitos coletivos e o papel crucial desempenhado pelas paixões e antagonismos neste campo não podem ser apreendidos”. Para os pensadores liberais, os antagonismos estariam restritos a um período pré-moderno, sendo estas manifestações sido racializadas e as identidades generalizadas. (MOUFFE, 2003, p. 12)

Para Mouffe (2003, p. 13) as dimensões de poder e antagonismos são indissociáveis. De tal modo que o consenso racional passou a dominar o ambiente público, eliminando esses elementos. De acordo com a autora, a característica democrática é atribuída pelo fato de que “nenhum ator social pode atribuir a si mesmo a representação da totalidade e assim alegar ter o ‘domínio’ deste fundamento.” (MOUFFE, 2003, p. 14)

Isto significa que a sociedade democrática não pode mais ser concebida como uma sociedade que teria realizado o sonho de uma perfeita harmonia ou transparência. Sua característica democrática pode apenas ser dada pelo fato de que nenhum ator social pode atribuir a si mesmo a representação da totalidade e assim alegar ter o “domínio” deste fundamento. (MOUFFE, 2003, p. 12/13)

Outro elemento característico trazido pela autora é a “desuniversalização dos sujeitos políticos”, que diz respeito ao rompimento a uma ideia essencialista, fazendo uma crítica à “heterogeneidade e à incomensurabilidade”, pois isto “impede de reconhecer como certas diferenças são construídas como relações de subordinação e deveriam consequentemente ser desafiadas por uma política democrática radical”. (MOUFFE, 2003, p. 14)

Neste espaço democrático, vai se entender que na dimensão política é que haverá uma tentativa de minimizar as diferenças e desta maneira “domar a hostilidade”. Assim, “a política

visa a criação de unidade num contexto de conflito e diversidade; está sempre preocupada com a criação de um ‘nós’ pela determinação de um ‘eles’”. (MOUFFE, 2003, p. 15)

A partir desta teoria democrática se entende o adversário não como um inimigo, mas vê-se na política um campo de antagonismo, ou seja, não se combate o direito do outro de defender suas ideias, mas se luta contra aquelas ideias. A diferença desta teoria para as que apoiam o processo deliberativo e a racionalização do discurso é que se entende que os acordos são parte do processo, mas são temporários. (MOUFFE, 2003, p. 16)

A especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo pela imposição de uma ordem autoritária. Rompendo com a representação simbólica da sociedade como um organismo – característica do modo integracionista de organização social – uma sociedade democrática dá oportunidade para a expressão de interesses e valores conflitantes. A democracia pluralista demanda um certo consenso, mas tal consenso diz respeito apenas aos seus princípios ético-políticos constitutivos. Desde que esses princípios, contudo, possam apenas existir através de muitas interpretações diferentes e conflitantes, tal consenso está prestes a ser um “consenso conflitual”. (MOUFFE, 2003, p. 17)

A grande discussão trazida pela teoria agonística é que a causa da falta de participação política seria fruto, principalmente da hegemonia trazida pelo neoliberalismo e pela substituição da ética pela moralidade. Este processo vem acompanhado de uma crescente transferência aos meios jurídicos de decisões políticas, isso faz com que o sistema jurídico seja utilizado como maneira de “organizar a coexistência humana e [...] regular as relações sociais.” (MOUFFE, 2003, p. 18)

O modelo de democracia liberal foi predominante no final do século XX, especialmente os modelos que trabalham o consenso. Porém, como uma crescente descrença no modelo político tradicional, surge uma necessidade de pensar alternativas ao pensamento majoritário sobre democracia. Chantal Mouffe (2005, p.11), em sua construção teórica, vê a necessidade de uma mudança no paradigma proposto, retomando a ideia de democracia deliberativa.

“[...], um dos proclamados fins dos democratas deliberativos é o de oferecer uma alternativa para a compreensão da democracia que se tornou dominante na segunda metade do século XX, o “modelo agregativo”. Tal modelo teve início com o trabalho seminal de Joseph Schumpeter de 1947, *Capitalism, Socialism and Democracy*, que argüia que, com o desenvolvimento da democracia de massa, a soberania popular, como entendida pelos modelos clássicos de democracia, tornara-se inadequada. (MOUFFE, 2005, p. 12)

A proposta do entendimento agregativo é que a participação popular deveria ser evitada e as ideias de “bem comum” afastada, sendo que a política democrática deveria ser percebida em sua dimensão instrumental. Tal redução teria a função de atender à pluralidade de interesses existentes, vindo a ser questionada – assim como na visão deliberativa – por uma teoria política normativa, especialmente trazida por John Rawls em sua obra “Teoria da Justiça” (1971). (MOUFFE, 2005, p.12).

Resumidamente, pode-se perceber que a diferença entre o modelo liberal de Rawls e o modelo deliberativo é que naquele a ideia de moral está inserida. O modelo deliberativo buscar “alcançar um consenso mais profundo que o ‘mero acordo sobre procedimentos’ – um consenso qualificado como ‘moral’.” (MOUFFE, 2005, p. 12)

A visão que se chama liberal-pluralista de democracia traz como característica básica o enfoque na “competição entre grupos de interesses”. Adotada no ocidente após a década de 1950, este entendimento prioriza o “interesse”, reconhecendo o conflito apenas no modo competição. Em oposição a esta visão, surge outras duas, que seriam consideradas parte de uma “teoria democrática mais radical – isto é, que recusasse a redução da democracia às instituições eleitorais vigentes no Ocidente e buscasse caminhos para realizar, de forma mais efetiva, as promessas de soberania popular e igualdade política”. Tais visões seriam a democracia participacionista e o deliberacionismo. (MIGUEL, 2014, p. 16)

Uma das maiores reivindicações dos adeptos da deliberação é que os acordos atendam tanto às pretensões liberais, priorizando a racionalidade, mas que também sejam legitimados pela soberania popular. Porém, esta construção teórica pode ser dividida em duas correntes: uma influenciada por John Rawls – que elabora uma teoria liberal democrática que atenda tanto as ideias de liberdade, quanto as de igualdade; e outra embasada pelas ideias de Jürgen Habermas – que a partir de sua teoria procedural pretende demonstrar a “co-originalidade dos direitos individuais fundamentais e da soberania popular”. (MOUFFE, 2005, p. 12-13)

De acordo com o modelo deliberativo de democracia, para alcançar a legitimidade e a racionalidade nos processos de tomada de decisão coletiva em uma comunidade política, a condição necessária é que suas instituições estejam de tal forma arranjadas, de modo que o que é considerado do interesse comum de todos resulte dos processos de deliberação coletiva conduzidos de modo racional e eqüitativo entre indivíduos livre e iguais. [...] A base da legitimidade nas instituições democráticas remonta ao pressuposto de que as instâncias que reivindicam poder obrigatório para as mesmas assim o fazem

porque suas decisões representam um ponto de vista imparcial, considerado igualitário no interesse de todos. Este pressuposto somente pode ser preenchido se tais decisões forem, em princípio, abertas aos processos públicos de deliberação de cidadãos livre e iguais. (BENHABIB, 2007, p. 50-51)

Cohen (2007, p. 122) vem nos explicar que “a concepção de democracia deliberativa está organizada em torno de um ideal de justificação política”. Este autor entenderá a democracia muito mais do que o exercício público coletivo, ou que um processo argumentativo entre pares. Entenderá ser uma “estrutura de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre cidadãos iguais [...] e vincula a autorização para exercer o poder público (e o próprio exercício) a essa discussão [...]” (2007, p. 122)

Asseverar a natureza hegemônica de qualquer tipo de ordem social significa operar um deslocamento das relações tradicionais entre democracia e poder. De acordo com a abordagem deliberativa, quanto mais democrática uma sociedade, menos o poder será constitutivo das relações sociais. Se aceitarmos, contudo, que as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal para a política democrática não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder mais compatíveis com valores democráticos. (MOUFFE, 2005, p. 19)

Mouffe (2005, p. 19) relatará que um dos problemas do modelo deliberativo é a incapacidade de reconhecer o antagonismo e o pluralismo de interesses e valores dentro do espaço público, que para eles seriam um ambiente o poder poderia ser eliminado e se produziria o consenso racional. Desta maneira, tornou-se representante de uma perspectiva que entende a democracia a partir do antagonismo e do poder.

A perspectiva deliberativa não considerará a relação existente entre o poder e a legitimidade estabelecidos dentro de um sistema hegemônico. O modelo denominado de “pluralismo agonístico” estabelece uma relação entre a política, que é o conjunto de instituições e práticas que ordenam e estabelece condições na vida em sociedade, e o político, que é o ambiente de antagonismo próprio das relações entre as pessoas. Para esta construção, somente quando há o reconhecimento do político é que se consegue entender a política como um espaço de domesticação dos antagonismos existentes entre as pessoas. (MOUFFE, 2005, p. 20)

Uma democracia em bom funcionamento demanda um embate intenso de posições políticas. Se faltar isso, há o perigo de que a confrontação

democrática seja substituída por uma confrontação dentre outras formas de identificação coletiva, como é o caso da política da identidade. Muita ênfase no consenso e a recusa de confrontação levam à apatia e ao desapreço pela participação política. Ainda pior, o resultado pode ser a cristalização de paixões coletivas em torno de questões que não podem ser manejadas [*managed*] pelo processo democrático e uma explosão de antagonismo que pode desfiar os próprios fundamentos de civilidade. (MOUFFE, 2005, p. 21)

A perspectiva agonística rechaça a existência de um consenso e reafirma que as relações sociais são contrapostas e que o espaço político é construído por este antagonismo. Desta maneira, seria uma teoria que entende no processo democrático não há espaço para a racionalidade e a moralidade, as quais criariam apenas uma distorção sobre o que é o espaço de deliberação político. Para Chantal Mouffe (2005, p.22) “abrir caminho para o dissenso e promover as instituições em que possa ser manifestado é vital para uma democracia pluralista e deve-se abandonar a própria idéia segundo a qual poderia haver um tempo em que pudesse deixar de ser necessário, pois a sociedade seria a tal ponto bem-ordenada.”

Sobre o consenso, este será estudado com maiores detalhes ao trabalhar os práticas neoconstitucionais e as teorias críticas no próximo capítulo. De modo que, já é possível adiantar que a questão mais emblemática é a construção de mecanismos que possibilitem a identificação do discurso hegemônico a construção das ideias dominantes nos debates públicos. Sendo que, ao reconhecer que uma democracia é construída pelo conflito, também se considera que existe uma estrutura social que influencia a manifestação dos atores sociais e que faz com que suas ações reflitam o *habitus* de seus grupos e classes.

1.3 Ideologia e discursos hegemônicos

O marco inicial das ideologias modernas seria a Revolução Francesa, sendo que neste período é que as posições políticas começaram a ser vistas com maior consistência.

Modernamente, as demarcações reais, de uma conceituação de ideologia, no âmbito das Ciências Humanas, tanto sob o ponto de vista histórico quanto do ponto de vista epistemológico, devem ser atribuídos, enquanto processo referencial, aos marcos da Filosofia do materialismo dialético. Ainda assim, rigorosamente falando, não existe corretamente, mesmo tendo presente o tratamento pretensamente “científico”, desse conceito dentro do marxismo, aquilo que se poderia chamar de uma sistemática “teoria das ideologias”. (WOLKMER, 2003, p. 100)

Ideologia poderia ter duas acepções, uma positiva e uma negativa: positivamente, pode ser compreendida como um “sistema de atitudes integradas de um grupo social – [...] – ideologia como o conjunto de ideias, valores, maneiras de sentir, pensar de pessoas ou grupos”; e negativamente, entendida como “falsa consciência das relações de domínio entre as classes – [...] – ideologias são ideias erradas, incompletas, distorcidas, dissimulações sobre fatos ou sobre a realidade social”. (WOLKMER, 2003, p. 101)

Chauí (1980, p. 10) vem dizer que a origem do termo ideologia data de 1801, quando usado por Destutt de Tracy, em sua obra *Eléments d'Idéologie*. A pretensão deste livro era “elaborar uma ciência da gênese das idéias, tratando-as como fenômenos naturais que exprimem a relação do corpo humano [...] com o meio ambiente.” Após questionamentos sobre as intenções dos chamados ideólogos, o termo ideologia “passa a designar, dar por diante, um sistema de ideias condenadas a desconhecer sua relação real com o real.” (CHAUÍ, 1980, p. 11)

Após o período napoleônico, o termo volta a ser utilizado por Augusto Comte, em sua obra “*Cours de Philosophie Positive*”, passando a ser entendido de duas maneiras, uma como “atividade filosófico-científica que estuda a formação das ideias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, tomando como ponto de partida as sensações”; e de outro modo, significa “o conjunto de ideias de uma época, tanto como ‘opinião geral’ quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época.” (CHAUÍ, 1980, p.11)

Posteriormente, o termo “ideólogo” será visitado por Émile Durkeim, em sua produção “Regras para o Método Sociológico”. Este autor usará a terminologia ideologia para determinar todo conhecimento da sociedade que não siga os critérios de uma sociologia científica, ou seja, traz uma objetividade científica a partir da “separação entre sujeito do conhecimento e objeto do conhecimento”, tal separação garantirá uma análise neutra do cientista. Para este autor, “o ideológico é um resto, uma sobre de ideias antigas, [...], as considera como preconceitos e prenóçoes inteiramente subjetivas, individuais, [...].” (CHAUÍ, 1980, p. 12)

Outro importante pensador sobre ideologia é Karl Marx, que tem por objeto a análise de “um pensamento historicamente determinado, ou seja, os dos pensadores alemães posteriores a Hegel”. Marx não irá distinguir a produção das ideias das condições histórico-sociais em que estas são produzidas, em certo que caracterizará esta separação como ideologia. (CHAUÍ, 1980, p. 14). Quando fazem análise sobre a ideologia em geral, Marx e Engels consideram como o

marco para o surgimento das ideologias o momento em que há uma dissociação na divisão social do trabalho entre trabalho manual e trabalho intelectual. (CHAUÍ, 1980, p. 24)

Para Marx e Engels a ideologia propriamente dita seria “o sistema ordenado de idéias ou representações e das normas e regras como algo separado e independente das condições materiais [...].” (CHAUÍ, 1980, p. 26)

Para Laclau e Mouffe (1987, p. 11) atrás do conceito de hegemonia² estaria a relação política das categorias da teoria marxista. Este conceito, em sua acepção política, surgirá em um contexto de fragmentação e indeterminação nas lutas e posições exercidas pelos sujeitos (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.27). Citando Plejánov e Axelrod, os autores dirão que o termo hegemonia será utilizado, a priori, para “descrever o processo pelo qual a impotência da burguesia russa para levar a cabo as que tinham sido suas tarefas ‘normais’ de luta pela liberdade política, obrigada a classe trabalhadora a intervir decisivamente na realização destas” (tradução livre). (LACLAU; MOUFFE, 1987, p. 85)

Neste sentido, Eagleton (1997, p. 31) ressalva:

Defender uma definición de ideología más <>política<> que <>epistemológica<> no es pretender, por supuesto, que política e ideología sean idénticas. Una forma en que se podría concebir su distinción es la de sugerir que la política se refiere a los procesos del poder por los que las órdenes sociales se sostienen o desafían, mientras que la ideología denota las formas en que se aprehenden estos procesos del poder en el ámbito de la significación. No obstante, esto tampoco vale, ya que la política tiene su propio tipo de significación, que no tiene que ser necesariamente ideológico.

Bourdieu (1989, p. 10) destaca que as ideologias estão a serviço de interesses particulares, os quais tem a tendência de se apresentar enquanto universais. Desta maneira a cultura hegemônica assegura uma integração na classe dominante, ou seja, os diferencia das outras classes, além de desmobilizar as classes dominadas e legitimar a ordem estabelecida pelas hierarquias: “a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subcultura) a diferirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante”. (BOURDIEU, 1989, p. 10-11)

² Para Gramsci (1999, p. 98 e 99), ideologia seria “uma concepção do mundo, que se manifesta implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações de vida individuais e coletivas [...] isto é, o problema de conservar a unidade ideológica em todo o bloco social que está cimentado e unificado justamente por aquela determinada ideologia”. As ideologias, assim, conforme o mesmo autor, seriam as “expressões da estrutura e se modificam com a modificação desta, não tenha jamais sido afirmado e convenientemente desenvolvido” (1999, 131).

As diferentes classes e fracções de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais. Elas podem conduzir esta luta quer diretamente, nos conflitos simbólicos da vida cotidiana, quer por procuraçao, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica [...] e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima [...], quer dizer, do poder de impor – e mesmo de inculcar – instrumentos de conhecimento e de expressão (taxinomias) arbitrários – embora ignorados como tais – da realidade social. (BOURDIEU, 1989, p. 11-12)

É na classe dominante que há a luta pela hierarquia, onde o poder se aloca no capital econômico e que impõe sua dominação pela produção simbólica dos ideólogos conservadores (BOURDIEU, 1989, p.12). Desta maneira os chamados sistemas simbólicos agem como “instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento”, sendo uma função política de legitimação do processo de dominação de uma classe sobre a outra, dominação esta que se caracteriza como violência simbólica. As relações de força e de comunicação atuam de modo associado, de tal forma que revelam o poder material e o poder simbólico das instituições e dos agentes envolvidos nestas relações. (BOURDIEU, 1989, p. 11)

Bourdieu (1989, p. 13) vem trazer que as condições sociais de produção e circulação das ideologias é que constroem sua estrutura e sua função. As ideologias, assim, são “duplamente determinadas”, pois são caracterizadas pelos interesses das classes e também pela lógica do campo de produção, ou seja, pelos interesses específicos da classe dominante.

A função propriamente ideológica do campo de produção ideológica realiza-se de maneira quase automática na base da homologia da estrutura entre o campo de produção ideológica e o campo da luta das classes. A homologia entre os dois campos faz com que as lutas por aquilo que está especificamente em jogo no campo autônomo produzam automaticamente formas eufemizadas das lutas econômicas e políticas entre as classes: é na correspondência de estrutura a estrutura que se realiza a função propriamente ideológica do discurso dominante, intermediário estruturado e estruturante que tende a impor a apreensão da ordem estabelecida como natural (ortodoxia) por meio da imposição mascarada (logo, ignorada como tal) de sistemas de classificação e de estruturas mentais objetivamente ajustadas às estruturas sociais. (BOUDIEU, 1989, p. 14)

O que faz com o que o poder simbólico tenha força e vincule os atores sociais é que este possui um efeito de mobilização, através do qual as palavras de ordem passam a ter um poder de manter a ordem imposta ou de subverte-la, de modo que vem acompanhado da legitimidade daquele que o utiliza. No entanto, esta força só é exercida quando não se reconhece nele uma arbitrariedade, uma vez que se estabelece na relação existente entre os sujeitos. (BOURDIEU, 1989, p. 14)

Considerando-se que qualquer ordem política é a expressão de uma hegemonia, de um padrão específico de relações de poder, a prática política não pode ser entendida como simplesmente representando os interesses de identidades pré-constituídas, mas como constituindo essas próprias identidades em um terreno precário e sempre vulnerável. (MOUFFE, 2005, p. 19)

A classe dominante, ou seja, onde há a produção hegemônica, é o local onde há a hierarquização, ou seja, onde o capital econômico vem legitimar a dominação através da produção simbólica (BOURDIEU, 1989, p. 12).

Assim, Gramsci dará o nome de hegemonia para o fenômeno onde há a perpetuação das ideias dominantes, mesmo quando há um embate contra a classe hierarquicamente dominante, seria “um poder espiritual da classe dominante”. Desta maneira, “uma história concreta não perde de vista a origem de classe das ideias de uma época, nem perde de vista que a ideologia nasce para servir aos interesses de uma classe e que só pode fazê-lo transformando as ideias dessa classe particular em ideias universais”. (CHAUÍ, 1980, p. 37)

É neste sentido que se pode afirmar que ideologia, então, consiste em trazer ideias da classe dominante para toda a sociedade, tanto no plano concreto, ou seja, sócio, econômico e político, quanto no plano das ideias. Assim, os sujeitos sociais passam a assimilar essas características, de modo que haja uma transmutação de ideias particulares em ideias universalmente abstratas, de modo a representar uma aparência social. Os responsáveis por esta criação dessas representações universais são os chamados ideólogos, ou seja, intelectuais membros ou da classe dominante ou da classe média, que são responsáveis por sistematizar as ideias hegemônicas. (CHAUÍ, 1980, p. 36)

Este fenômeno de conservação da validade das idéias e valores dos dominantes, mesmo quando se percebe a dominação e mesmo quando se luta contra a classe dominante mantendo sua ideologia, é que Gramsci denomina

de hegemonia. Uma classe é hegemônica não só porque detém a propriedade dos meios de produção e o poder do Estado (isto é, controle jurídico, político e policial da sociedade), mas ela é hegemônica, sobretudo porque suas idéias e valores são dominantes, e mantidos pelos dominados até mesmo quando lutam contra essa dominação. (CHAUÍ, 1980, p. 42)

Gramsci (1999, p. 111) ressalva que a construção ideológica de massa não pode acontecer de maneira arbitrária, ou seja, à partir de uma figura ou grupo que traga suas próprias convicções de maneira fanática. “A adesão ou não-adesão de massas a uma ideologia é o modo pelo qual se verifica a crítica real da racionalidade e historicidade dos modos de pensar”.

Bourdieu (BOURDIEU; EAGLETON, 1996, p. 266) vai dizer que em sua obra tenta substituir o conceito de ideologia por outros visto que este termo muitas vezes é utilizado vagamente, transmitindo um certo descrédito. Ressalta ainda que o uso abusivo da conceituação faz com que seja ineficiente e quando usado em sua forma política, que seja de maneira eficaz.

Em um ambiente de capitalismo tardio, a crítica que se faz é que não há a necessidade de se discutir a questão da “falsa consciência”, vez que a própria lógica do sistema é que o conduz. (BOURDIEU; EAGELTON, 1996, p. 267)

Se nosso conceito de ideologia continuar a ser o conceito clássico, no qual a ilusão é situada no saber, a sociedade de hoje deverá afigurar-se pós-ideológica: a ideologia vigente é a do cinismo; as pessoas já não acreditam na verdade ideológica; não levam a sério as proposições ideológicas. O nível fundamental da ideologia, entretanto, não é de uma ilusão que mascare o verdadeiro estado de coisas, mas de uma fantasia (inconsciente) que estrutura nossa própria realidade social. E nesse nível, é claro, estamos longe de ser uma sociedade pós-ideológica. A distância cínica é apenas um modo – um de muitos modos – de nos cegarmos para o poder estruturados da fantasia ideológica: mesmo que não levemos as coisas a sério, mesmo que mantenhamos uma distância irônica, continuaremos a fazê-las. (Žižek, 1996b, p. 316)

Outra crítica que se faz ao uso atual do conceito de ideologia é que este poderia ter qualquer significado, seja uma ideia ilusória, crenças ligadas a alguma atitude/ação ou ideias que falsamente legitimam um poder político instituído. (Žižek, 1996a, p. 09)

Um espaço ideológico pode ser considerado verdadeiro ou falso quando se analisa sua função e se percebe a existência de uma relação de dominação social intrínseca mas não aparente. (Žižek, 1996a, p. 13/14). Outro argumento contra o uso da ideologia é que dá uma possibilidade exagerada para que os sujeitos reconheçam a verdade, no entanto, às classes em

um nível hierárquico mais baixo estariam mais prejudicadas nesse reconhecimento, pois não disporiam de capacidade econômica para conhecer outras perspectivas além daquelas que já conhecem no cotidiano.

É neste sentido que Bourdieu (BOURDIEU; EAGLETON, 1996, p. 268) vai dizer que a capacidade de se conscientizar foi superestimada, por isso a opção pelo uso do *doxa*, do que da ideologia, pois através dele se explica várias coisas que as pessoas aceitam sem tem consciência disso. O *doxa* seria algo incontestável, intrínseco ao campo. Esse termo é especialmente escolhido por que o autor acredita que “o mundo social não funciona em termos de consciência; ele funciona em termos de práticas, mecanismos e assim por diante.” (BOURDIEU; EAGLETON, 1996, p. 267-268)

Assim, entende que dentro do funcionamento de um campo, haverá uma luta das forças e dos sujeitos que atuam dentro deste, e neste sentido haverá constante embate entre os poderes hegemônicos e as forças de contra hegemônicas. De tal sorte que, no campo jurídico não será diferente. Por mais que seja um ambiente social autônomo, mas não independente. Por fazer parte da estrutura do Estado não está isento dos poderes, agentes e discursos que o compõe, incidindo também sobre este campo as construções ideológicas e as forças de poder simbólico.

Em relação ao campo jurídico, percebe-se que ciência do direito está inserida em uma concepção de mundo vinda de relações sociais antagônicas. “O Direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social”. (WOLKMER, 2003, p. 154)

A estrutura jurídica é intrinsecamente ligada ao Estado, de tal sorte a expressar as ideias, os discursos e as necessidades das classes sociais, em especial da classe social dominante. Desta maneira, o direito, e os sujeitos sociais que atuam nesta estrutura, fazem parte do Estado e consequentemente reproduzem os conceitos hegemônicos.

Citando Iring Fetscher, Wolkmer (2006, p.156) vai dizer que o direito não consegue realizar o interesse geral pois representa os interesses de uma classe, a dominante; desta forma, este seria transitório e ideológico, haja vista que “sua reivindicação desconhece sempre seu condicionamento social e histórico”.

Independentemente de seu caráter, organizativo ou distorcivo, a ideologia, desde há muito tempo, tem influenciado as práticas normativas de teor legislativo, administrativo e judiciário. Sendo o Direito uma ordenação valorativa, não está imune e não pode desvincular-se da constante valoração

ideológica em todos os seus níveis. Assim a ideologia pode agir como fator estabilizador no discurso e na prática normativa. (WOLKMER, 2006, p. 174)

A ideologia, assim, teria uma função conformadora, sistematizando e construindo uma hierarquia. A argumentação jurídica e a interpretação da lei são onde a ideologia oculta o alcance real da lei, garantindo uma aparente neutralidade. Desta maneira, a hermenêutica jurídica reflete o discurso ideológico aceito por aquele que interpreta a lei. (WOLKMER, 2006, p. 173)

1.3.1 Debate conservador e progressista: um embate ideológico no campo jurídico

Bonazzi (1998, p. 242) traz que o termo conservadorismo pode designar uma série de ideias que tem como finalidade a “manutenção do sistema político existente e dos seus modos de funcionamento, apresentando-se como contraparte das forças inovadoras”. Se trata de um conceito que abrange práticas e ideias de certos indivíduos caracterizadas como conservadoras. É uma ideia que possui início na prática política, a qual apregoa a perpetuação das ideias já estabelecidas. (BONAZZI, 1998, p. 242)

O conservadorismo, por vezes, vem associado ao termo chamado “progressismo”, evidenciando uma polaridade no ambiente político moderno. Em um ambiente conservador, o poder político surge como um alicerce para a estrutura social, visto que a sociedade ainda vive em um estado de imperfeição, explorando uns aos outros. Para um conservador, o controle do poder político é imprescindível, a fim de estabilizar os processos sociais. (BONAZZI, 1998, p. 243-245)

Reconhecer a existência deste tipo de conteúdo, é também reconhecer a existência de uma polaridade na linguagem política, reconhecendo uma alteridade, uma alternativa. Deste modo, não há, ou há pouca, sistematização do pensamento conservador, visto que tende a contrapor uma ação progressista. Porém, é necessário ressaltar que não se trata de um imobilismo, mas de analisar o momento histórico que os termos estão inseridos. (BONAZZI, 1998, p. 243). “Conservadorismo e progressismo não são, de fato, de natureza especulativa, mas podem ser usados como símbolos de complexas tendências da história ocidental”. (BONAZZI, 1998, p. 243)

Este pensamento tem origem na busca por uma alternativa às ideias modernas e à secularização do pensamento político. Pela perspectiva política, pode ser classificado em várias correntes: tradicionalista; romântico; paternalista; liberal; e um chamado de nova direita. O conservadorismo entendido como ideologia é trazido por Edmund Burke em oposição às ideias iluministas e às transformações sociais. (SILVA, 2010, p. 54-55)

No campo político se verá de modo claro a existência desses dois polos, a depender da posição ideológica, sejam conservadores e progressistas ou direita e esquerda. (BOURDIEU, 1989, p. 179).

Assim, certas oposições recorrentes, como a que se estabelece entre a tradição libertária e a tradição autoritária são tão-só a transcrição no plano das lutas ideológicas da contradição fundamental do movimento revolucionário, coagido a recorrer à disciplina e à autoridade, e até mesmo à violência, para combater a autoridade e a violência. (BOURDIEU, 1989, p. 181)

Para entender o desenvolvimento do conservadorismo contemporâneo, Oakeshott (1990, p.1-5) sustenta que é necessário que se conheça a concepção racionalista do conhecimento, a qual diz que não há além do saber técnico e que somente a razão é capaz de controlar as ações humanas. Em continuidade, o efeito negativo é que desmerece a realidade social e a sua história. Para o racionalista a atuação política serve para a resolução dos problemas, sendo que os sujeitos sociais não devem esperar sucesso nesta tarefa caso sua razão seja inflexível e voltada para o costume e para a tradição.

Diz que o conservador em política o é porque tem certas crenças religiosas; uma crença, por exemplo, na lei natural obtida da experiência humana, e numa ordem providencial que é o reflexo de um objetivo divino na natureza e na história da humanidade, ao qual esta deve adaptar a sua conduta e cujo afastamento significa injustiça e calamidade. Para além disso, diz-se que uma atitude conservadora em política é o reflexo daquilo a que se pode chamar uma teoria “orgânica” da sociedade humana; que essa atitude está associada a uma crença no valor absoluto da personalidade humana e a uma crença na propensão primordial dos seres humanos para o pecado. [...] (OAKESHOTT, 2012, p. 17-18)

Os adeptos desta postura entendem que a postura que o governo deve adotar é de aceitação, através da utilização de ideias gerais, além de sustentar que a livre escolha humana seja um valor absoluto, que a propriedade privada é um direito natural e que uma boa conduta

é caracterizada pela pluralidade de opinião. Também acredita que deve haver a preservação da paz sem a proibição das escolhas ou do exercício dessas e que não haja uma imposição de uma igualdade substantiva, ou seja, que se aplique regras gerais, impostas a todos os sujeitos igualmente. (OAKESHOTT, 2012, p. 21)

Conservadorismo pode ser considerado uma das ideologias da denominada primeira modernidade, juntamente com liberalismo, social democracia, socialismo/comunismo e anarquismo. Pode ser considerado como ideologia de direita, inserido em um modelo de Estado centralizado. (SELL, 2006, p.53)

A construção jurídica se dá através da interação das forças tanto sociais quanto políticas, juntamente, com os valores culturais e morais extraídos da organização social. (WOLKMER, 2003, p.155). Deste modo, pode-se afirmar que a interação que ocorre entre as ideologias hegemônicas e contra hegemônicas gerando um tensionamento no campo entre as forças sociais.

Não é possível estabelecer que a ideologia seja um conjunto fechado de ideias tampouco estática. Por mais que o discurso que permeie a estrutura estatal seja ideologicamente dominante, este não é aceito de maneira universal e unânime dentro da sociedade, de modo que haja conflitos dentro da articulação política.

Como sabemos que as ideologias nascem, se desenvolvem e morrem, e que a ideologia dominante de um sistema contradiz a de outros, podemos perguntar se todas as ideologias têm a mesma validade factual e moral – um ponto de vista sedutor para quem não vê com bons olhos a necessidade de escolher entre as várias visões do mundo que conflitam entre si. Ora, não há nada que apoie a idéia de que todas as ideologias são igualmente válidas. (DAHL, 1988, p. 65)

Apresentadas as controvérsias quanto ao uso dos termos conservadorismo e, em consequência, progressismo, ao longo deste trabalho se utilizará os termos como um conjunto de ações e práticas, sejam elas para a manutenção do poder hegemônico – conservadorismo, ou divergência das ideias dominante – progressismo. Ressalta que esta adoção pressupõe que estes conceitos disponham sobre uma situação dinâmica e historicamente situada, ou seja, a depender da situação, local e época da temática analisada, estes termos podem ser variáveis.

De tal sorte que, na percepção do campo jurídico, o entendimento das forças sociais e dos discursos existentes se faz necessário no acompanhamento da dinâmica desses elementos

no processo de construção e consolidação democrática, bem como no entendimento do funcionamento e concretização dos elementos jurídicos.

II AVANÇOS POLÍTICOS E MOVIMENTOS CONTRA HEGEMÔNICOS: TEORIAS JURÍDICAS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

Nesta parte do trabalho se apresentará as teorias relacionadas ao estudo crítico do Direito bem como à prática neoconstitucional, fazendo um paralelo entre tais modos de agir e pensar a ciência jurídica, demonstrando como estas veem as ideias de conflito e consenso. De modo a analisar como a ideia de consenso tem construído as resoluções dos conflitos sociais e apresentar suas limitações.

2.1 Teorias Críticas do Direito: tipos e debate.

O pensamento jusfilosófico ocidental é permeado por diversas teorias que, ao longo do tempo, propiciaram o desenvolvimento de um pensamento crítico do estudo do Direito, “contribuindo para a tomada de consciência, a discussão teórico-prática e a modificação de valores e posturas [...]” (WOLKMER, 2002, p. XIII).

[...] as expressões “teoria jurídica crítica”, “crítica jurídica” ou “pensamento crítico” no Direito, [...], deverão ser entendidas como o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica. Entende-se, destarte, que o “pensamento crítico” nada mais é do que a formulação “teórico-prática” de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade presente. Essa forma de visualizar o mundo dos valores humanos e o mundo de materialização jurídica é incorporada por um vasto, difuso e fragmentado movimento transnacional. (WOLKMER, 2002, p. XIV)

O movimento crítico carrega em si as características do local e do tempo no qual está localizado, sofrendo diversas influências, por isso não há que se falar na existência de um pensamento geral e comum a todos os críticos, mas sim, em correntes de pensamento críticos. Neste capítulo, será abordado, em específico, as correntes críticas brasileiras e como estas influenciaram o cenário jurídico nacional.

Entende-se como crítica o processo de conhecimento que não é dogmático, mais contínuo, um processo de se refazer. Deste modo, “o conhecimento ‘crítico’ seria aquele

relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade” (WOLKMER, 2002, p. 4)

Quando se propõe repensar os fundamentos das ciências sociais, no caso deste trabalho, do direito, se pretende construir novos paradigmas, dando um caráter mais dinâmico à ciência. “É aí que a epistemologia crítica vai introduzir o conceito de ‘construção objetiva’ fazendo integrar-se aos modelos de saber a determinação, no plano conceitual, de uma elaboração teórica a partir do futuro, [...].” (COELHO, 2003, p. 60)

A “crítica”, enquanto processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmitificador, assume a “função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidade que se projetam sobre as continuidades históricas”. Uma posição “crítica” há que ser vista, portanto, não só como uma avaliação crítica “de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção de uma nova existência (...). [...] Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais”. (WOLKMER, 2002, p. 05)

A teoria crítica contemporânea teria como marco a obra de Karl Marx, a qual tinha como pretensão polemizar as maneiras tradicionais de analisar a sociedade, que seriam o pensamento utópico e o que apenas descrevia, objetivamente, o funcionamento do modelo capitalista (NOBRE, 2009, p.09). Para Marx, o desenvolvimento da sociedade se baseia nas contradições existentes dentro dela mesma, de onde vem a ideia de luta de classe, buscando uma modificação nas condições econômicas, históricas e sociais (COELHO, 2003, p. 35).

As principais correntes críticas têm como proposta metodológica a dialética, entendendo ser necessário fazer um pequeno apanhado sobre os principais autores que este tema. Platão, em sua produção, divide o processo gnósico (processo do pensar/refletir sobre o conhecimento humano) em três pontos, a dialética, a ética e a física. Na dialética é onde surgem as ideias e suas relações, criando os princípios que aderem à sociedade e à natureza; a ética é o estabelecimento desses princípios na sociedade e a física é a consolidação na natureza. (COELHO, 2003, p. 32)

Em Aristóteles, a dialética seria “uma das formas do pensamento lógico”, sendo esta baseada nos *topóis*, premissas prováveis que levam, através do silogismo, a resultados também prováveis. Seria este o núcleo da retórica, utilizada para a persuasão. (COELHO, 2003, p. 33)

Kant relaciona a dialética à lógica transcendental, sendo esta o estudo das condições do entendimento e aquela o estudo das aparências transcendentais. De modo que a dialética seria os raciocínios ilógicos dentro de uma lógica da aparência. Para Hegel, a dialética seria a “aplicação científica do princípio, inerente ao pensamento em si mesmo, de conformidade às leis do seu próprio desenvolvimento e do desenvolvimento do ser em geral.” (COELHO, 2003, p. 34)

O pensamento dialético vislumbra, portanto, os objetos do conhecimento do ponto de vista da sua dinamicidade. Não exclui todavia o conhecimento metafísico tradicional nem o desvaloriza, mas o abarca e o utiliza, integrando-o no mesmo processo dinâmico. E assim, a lógica dialética que corresponde à razão analítica, mas a absorve e completa, por considerá-la insuficiente para a compreensão de certos fenômenos. Isso envolve um novo *logos* que não se opõe propriamente ao pensamento analítico, mas o supera em função da compreensão do real em outro plano, [...]. Assim, a lógica dialética implica a metodologia do próprio pensar no sentido da verdade objetiva, porque articula o pensamento com as leis do próprio objeto. (COELHO, 2003, p. 38)

Marcos Nobre (2009, p. 17) vem dizer que “a teoria crítica não pretende apresentar uma ‘explicação mais adequada’ do funcionamento do capitalismo. Pretende entender o tempo presente em vista da superação de sua lógica de dominação”. E continua dizendo que, além de explicar como as coisas funcionam, analisa este funcionamento sob a ótica de uma emancipação possível das relações sociais.

O que distingue a perspectiva crítica é justamente o seu ancoramento real na sociedade, um ancoramento intimamente relacionado com a produção de diagnósticos do tempo. É uma característica marcante da Teoria Crítica a sua permanente renovação, a sua permanente capacidade de analisar o momento histórico presente. [...] Dito de outra maneira, a Teoria Crítica só tem vida e interesse se for permanentemente reformulada e repensada em vista de novas condições históricas. Nesse sentido, cada reformulação de cada pensadora ou pensador, em cada uma das fases de sua obra, constitui um modelo crítico autônomo, ainda que pertencente a um campo teórico comum. A ideia de “modelo crítico” pretende ressaltar que não há teses determinadas, com conteúdos fixos, a que alguém tenha de aderir se quiser fazer parte do campo crítico. (NOBRE, 2009, p. 18-19)

Com ênfase no pluralismo de ideias, cabe se reconhecer a relevância da chamada Escola de Frankfurt, sendo seus principais expoentes: Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Jürgen Habermas. Tais teóricos buscam se afastar o marxismo ortodoxo

porém considerando ainda as ideias de utopia e dialética, com caráter crítico e revolucionário. (WOLKMER, 2002, p. 05)

A utilização do termo “Escola de Frankfurt” busca aglutinar os trabalhos de “um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que na década dos anos 20 permaneceram à margem de um marxismo-leninismo ‘clássico’, seja em sua versão técnico-ideológica, seja em sua linha militante e partidária (FREITAG, 1994, p. 10).” No entanto, é necessário entender que este termo, apesar de sugerir uma ideia de unicidade e consenso teórico e político entre seus representantes, deve ser entendido enquanto uma atuação conjunta e não uma homogeneidade no discurso, algo que quase não existiu entre os componentes desta escola. (FREITAG, 1994, p. 33)

Na verdade, a articulação de uma teoria crítica como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição racionalista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética idealista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista. (WOLKMER, 2002, p. 05)

Esta escola se propõe criticar as inclinações positivistas desde Kant, questionando, principalmente, a separação entre ciência e ética. Intentam estabelecer conexão entre o conhecimento vindo dos processos sociais e as investigações científicas, levando em consideração a questão sócio-político. (COELHO, 2003, p. 105 e 106)

A grande divergência entre os positivistas e os frankfurtianos é que aqueles creem que política e ciência não possuem interação, enquanto que esses entendem a realidade como uma desmistificação da ciência, de modo a aproximar a práxis da produção do conhecimento – “[...], a posição filosófica da escola tem objetivos bem definidos, de profundo alcance político, quais sejam, superar a apoliticidade intrínseca à ideologia capitalista, real e prática aplicação das chamadas liberdades constitucionais, as quais geralmente existem apenas num plano ideal [...]” (COELHO, 2003, p. 108)

A Escola de Frankfurt, de acordo com Bárbara Freitag (1994, p. 39), tem seu primeiro momento com Horkheimer, a partir de seu artigo “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, escrito em 1937, com reedição, em dois volumes, em 1968, sob o título “Teoria Crítica”. Este autor problematiza o debate entre Weber e Rocher & Knies sobre juízos e valores e a neutralidade das ciências sociais. Para Horkheimer, a filosofia moderna não pode se preocupar, meramente,

com o debate entre juízos de fato e juízos de valor, mas sim com a questão existencial, pois, para ele, a filosofia é indissociável das ideias de liberdade e autonomia do ser humano. O grande debate apresentado é a contraposição entre dialética e positivismo, para tanto, vai buscar em Marx os conceitos de assimilação da realidade concreta – termos como mercadoria, valor, acumulação e outros.

O segundo momento dos frankfurtianos, continuando o pensamento da autora, se centra do debate entre Karl Popper e Theodor Adorno, promovido pela Sociedade de Sociologia Alemã, no ano de 1961. Tal episódio teve como tema os fundamentos epistemológicos do positivismo e da dialética. Popper critica o percurso do método dedutivo e a construção das hipóteses e os resultados empíricos, visto que, para ele, o sujeito que pesquisa não deve se envolver com o objeto, preservando a neutralidade científica, de modo que os juízos de valor não atuam no espaço científico. No entanto, ressalva que para as ciências sociais há a necessidade de um método adicional, que seria a lógica situacional.

Este método, objetivo, tem o escopo de dar uma compreensão objetiva dos fatos, de modo que os elementos psicológicos sejam transformados em elementos situacionais. Para Adorno, Popper, que neste momento se segue uma linha de pensamento weberiana, é um positivista por dar ao método um protagonismo no processo do conhecimento. Adorno critica a elaboração a criação de um fundamento epistemológico e teórico para a teoria crítica, de modo a acompanhar a preocupação de Horkheimer de não ser esta apenas formal, mas calcada no existencial (FREITAG, 1994, p. 43).

Deste modo, “a sociologia crítica não se reduz a uma autocrítica interna da disciplina, ela estende a sua crítica ao próprio objeto de análise: à sociedade contemporânea e também às hipótese, conceitos e teorias desenvolvidas para representá-la [...]” (FREITAG, 1994, p. 47). Para Adorno e Horkheimer, enfatiza Freitag (1994, p. 50)

[...], a dialética, ao contrário da lógica formal, é capaz de incluir em seus conceitos os elementos da contradição e da transformação, e de abarcar o não-ídêntico em um mesmo conceito. A razão iluminista, com sua dupla face de razão emancipatória e razão instrumental não deixa de ser razão quando se impõe e concretiza como razão instrumental. Mas por isso mesmo gera, pelas limitações a que ela própria condena, sua contradição, sua crítica e negação, tornando-se necessário o resgate de seu contrário, originalmente nela contido: a razão emancipatória.

O terceiro momento da Escola de Frankfurt é caracterizado principalmente pela discussão entre Habermas e Luhmann, a qual está exposta no livro *Teoria da Sociedade ou Tecnologia Social*, de 1972. A partir deste debate, se percebe a aproximação de Habermas às ideias críticas, com sua teoria da sociedade, enquanto Luhmann, com a defesa de uma teoria sistêmica, se justapõe ao pensamento positivista. A divergência existida entre os dois teóricos, basicamente, se dá em virtude da concepção e do surgimento dos significados. Para Habermas, só existem ações dialógicas quando são consensuais e respeitadas pelas partes. Assim, as relações sociais são passíveis de significado e de um grau de liberdade entre os atores. Habermas, a partir da sua teoria do consenso da verdade, faz uma distinção entre ser e a ilusão e entre ser e dever, de maneira que propõe uma teoria crítica da realidade, considerando a cognição dos atores sociais. (FREITAG, 1194, p. 52)

Vale ressaltar que o processo de autocrítica também recai sobre a teoria crítica da Escola de Frankfurt, sendo que os principais questionamentos se fundam na reconsideração da natureza, na dialética negativa, na postura elitista e na pequena eficácia prática (WOLKMER, 2002, p. 13).

Wolkmer (2002, p. 13-14), citando Ernildo Stein, vem esmiuçar a questão: a primeira crítica feita em relação à natureza é que a teoria crítica buscara fazer uma reconciliação entre homem e natureza, através de um processo dialético que resulte em uma unidade. A grande questão que se põe, e que não é respondida, é que o homem, para se emancipar, não poderia estar preso ao determinismo natural. A segunda crítica se centra na impossibilidade de trabalhar o conceito de dialética sob a ótica hegeliana. Vem se dizer que se cria “uma ambiguidade antidualética quando os frankfurtianos concebem a dialética como processo em movimento (marcado pela crítica, pelo protesto, pela desmistificação do estabelecido)”, de modo que se analisa a crise mas não propõe algo para uma possível transformação. A terceira imprecisão estaria ligada a postura intelectualizada adotada pois, por mais que se adote uma posição “neomarxista” em relação à cultura dominante, não a refletia nas atitudes pessoais essa empatia com a condição de opressão vivida pela massa. E, por fim, a crítica quanto ao distanciamento da práxis, visto que a teoria deve servir para mediar o reconhecimento das contradições com a ação prática dos envolvidos nas lutas.

O impasse metodológico gerado entre a doutrina positivista tradicional a as correntes críticas circunda a questão da construção de uma concepção do direito através da experiência, principalmente pelo entendimento de que apenas os modelos de análises positivistas conseguem resguardar a científicidade das ciências sociais (COELHO, 2002, p. 5).

A perspectiva de crítica, no contexto de um discurso oficialmente inerte, vazio e desatualizado, torna-se extremamente relevante, porquanto a emergência de categorias de ruptura ao instituído traz o direcionamento da teoria jurídica não só com os reais interesses de experiência social, mas, sobretudo, como autêntico instrumento normativo de implementação das mudanças e das transformações necessárias. [...] Ao configurar-se o “pensamento crítico” como repensar, redefinir e renovar os padrões culturais de uma época ou momento histórico, melhor se comprehende a necessidade de tentar examinar, ainda que pareça demasiado pretensioso, as possibilidades do discurso crítico no âmbito da presente cultura jurídica brasileira. (WOLKMER, 2002, p. 78 e 79)

A teoria crítica do direito vem com o intuito de pensar o direito, como diz Luiz Fernando Coelho (2003, p. 12) enquanto “função da dialeticidade social”, ou seja, em um constante debate entre o espaço jurídico e o espaço da vida social, considerando o “compromisso ético e político muito mais profundo do que o simples acatamento às leis e às instituições [...]”.

[...] uma teoria crítica do direito deve ir além da simples denúncia das contradições sociais, do mero estudo da manipulação a que estão sujeitas as estruturas sociais em proveito de grupos privilegiados, da desmistificação das aparências e fantasmas que os estamentos dominantes procuram incutir no inconsciente dos cidadãos, para elidir-lhes a opressão social a que estão sujeitos; mas indicar o caminho da superação dessa realidade cruel do mundo contemporâneo, contribuir para a elaboração de novas categorias aptas a pensar prospectivamente o que é melhor para o homem e para a sociedade, bem como engajar-se na participação política por elas conscientemente informada. (COELHO, 2003, p. 13)

O movimento crítico no Direito iniciou seu desenvolvimento no fim dos anos de 1960 a partir do economicismo jurídico soviético de Pachukanis³, passando pela releitura gramsciana de Althusser, a Escola de Frankfurt e as obras de Foucault sobre poder. Esses movimentos tinham a intenção introduzir análises sociopolíticas antes ignoradas pela dogmática tradicional,

³ “[...] enuncia que aquela filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (já que, até o presente, a ciência burguesa não criou outros sistemas coerentes de filosofia do direito), nada mais é, com certeza do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob as quais se pode efetuar a troca de acordo com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma de “contrato livre”. Este pensamento serve de base à crítica que o comunismo fez, e ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual “a república do mercado” procura mascarar o “despotismo da fábrica”. [...] O principal obstáculo a este estudo reside em que os raros marxistas que se ocupam das questões jurídicas consideram sem dúvida alguma o momento da regulamentação coativa social como a característica central e fundamental, a única característica típica do fenômeno jurídico. [...]” (PACHUKANIS, 1988, p. 8-9)

inserindo dentro do direito estatal as práticas sociais e as ideias de ideologia e poder. (WOLKMER, 2002, p. 16)

Admiti-lo e teorizar sobre o saber jurídico crítico impele a precisão inicial do que é entendido como “crítica” no espaço delimitado dessa especificidade. Distintamente do que é entendido por “teoria científica” com grau aceitável do objetividade, sistematicidade e universalidade, a “teoria crítica” torna-se importante na medida em que se atribui relevância ao sentido sóciopolítico do Direito, ou seja, a plena eficácia ao discurso que conteste o tipo de justiça apresentado por determinado ordenamento jurídico. Deve-se revelar uma formulação aceitável e satisfatória como discurso que aponte o sentido ideológico do Direito, na medida em que for responsável por prescrições normativas distorcidas das relações sociais. (WOLKMER, 2002, p. 17)

Luiz Fernando Coelho (2003, p.111) traz que as principais correntes do pensamento crítico podem ser sistematizadas a partir de cada referencial: o referencial epistemológico, que trata a ciência enquanto “atividade prospectiva e transformadora do objeto”; o referencial linguístico-semiológico que trabalha a linguagem como uma “ação intersubjetiva que interfere nos comportamentos”; o referencial psicanalítico que entende a sociedade como um lugar dos mitos que alienam o sujeito e legitima a sua sujeição às estruturas de dominação; o referencial fenomenológico apresenta a existência de uma dialeticidade dentro das relações sociais; o referencial sociológico entende que as instituições tanto políticas quanto jurídicas são instrumentos de dominação.

O discurso crítico apresenta, como características, a inquietude e a incompletude, sendo um processo de constante reorganização e revaloração. E, como qualquer outro movimento, está passível de controvérsias e questionamentos. Wolkmer (2002, p. 21), apresenta a existência de duas importantes posições epistemológicas que vem a questionar a possibilidade de existência de uma “teoria crítica”: primeiramente, os teóricos críticos, que constroem um movimento a partir de pressupostos, como, por exemplo, os autores Michel Mialle e Ricardo Entelman; e por outro lado, aquelas pessoas que não aceitam a existência de uma “teoria crítica” do Direito e afirmam que se trata de “um movimento fragmentado por diferentes perspectivas metodológicas”, sendo alguns expoentes Leonel S. Rocha e Luiz Alberto Warat.

[...], fica clara a controvérsia sobre a existência e as possibilidades de uma “teoria crítica” do Direito. Se o consenso é não aceitar uma doutrina crítica

geral e unitária, nada impede, pelo contrário, de se reconhecer e de se admitir o vasto movimento do “pensamento crítico” (mesmo ainda com seus matizes não uniformes e não sistematizados) na filosofia jurídica das últimas décadas. Tal movimento crítico justifica-se plenamente por seu papel, seja como vigorosa denúncia de todo o formalismo normativista da cultura jurídica tradicional, seja como contribuição para a renovação da atual epistemologia do Direito. (WOLKMER, 2002, p. 30)

O conhecimento jurídico é observado de acordo com o se enfrenta seu objeto, podendo assim definir o modelo epistemológico que melhor se encaixa e, consequentemente, o modo com o qual se desenvolverá uma teoria do direito (COELHO, 2003, p.172).

A filosofia jurídica contemporânea põe em evidência a impossibilidade de separar a norma das situações sociais a que se refere e dos valores incidentes sobre essas situações, as quais se integram na ideologia da sociedade, de sorte que o direito é conceituado como um fenômeno complexo, não a regra abstrata, modelo linguístico e ideal da conduta que se exige, mas a norma concreta, cuja juridicidade radica na sua efetiva aplicação às situações que a vida apresenta. É neste sentido que o direito pode ser conceituado como um objeto cultural que consiste na dialética implicação de fato, valor e norma jurídica no momento de sua aplicação, integrando dialeticamente fatos e valores. (COELHO, 2003, p. 174)

Esta maneira de concretização do direito, possibilita o desenvolvimento de dois tipos de teoria (COELHO, 2003, p. 174): a dogmática, voltada para a norma, as quais seriam aceitas enquanto situação a ser mantida, de modo que as outras ciências e as influências externas estariam excluídas da sua análise, por isso é também denominada de jurisprudência; e a zetética, relacionada à situação normatizada, analisa os fatos e os valores definidos pelas normas, vincula o conhecimento do direito às situações que são objeto da norma, teorizando as suas fontes materiais. As teorias críticas do direito virão no sentido de superar estes dois modelos.

Se os planos dogmático e zetético correspondem a uma descrição, ou explicação, ou ainda a uma compreensão do fenômeno que ocorre na vida social e ao qual se convencionou denominar direito, o plano crítico acrescenta a esses atos gnósicos o ato de construção, tanto no plano conceptual, como objeto de um saber que se considera científico, quanto no da experiência, como algo inerente à vida social que se constrói pelo próprio ato de conhecer, ou seja, pela participação consciente, não alienada, do jurista no direito enquanto expressão da vida social. [...]

Nessa dimensão crítica, o método de que se vale o conhecimento jurídico é a dialética da participação, e os instrumentos basilares que possibilitam o pleno acesso ao objeto são as categorias críticas. Por pleno acesso entende-se um

conhecimento consciente do objeto em sua dialeticidade imanente, [...]. (COELHO, 2003, p. 189)

A crise nos modelos tradicionais e dominante, como o constante questionamento sobre sua legitimidade e aplicação, fomenta o surgimento de ideias que os indaguem, em um movimento que poderia se dizer “transcontinental”. Respeitando o processo histórico de cada país, Wolkmer (2002, p. 32) ordenar essas iniciativas em quatro eixos epistemológicos: (1) *Critical Legal Studies* – movimento norte americano com influência do direito anglo-saxão; (2) *Association Critique du Droit* – desenvolvido na França e com aceitação na América Latina; (3) Uso Alternativo do Direito – inicialmente trabalhada na Itália, seguindo para a Espanha e outros países europeus e latino americanos; (4) Enfoques Epistemológicos do Pluralismo Crítico.

A principal vertente crítica nos Estados Unidos é a *Critical Legal Studies*, a qual propõe uma perspectiva teórica ligada ao realismo jurídico, ao marxismo frankfurtiano e ao estruturalismo francês, promovendo uma análise eclética entre todos eles. Propõe uma desmistificação da teoria liberal no sentido de demonstrar a proximidade do mundo jurídico das relações de poder e das ideologias, rompendo com a neutralidade do juiz. (WOLKMER, 2002, p. 33)

O movimento crítico francês, denominado Associação Crítica do Direito, vem com a proposta de se opor ao individualismo formalista e ao positivismo normativista, tomando como referencial metodológico o materialismo histórico. A intenção de seus estudiosos era de, além de trazer um novo debate teórico, romper com a ideologia dominante, de modo a construir novas maneiras de ensino e pesquisa jurídica. Apesar de não figurarem enquanto uma “escola doutrinária”, influenciaram com suas ideias vários movimentos tanto europeus, quanto latino americanos. (WOLKMER, 2002, p. 36)

Surgido a partir do final dos anos de 1960, o uso alternativo do Direito vem com o intuito de propor ideias progressistas frente ao direito tradicional burguês-capitalista. O intuito é utilizar da estrutura judicial já existente mas como proposta que beneficiem aqueles excluídos. É uma aplicação diferente da prática dominante, explicitando as contradições do próprio sistema, de modo a buscar maneiras mais emancipadoras e democráticas de aplicação da ordem vigente. Também possui a intenção de desmascarar a imparcialidade e neutralidade do Judiciário tradicional, revelando a sua faceta política. (WOLKMER, 2002, p. 41)

O chamado Pensamento Jurídico Crítico Alemão surge especialmente pela contribuição de Hans-Georg Gadamer, com a hermenêutica-ontológica, com a epistemologia crítico-dialética de Jürgen Habermas e com a justiça política de Otfried Höffe. Há, a partir dos pensadores deste movimento, o entendimento de que o Direito seja um fenômeno a partir da realidade social e histórica, se mostrando algo em constante mutação. (WOLKMER, 2002, p. 45)

Para além das teorias, movimentos e correntes apresentados, existem diversas outras possibilidades pluralistas que surgiram. Pode-se destacar, na Espanha, Nicolás M. López Calera e Joaquin Herrera Flores, e, em Portugal, Boaventura de Sousa Santos. Este último realizando, inclusive, vários trabalhos envolvendo a América Latina e o Brasil.

Na América Latina, um importante movimento foi realizado através da Associação Latino-americana de Metodologia do Ensino do Direito (ALMED) e por institutos de investigação e pesquisa como o CLACSO – Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, o Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica e o ILSA – Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, dentre outros. Tais grupos foram fomentados principalmente por juristas ligados aos movimentos do juridicismo marxista (Chile, Colômbia e Peru), do movimento crítico de Buenos Aires, jusfilósofos empíricos brasileiros e juristas mexicanos ligados à Universidade de Puebla e Universidade Autônoma Metropolitana do México/Azcapotzalco. (WOLKMER, 2002, p. 59)

No Brasil, os primeiros registros de uma tentativa de superação das teorias estrangeiras e das estruturas de poder tradicionais surgiu a partir do trabalho da Escola de Recife, no final do século XIX, a qual criticava o ideal jusnaturalista e pretendia dar um caráter mais científico do direito, inclusive inserindo as ideias de codificação do Direito Privado. Logo após, a partir da década de 1940, surge, com Miguel Reale, o culturalismo tridimensional, que vem criticar o reducionismo formalista do jusnaturalismo. (WOLKMER, 2002, p. 79)

A prática jurídica tradicional no Brasil se baseia em uma lógica técnico-formalista, baseada no cientificismo positivista, a qual não consegue atender às demandas trazidas pelo desenvolvimento político e econômico que, constantemente, o país passa. Desta maneira, o desenvolvimento de um pensamento crítico se torna relevante construir soluções para os dilemas presentes. “A instância crítica motivadora da ruptura com a tradição legal vigente não tem caráter destrutivo, mas se impõe e adquire legitimidade, por tornar-se o espaço formulador de novos mecanismos implementadores de avanços [...]” (WOLKMER, 2002, p. 80)

Ademais às discussões acerca do uso do termo “teoria crítica”, diz Wolkmer (2002, p. 81) existem vários grupos e movimentos jurídicos no Brasil que tecem críticas ao modelo institucionalizado e surgerem alternativas ou, até mesmo, rupturas. Os movimentos críticos brasileiros exercem posições fragmentadas e diferenciadas, indo desde perspectivas dialéticas radicais até liberais democratas, de modo que, estes entendimentos antes marginalizados, passam a questionar “as dimensões político-ideológicas que sustentam a racionalidade alienante da dogmática jurídica contemporânea”.

[...] cabe mencionar a produção cultural nos planos teórico e da práxis social, resultante da presença dos “novos jusfilósofos brasileiros”, da prática alternativa do Direito e dos distintos movimentos de “crítica jurídica” no Brasil. Verifica-se, sob o aspecto teórico, a significativa influência no período em questão de revistas jurídicas nacionais veiculadas nos meios acadêmicos, como: *Contradogmáticas*, da ALMED, dirigida pelo Prof. Luis A. Warat; *Sequência*, do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC; *Direito & Avesso*, da Nova Escola Jurídica Brasileira – NAIR (Grupo de Brasília), suspensa, em decorrência da morte de seu fundador, Prof. Roberto Lyra Filho (11.06.1986); *Revista Tridimensional da OAB* (em sua nova fase), que durante os anos de 1988 e 1989, teve circulação nacional, sendo seu projeto, entretanto, interrompido no início de 1990 por razões econômicas; *Direito, Estado e Sociedade*, do Departamento de Ciências Jurídica da PUC/RJ; e, por fim, a revista de *Direito Alternativo*, organizada pelo magistrado Amilton Bueno de Carvalho, expressando a contribuição teórica de alguns dos juristas alternativos. [...] (WOLKMER, 2002, p. 82)

Além da produção jurídica acima exposta, existem ainda alguns grupos profissionais e acadêmicos que trabalham em cima da temática, conforme Wolkmer (2002, p. 82, *et seq.*): o Grupo de Trabalho Direito e Sociedade, ligado à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS, fundada em 1979, contando com nomes como José Eduardo C. O. Faria, Joaquim de Arruda Falcão, Eliane B. Junqueira, dentre outros; o Instituto de Direito Alternativo, criado, a partir de 1991, por Edmundo L. de Arruda Jr.; o Grupo de Magistrado Gaúchos, da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), com a presença de importantes nomes como Amilton B. de Carvalho, Rui Portanova, Eugênio Facchini Neto, dentre outros; a Associação Juízes para a Democracia, fundada em 1991 e criada com ideais suprapartidários e sem vínculos corporativistas; o Programa Especial de Treinamento (PET), com o funcionamento em diversos cursos; as AJUPs (Assessorias Jurídicas Populares), contando com o exemplo do Instituto Apoio Jurídico Popular, do Rio de Janeiro, que já foi coordenada por Miguel Pressburger, se destacando pela produção de dados sobre culturas jurídicas informais; e outras diversas práticas que se iniciaram pelo território nacional

intentando levar o saber jurídico além muros e promover uma troca de conhecimento e experiências com a sociedade.

As vertentes críticas no Brasil tiveram algumas vertentes, das quais destaca (WOLKMER, 2002, p. 88), primeiramente, a Crítica Jurídica Sistêmica. Esta possui uma pretensão antidogmática, de uma maneira mais geral. Possui uma primeira linha ligada à Faculdade de Direito da USP, com uma visão política democrática. Tem como expoentes José Eduardo Faria, Celso F. Campiongo, José Reinaldo de Lima Lopes e Tércio Sampaio Ferraz. Este último desenvolvendo uma teoria com base na zetética, a partir de um modelo sistêmico com rigidez técnica e fechamento na comunicação. Já José Eduardo Faria apresenta uma postura sociojurídica, com uma abordagem multisdisciplinar e mais flexível, buscando uma interação entre direito e sociedade.

A segunda linha de pensamento é a Crítica Jurídica Dialética, pela qual os juristas desse pensamento são adeptos da teoria do conflito, em uma perspectiva político-ideológica, com efetivação da justiça social. Tal perspectiva se desdobra em diversos movimentos, dentre eles que se destacam o Direito Achado na Rua, o Direito Insurgente e o Direito Alternativo. Possui, de alguma maneira, uma identificação com o método histórico-crítico, reconhecendo o modo como há a criação do conhecimento jurídico.

A terceira vertente é a Crítica Jurídica Semiológica, com a semiologia como seu principal referencial, Luis Alberto Warat apresenta debates para desmitificar a filosofia da linguagem. Priorizando a pragmática, faz com que o autor trate o direito como um “discurso de significações”, unindo a conduta humana com o valor e a prescrição normativa. Apresenta uma proposta de significações jurídicas com a semiologia do poder, dando ênfase nos discursos jurídicos.

E, por fim, a Crítica Jurídica Psicanalítica, uma maneira de pensar que busca correlacionar o direito com uma análise psicanalítica, enfatizando o simbolismo do discurso jurídico, de modo a vincular o texto a lei aos desejos inconsciente. Entende a função de normatizar como uma produção da estrutura repressora social.

O que mais interessa a este trabalho é entender que as visões críticas, em especial no Brasil, possuem uma intenção de ruptura paradigmática⁴, no sentido de que pretendem uma

⁴ Paradigmas, na visão de Thomas Kuhn, seriam “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 1998, p. 13). Sendo que o autor ainda diz que pode haver uma identificação com o paradigma mesmo que não haja um acordo, de modo que “a falta de uma interpretação padronizada ou de uma redução a regras que goze de unanimidade não impede que um paradigma

superação de um *status quo*. De tal modo que, nos interessa saber a influência que forma as correntes teóricas apresentadas influenciaram a atuação jurídica no Brasil e, posteriormente, como esta visão se contrapõe a outra prática relevante no cenário nacional, o neoconstitucionalismo.

2.1.1 Movimento Direito Alternativo

Com a apresentação e problematização da crítica jurídica, em especial, os conceitos desenvolvidos no Brasil, se entende ser importante abordar o movimento do Direito Alternativo, o qual tomou um espaço no cenário jurídico principalmente nos anos de 1990 e que teve uma influência sobre os movimentos questionadores que ainda subsistem até os dias atuais⁵.

O direito alternativo no Brasil é desenvolvido juntamente com outros movimentos ocorridos em países latinos como México, Argentina, Chile e Colômbia e europeus como França e Espanha, a partir de “um movimento quase espontâneo, não organizado em princípio, resultante de posições teóricas as mais diversas, que têm como objetivo redefinir a juridicidade (seja enquanto ciência, seja enquanto fenômeno social)” (CLÉVE, 1991, p. 99).

A ideia basicamente defendida é, além da inconformidade com o direito dominante, uma tentativa de apresentar novos modelos para um ambiente em crise de legalidade, legitimidade e adequação. Remodelar os postulados individualistas e formalistas e buscar uma maior dinamicidade à ciência do direito. (CLÈVE, 1991, p. 99 e 100)

O desenvolvimento da hermenêutica jurídica se deu com base no estudo ou do direito ou da lei, sendo que as escolas históricas buscaram correlacioná-los ou estudar cada um a depender do momento histórico. Deste modo, o uso alternativo do direito vem a questionar os pressupostos legais e sociais do direito, colocando a justiça no centro de seus posicionamentos. (ARRUDA JÚNIOR, 1991, p. 71 e 72)

orienta a pesquisa. A ciência normal pode ser parcialmente determinada através de inspeção dieta dos paradigmas. Esse processo é frequentemente auxiliado pela formulação de regras e suposições, mas não depende dela. Na verdade, a existência de um paradigma nem mesmo precisa implicar a existência de qualquer conjunto completo de regras”. (KUHN, 1998, p. 69)

⁵ Um exemplo de uma das possibilidades que ainda subsiste é o Direito Achado na Rua, o qual tem a intenção de “atribuir propriamente Direito ao que emerge de sua fonte material – o povo – e de seu protagonismo a partir da rua – evidente metáfora da esfera pública.” (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 14)

Essa teoria não propõe nova ontologia jurídica. Não propõe uma teoria do ser jurídico alternativa ao direito tal como aparece nesta ou naquela espaço-temporalidade (neste passo não se confunde com o idealismo jurídico). Propõe, isso sim, alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade. Por isso a teoria do uso alternativo do direito não descarta o aparato normativo oficial. Antes procura alargar seus postulados democráticos. (CLÈVE, 1991 p. 114)

Citando Horácio W. Rodrigues, Antônio C. Wolkmer (2002, p. 141) retrata o direito alternativo como uma superação da crítica jurídica tradicional com o intuito de apreciar os avanços que essas teorias tiveram, tentando eliminar os seus problemas, de modo a demonstrar uma inovação.

No final da década de 80, a expressão “Direito alternativo” vinha designando uma disciplina ministrada na Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, coordenada pelo juiz Amilton Bueno de Carvalho. Tendo em vista essa experiência, certos setores da imprensa associaram, polemicamente, a designação com o grupo de magistrado gaúchos que vinham proferindo sentenças e resolvendo conflitos de forma não convencional e progressista. Em pouco tempo, a expressão alcançou nível nacional e passou a configurar a pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de lutas dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do Direito) e da legalidade insurgente a instituir (práticas de pluralismo jurídico) etc. (WOLKMER, 2002, p. 142)

Clémerson M. Clève (1991, p. 100-101) apresenta algumas críticas trazidas por este movimento, sendo a primeira referente ao idealismo dos juristas, o qual apregoa a obediência à um padrão de justiça superior. “O direito dominante, enquanto fenômeno observável e normativo que vige, obriga, faculta ou reprime, admite uma lógica independente da adequação de suas regras àquelas a-históricas situadas no território do direito natural”.

A segunda crítica apresentada é referente ao positivismo, visto que, para este, a justiça seria uma questão metajurídica, de modo que o direito estaria de acordo com a normatividade estatal dominante, não cabendo ao jurista questionar se a norma é ou não razoável, sendo este um trabalho dos filósofos. (CLÈVE, 1991, p. 101 e 102).

A terceira crítica discorrida pelo autor versaria sobre a concepção marxista clássica do direito, principalmente no que se refere ao economicismo e ao voluntarismo. Quanto ao economicismo, se critica a supervalorização da questão econômica como explicação dos fenômenos sociais. “O direito é, pois, simples ‘epifenômeno’, verdadeiro reflexo da infra-

estrutura. Um efeito ilusório e fantasmagórico, servindo apenas para ocultar a realidade concreta.” Apesar de trazer uma explicação ao direito dominante, não conseguiu trazer um modelo alternativo ao criticado. Quanto ao voluntarismo, este informa uma separação entre o saber do proletário e o do burguês, sendo que reduz o direito à “expressão de vontade das classes dominantes”, de modo que retoma a crítica ao modelo positivista, colocando o jurídico com um conjunto de comandos normativos exclusivos de uma classe. (CLÈVE, 1991, p. 104)

A busca dos teóricos do direito alternativo está na “desmistificação total do discurso jurídico para o fim de demonstrar o seu caráter ideológico, ou retórico ou classista”. Muitos propõem alternativas teóricas, muitas vezes incrédulas quanto à capacidade de mudança através do próprio direito. No entanto, os principais autores deste movimento buscam trazer novos padrões na prática jurídica. (CLÈVE, 1991, p. 105)

[...], o direito positivo é o modo atual de aparecer do direito dominante no quadro do Estado moderno ou contemporâneo. O direito dominante necessariamente é um direito positivo, isto é, um direito tutelado, sancionado e garantido pelo Estado, o qual detém, ou pretende deter, o monopólio da produção da juridicidade. Não cabe confundir positivismo enquanto método de conhecimento aplicado ao direito e enquanto saber com o positivismo que qualifica o direito dominante de determinado tempo histórico; isto é, enquanto realidade e prática produtora e reproduutora do direito contemporâneo.

Se os dois conceitos são relativamente contemporâneos e se os dois acompanham o processo de solidificação da ascensão burguesa, há alguma diferença entre eles. Enquanto o primeiro refere-se ao saber, o segundo diz respeito a um fenômeno social e político chamado direito. Se o primeiro pode ser ultrapassado por meio de novos saberes e teorizações, o segundo reclama práxis política e jurídica libertadoras; por isso que sua modificação depende do resultado do embate travado cotidianamente entre forças políticas antiéticas em busca de participação decisória do resguardo de seus particulares interesses. (CLÈVE, 1991, p. 107 e 108)

Uma análise baseada nessa perspectiva crítica exige uma maior participação do jurista na busca por uma produção jurídica participante, vindo da percepção deste direito positivo, estatal, aplicado à realidade concreta. “Um saber que, conhecendo o direito positivo, saiba explicá-lo teoricamente, a sua lógica e o seu funcionamento real, ao mesmo tempo em que, captando-o como resultado de relações de força, promova e reclame a afirmação dos direitos necessários à promoção da dignidade humana.” (CLÉVE, 1991, p. 113)

O movimento direito alternativo surge, em um primeiro momento, como uma tentativa de superação de uma crise no sistema jurídico, uma falta de instrumentos capazes de responder

a contento as demandas sociais. Ressalva que, quando se fala de crise não quer dizer um equilíbrio no período anterior, mas um dos efeitos da produção capitalista à sua época.

Wolkmer (2002, p. 144) sintetiza as principais ideias trazidas pelos teóricos do movimento alternativo: primeiro, traz o direito como instrumento de luta por emancipação social; em segundo lugar, a construção de uma sociedade com bases socialistas e democráticas; em terceiro, a utilização do método dialético, pretendendo analisar as nuances históricas e sociais que permeiam a construção jurídica; e, por fim, a busca pela efetivação de uma justiça social.

Ao juiz alternativo, e, *lato sensu*, aos intérpretes do direito alternativo cabe a negação da idéia de que o Judiciário é a sede dos interesses gerais e o Juiz o “depositário do bem comum”, “individualizado”, sendo os profissionais do direito meros auxiliares da Justiça. [...]

Não se trata, com efeito, de uma mera denúncia das várias facetas da ideologia jurídica imersa na ideologia dominante. Tampouco se trata de uma crítica das consequências de duas características do senso comum teórico dos juristas: a “generalidade” e a “ambiguidade”. O direito alternativo pretende ir além dessa denúncia. (ARRUDA JÚNIOR, 1991, p. 89 e 90)

A discussões alternativas do direito buscam ultrapassar a legalidade estrita e questionar os fundamentos da ciência jurídica, de modo a alinhar a produção teórica com a prática. Amílton B. de Carvalho (1999, p. 20) levantarão a discussão se este movimento é novo ou não está em um questionamento de menor interesse. Para ele, “não interessa saber se é novo ou não, o que importa é discutir quais são os resultados provocados pelo movimento.”

Assim sendo temos duas questões aparentemente contraditórias:

- 1) Cremos somente ser possível falar em “uso alternativo do direito” como conceito apropriável em parte, em face da essência do estado de “direito mínimo” (ou de “cidadania primária”) e da cultura liberal-legal a tradição político-jurídica, posto que aquela responde mais à ordem retórica contextualizada no *continuum* autoritário do que em práticas democráticas.
- 2) A alternativa parece correr menos no nível de estatalidade do que nas raias da rua, posta a crônica impossibilidade evolutiva da cidadania, em vários de seus níveis. Assim sendo, entende-se mais facilmente a tese de pluralidade dos ordenamentos, não como paradigma “ad eternum”, mas como indicativo concreto de resistência à negação de direitos básicos já garantidos na constituição ou simplesmente negados na lei fundamental. (ARRUDA JÚNIOR, 1991, p. 91 e 92)

Os autores desse movimento afirmam que o que se traz enquanto novidade é retirar da produção teórica progressista e trazê-la para a práxis. Na América Latina, surge a partir das lutas de resistência aos regimes ditatoriais e afirmações dos direitos humanos, através das ideias marxistas, neomarxistas, humanistas dialéticos, antropólogos do direito e, até mesmo, os teólogos da libertação. (CARVALHO, 1999, p. 61)

O direito alternativo não se opõe ao direito positivado, mas o utiliza como um dos diversos instrumentos para efetivação da justiça, vez que também pode representar conquistas progressistas. “Direito Alternativo em sentido estrito: emerge do pluralismo jurídico. É direito paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua. É direito construído pela população [...], ou seja, o povo constrói direitos na busca de soluções de seus problemas, até em conflito com o direito oficial.” (CARVALHO, 1999, p. 62)

O sistema jurídico, atualmente, sevê em uma passagem de uma regulação “simples” para uma regulação “complexa”, sendo possível afirmar que essa complexidade está ligada ao processo de produção do conhecimento, visto que quanto mais se comprehende as coisas, menos simples estas parecem. (ARNAUD, 1992, p. 31)

[...], a complexidade é inerente às relações sociais e econômicas. Vai das mesmas relações jurídicas, ligadas a si, e que são próximas a todos os fatores que influem sobre a vida social e econômica; o qual o Direito é supostamente garantido por uma boa parte, na regulação. (ARNAUD, 1992, p. 31)

A produção alternativa busca, junto à população, averiguar as suas necessidades e desejos, sendo preciso, assim, haver uma sensibilização dos profissionais do direito para entender e apreender o que estas pessoas esperam. E, o próprio processo de aprendizagem deste jurista, em um ambiente estritamente dogmático e positivista, não o prepara para o entendimento dos problemas reais e, principalmente, a relação de opressão socialmente existente.

Lédio R. de Andrade (1992, p. 89) vem dizer que somente haverá uma mudança “quando o propósito alternativo for maioria no pensamento jurídico ou, pelo menos, contrabalançar a forte estrutura formal e dogmática reinante na atualidade”. Cabe colocar, também, que esta modificação não virá apenas do espaço jurídico, mas sim de uma mudança de postura social, econômica e estrutural que possibilite uma alteração nas relações reais de poder.

O debate sobre o uso alternativo do direito permeia com maior força o cenário brasileiro dos anos de 1990 e início dos anos 2000. Após este período, perde um pouco de espaço

principalmente a partir de uma maior adoção de posturas constitucionalistas e neoconstitucionalistas, como se verá a seguir.

É necessário destacar que o trabalho dos juristas relacionados a este movimento influenciou e ainda influencia de maneira contundente os estudos críticos brasileiros, principalmente com a implantação de ideias alternativas de resolução de conflitos e propostas de mudanças curriculares, seja na formação do jurista como na formação dos profissionais do direito – magistrados, promotores, delegados, defensores, etc. Um exemplo bastante claro da contribuição deste movimento e que perdura até o presente momento é a criação e manutenção das Assessoria Jurídicas Populares, que possibilitam ao estudante de direito ter um olhar mais crítico e promover, junto com a comunidade, alternativas emancipatórias.

[...] Pode-se afirmar que, em última instância, as conquistas dos movimentos populares reposam sobre formas “alternativas” que as assessorias jurídicas encontram para tratar de questões e conflitos ao concreto. Foram dispositivos legais reinterpretados de formas aparentemente descabíveis no positivismo, mas que na prática apontaram para soluções; foram as explorações das próprias contradições das regras formais do mundo das relações jurídicas. (PRESSBURGUER, 1992, p. 59 e 60)

Em um cenário que sugere novas necessidades e novas perspectivas e formas de vida exigem maneiras alternativas de resolver essas demandas. “Sendo assim e tendo em conta esses fatores constitutivos, cabe privilegiar os principais sujeitos históricos que legitimam o novo paradigma de juridicidade, ou seja, os movimentos sociais enquanto portadores de “valores” que fundamentam modalidades libertárias de vida cotidiana.” (WOLKMER, 1992, p. 129)

2.2 Neoconstitucionalismo: considerações críticas

Nos últimos tempos, principalmente a partir do desenvolvimento teórico do início do século XXI, surge no cenário jurídico brasileiro a teoria jurídica denominada “neoconstitucionalismo”, a qual, para alguns autores, é considerada um marco paradigmático. Esta prática jurisprudencial e teórica tem como principais características (SARMENTO, 2009, p. 269): reconhecimento da força normativa dos princípios e seu protagonismo na aplicação do direito; repúdio ao formalismo e busca por outros modos mais flexíveis de raciocínio como ponderação, teorias da argumentação e outros; constitucionalização do direito, colocando os

seus valores como centro do ordenamento; reaproximação do direito e da moral; judicialização da política e das relações sociais, onde o judiciário passa a ter um grande protagonismo das decisões.

Conforme explica Ana Paula Barcellos (2007, p. 02), o termo neoconstitucionalismo faz referência ao constitucionalismo contemporâneo, no entanto, por mais que se utilize o prefixo *neo* não demonstra um rompimento com o constitucionalismo, mas apresenta alguns novos elementos que o diferenciam do que era praticado.

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo* (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicado na Espanha em 2003. Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado como neoconstitucionalistas. (SARMENTO, 2009, p. 271)

Não há como estabelecer dentro do neoconstitucionalismo uma linha geral de pensamento, visto que os autores são muito diferentes entre si: existem autores liberais políticos, positivistas, não positivistas, comunitaristas, proceduralistas, e outros. (SARMENTO, 2009, 271). Para Luís Roberto Barroso (s.d., p. 5) o marco filosófico desse novo movimento constitucional é o pós-positivismo, visto que está entre as duas grandes correntes do pensamento jurídico, o jusnaturalismo e o positivismo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. (BARROSO, s.d. p. 06)

O grande protagonismo do judiciário vem principalmente após a 2^a Guerra Mundial, pois a partir das constituições que surgiram traziam temas de vasto valor axiológico, com temas econômicos e sociais, incluindo direitos sociais prestacionais. Com isso, a necessidade de

interpretações expansivas e abrangentes tornou possível o surgimento de novos modelos interpretativos e o surgimento da constitucionalização do direito. “Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor da arena legislativa.” (SARMENTO, 2009, p. 273)

A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relacionam-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa. As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. [...], o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. (SARMENTO, 2009, p. 273)

Na leitura neoconstitucionalista, deixa-se de lado a clássica separação dos poderes e dá um maior espaço para que o judiciário atue nas garantias constitucionais. A democracia é reafirmada através de teorias substantivas, onde se rejeita uma atuação estritamente majoritária e se considera os princípios fundamentais como restrição, de modo que, ao “reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica”, possibilita a entrada da moral no debate jurídico. (SARMENTO, 2009, p. 274)

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e a prescrição sobre como ele deve ser. Os juízes descriptivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. [...], as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre esses dois domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, [...] (SARMENTO, 2009, p. 276)

A característica mais marcante do neoconstitucionalismo é o protagonismo do judiciário, no qual este se envolve em um papel de interpretação, deixando o observador externo em uma posição secundária. Em muitos casos, este tipo de posição relega ou sobrepõe atuação das outras esferas organizativas, como o executivo e o legislativo. Esta postura traz várias críticas para esta atuação.

Os dois temas que perpassam este debate é a judicialização da política e o ativismo judicial. São temas próximos mas não se confundem. “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos [...], o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa.” (BARROSO, 2008, p. 3). Em contrapartida, a ideia de ativismo judicial está ligada a uma maior atuação do judiciário na aplicação dos valores constitucionais e uma ocupação de espaço que tradicionalmente eram destinados ao Executivo e ao Legislativo. Barroso (2008, p. 4) dirá que uma atitude ativista pode ser manifestada de diversos modos, como:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com vase em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O neoconstitucionalismo se apresenta como uma teoria positiva, que tem sua aposta de emancipação humana através do judiciário, através da utilização da dogmática constitucional. Deste modo, é uma prática que se afasta das teorias marxistas e do movimento alternativo brasileiro, visto que estes veem o direito enquanto instrumento de dominação. “Enquanto os pós-modernos criticam as “metanarrativas” e buscam desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito moderno [...] os constitucionalistas insistem no aprofundamento do projeto político da Modernidade, [...].” (SARMENTO, 2009, p. 278)

No Brasil, esse modelo de atuação jurídica se estabeleceu após a Constituição de 1988, a qual inseriu em seu texto vários princípios com grande carga axiológica, facilitando o que se chama de constitucionalização do Direito, possibilitando uma irradiação desses valores por todo o ordenamento. Daniel Sarmento (2009, p. 280) destaca dois importantes momentos nessa mudança de postura, a qual chamará de “mudança de paradigma do Direito Constitucional

brasileiro”: um primeiro momento denominado de constitucionalismo brasileiro da efetividade; e um segundo, nomeado de pós-positivismo constitucional.

Este primeiro momento, vai dizer o citado autor, se inicia logo após a promulgação da Constituição quando alguns juristas afirmam a necessidade de que esta seja aplicada enquanto norma constitucional, situação que até aquele momento não era tão corriqueiro. “Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição.” (SARMENTO, 2009, p. 281)

O debate trazido nesse primeiro momento era trazer o debate constitucional para o centro do ordenamento e apresentar a atuação jurisdicional como espaço da efetivação constitucional.

O segundo momento, chamado de pós-positivismo constitucional, traz para o ambiente jurídico nacional diversas teorias que aprofundam a aproximação entre o direito e a moral. Como marcos, se destacam os autores Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau, os quais difundiram a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Também é trazido neste momento inspirações pós-metafísicas, principalmente com o estudo de John Rawls e Jürgen Habermas. (SARMENTO, 2009, p. 281)

Além da entrada da questão moral no debate constitucional, também houve, neste momento, uma maior preocupação nas questões envolvendo a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Se antes a jurisdição se preocupava mais com demandas processuais, agora a argumentação jurídica é permeada pela filosofia política. “Dentre as posições, não há dúvida de que a mais identificada ao neoconstitucionalismo é a substancialista, que compartilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais.” (SARMENTO, 2009, p. 283 e 284)

Este debate se tornou mais forte especialmente através da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), ressaltando, inclusive, a mudança no perfil dos ministros que o compõe. Esta dinâmica mais ativa faz com que haja também uma maior demanda dos setores sociais por respostas às suas queixas, o que faz com que o STF tenha uma atuação em diversos temas de conteúdo moral. “[...], o Tribunal passou a intervir de forma mais ativa no processo político, adotando decisões que refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado.” (SARMENTO, 2009, p. 286)

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário. (SARMENTO, 2009, p. 287)

Daniel Sarmento (2009, p. 288) traz três críticas contra o neoconstitucionalismo: a primeira diz que esse ativismo do judiciário seria antidemocrático; a segunda diz que a opção pelos princípios e pela ponderação em detrimento das regras e da subsunção deve ser feira com cautela, principalmente pela peculiaridade da cultura brasileira; e a terceira se refere à criação de uma “panconstitucionalização” do Direito, a qual retiraria a autonomia do cidadão.

A primeira crítica, referenciada à existência de uma supremacia dos tribunais, vem em virtude da grande expectativa criada sobre o judiciário na concretização da Constituição. Porém, o que se questiona é que, diferentemente dos políticos que atuam no legislativo e no executivo, os magistrados não são eleitos e não prestam contas à população.

Essa crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. (SARMENTO, 2009, p. 289)

O que se questiona é a legitimidade democrática dos magistrados porque, apesar de exercerem um poder político, não são imbuídos da vontade popular, especialmente em se tratando do Supremo Tribunal Federal, uma corte não eletiva, se sobrepor à decisão do Executivo ou do legislativo. No entanto, pode-se destacar que essa legitimidade vem da natureza normativa e filosófica dessa atuação. (BARROSO, 2008, p. 6)

O fundamento normativo está ligado à atribuição constitucional desse “poder” aos juízes e aos ministros do STF, reservando “uma parcela do poder político” aos agentes que não provém de eleições, mas a partir de uma escolha técnica. O fundamento filosófico vem através da ideia

de junção das ideias de constitucionalismo e do exercício democrático. Desta maneira, a Constituição assegura “as regras do jogo democrático”, fazendo com que a atuação do judiciário seja no sentido de garantir a democracia e os direitos fundamentais, inclusive alheio às decisões dos outros poderes. (BARROSO, 2008, p. 07)

Particularmente, no caso brasileiro, o ativismo judicial é visto como uma atuação mais progressista nas decisões, haja vista o histórico de omissão e de utilização da justiça para manutenção do poder político-econômico. Em virtude disso, aquele que questiona um excesso de judicialização da política e das relações sociais é taxado como conservador. No entanto, em muitas vezes o judiciário pode atuar de modo contrário, avesso a progressos que beneficiem os vulneráveis. (SARMENTO, 2009, p. 290)

[...], uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e a realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão. É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. [...], esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. [...] Justifica-se o ativismo judicial a partir de uma visão muito crítica do processo político majoritário, mas que ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo-se teorias a partir de visões românticas e idealizadas do juiz. [...] (SARMENTO, 2009, p. 291 e 292)

A segunda crítica é relativa a preferências pela utilização de métodos como a ponderação e as teorias da argumentação em detrimento aos métodos tradicionais. “Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.” (SARMENTO, 2009, p. 295)

A questão que posta aqui é que um sistema jurídico democrático necessita tanto da aplicação das regras quanto dos princípios, haja vista que as regras garantem previsibilidade e segurança jurídica, e reduzem os erros em sua aplicação. Os princípios são capazes de dar plasticidade ao ordenamento jurídico, no entanto, deve haver um equilíbrio para não descartar o uso das regras e da subsunção. (SARMENTO, 2009, p. 296)

A terceira crítica recai sobre a panconstitucionalização. O neoconstitucionalismo busca uma “interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais

importantes da ordem constitucional". Sendo neste momento que se discute a legitimidade deste processo, vez que reduz a liberdade do legislador, visto que este passaria a ser concretizador da vontade do constituinte, com uma atuação política limitada. Desta forma, a discussão se vira para o propósito da judicialização. (SARMENTO, 2009, p. 299)

2.2.1 Perspectiva do consenso e suspeita do processo democrático

Sem dúvidas e a partir do que até aqui foi dito, o Judiciário é um importante ator político e, consequentemente, faz parte da dinâmica da democracia. Deste modo, é necessário visualizar claramente a posição adotada pelo judiciário brasileiro de maneira a entender o seu mecanismo de funcionamento e para que ou com qual propósito este atua.

Diferentemente das teorias críticas do direito que tem uma proposta de ruptura com o momento histórico, social e político, ou seja, uma proposta de ruptura paradigmática, o neoconstitucionalismo, o qual hoje é a prática mais adotada pelos tribunais nacionais, não surge com esta intenção. Apesar de também ser um movimento de efetivação e garantia dos direitos fundamentais, não possui, em sua essência, a intenção de rompimento da ordem imposta ou questionamento quanto à postura ideológica que o direito ainda carrega.

As diferenciações mais relevantes para este trabalho entre as duas perspectivas é que uma se liga a práxis e à crítica da estrutura do Direito, enquanto que a análise neoconstitucionalista é mais dogmática e liga essencialmente às teorias consensualistas.

A ideia de consenso é trabalhada na teoria política principalmente com John Rawls e Jürgen Habermas. Apesar das divergências nas teorias, a razão nos levará a superar os dilemas morais. A questãoposta ao ideal do consenso é que ao pensá-lo como um ideal democrático universalmente aceito, se mascara a perspectiva dominante, imposta, e se evita o conflito político. (MIGUEL, 2014, p. 18)

Deste modo, o consenso democrático adotado por muitos procedimentos de cunho neoconstitucionalistas pode ignorar o ambiente estruturalmente conflituoso do campo, o qual é permeado de dissenso e tensões.

O consenso, por mais democrático, provisório, não hegemônico e hierarquizado que o autor proponha, pode estimular convergências que verdadeiramente não existem naquelas sociedades. O direito e o

constitucionalismo, na nossa concepção, são frutos de constantes disputas por espaço e práticas emancipatórias. Nesse sentido, o “consenso” pode ser uma verdadeira armadilha, com mais possibilidades de conter e limitar o pluralismo [...] (BRANDÃO, 2015, p. 57 e 58)

Luís Felipe Miguel (2014, p. 25) vem dizer que a linha traçada por Rawls, Habermas e Honneth, autores consensualistas, entende que o conflito de interesses é “um mal a ser extirpado”, ou seja, uma sociedade harmônica deve ser pautada pela produção de normas “com o mínimo de atrito, seja pela vigência da imparcialidade, seja pela abertura ao argumento alheiro, seja pelo altruísmo generalizado. Trata-se se uma postura que guarda um forte componente antropolítico, [...] que o confronto próprio das disputas políticas [...] não permitiria que florescesse.”

Habermas e Rawls, um proceduralista e o outro com sua teoria da justiça, empenharam ao longo de seus trabalhos em estabelecer modelos deliberativos sobre a democracia, nos quais as tomadas de decisões políticas seriam realizadas por seus cidadãos, em um ambiente que pudessem atuar de maneira livre e igualitária (MELLO, 2014, s.p.).

[...] Chantal Mouffe, vênia aos deliberacionistas, inicia suas críticas, propondo que tanto o projeto de Habermas quanto o de Rawls mostram-se insatisfatórios na tentativa de, democraticamente, responderem aos desafios do pluralismo. Em sua visão, o preço político a se pagar pela ênfase no consenso é o da exclusão de pontos de vista a ele irreconciliáveis, e isso, em última instância, não poderia alavancar processos democráticos. Em face disso, contra os fundamentos consensualistas do modelo deliberativo, Mouffe proporá um modelo agonístico que, alimentado pela diversidade de perspectivas políticas que em gládio atravessam o tecido social, possa sustentar uma concepção radical de democracia. (MELLO, 2014, p. 283)

Deste modo, a crítica feita é o sentido de que, quando esses autores tentam entender os direitos individuais com os direitos de participação em um ambiente político capaz de dirimir qualquer conflito de valor existem, não possibilita a existência de um ambiente de contestação, ou seja, o pluralismo é discutido não mais nas esferas sociais públicas, relegando as discussões e suas consequências ao domínio jurídico. Sendo que esse processo estaria amparado em uma concepção de justiça que tenta trazer modos de lealdade entre os cidadãos e as instituições do Estado. (MELLO, 2014, p. 284)

Desta maneira, Chantal Mouffe (2005, p. 12) irá dizer que a ordem e a estabilidade almejada seriam mais um “compromisso entre interesses diversos do que da mobilização do

povo em direção a um consenso ilusório acerca do bem comum.” O exercício democrático sairia de sua dimensão política e de embate e penderia para uma dimensão mais instrumental.

Ocorre que para esta autora (2005, p. 16), tampouco Rawls estaria isento de visões abrangentes como Habermas não poderia ser tão proceduralista. Estes autores não separariam o espaço público do espaço privado, de modo que não conseguiriam estabelecer um domínio onde se isentaria o sujeito da diversidade de valores e onde o consenso poderia ser alcançado sem exclusões.

Rawls e Habermas querem fundamentar a adesão à democracia liberal com um tipo de acordo racional que fecharia as portas para a possibilidade de contestação. Eles precisam, por esse motivo, relegar o pluralismo para um domínio não-público, isolando a política de suas consequências. O fato de que sejam incapazes de manter a separação rígida que advogam tem implicações muito importantes para a política democrática. (MOUFFE, 2005, p. 16)

O que se espera de uma democracia que se baseia na existência de um dissenso é possibilitar a existência de um espaço público que proporcione e estimule a participação dos cidadãos, principalmente em um momento em que há uma crise em relação à identificação do sujeito com as instituições e um baixo interesse na participação política. Dessa forma, o consenso político talvez não seja a possibilidade mais adequada quando se dá uma maior relevância às instituições e aos procedimentos do que propriamente na participação popular e no exercício democrático. Além de perceber que o espaço político não é uma arena neutra mas um ambiente onde há uma luta de posicionamentos e argumentos.

Contra a atual apatia política que, já há algum tempo, vem caracterizando as sociedades democráticas liberais, condenando-as ao convívio com índices expressivos de absenteísmo político e a crises de representatividade, a guinada proposta por Mouffe pode oxigenar a constituição de uma democracia baseada em uma esfera pública vibrante que, receptiva e atravessada por visões conflitantes, publicamente oferte projetos políticos alternativos legítimos. Reconhecendo-se a multiplicidade subjacente ao fato do pluralismo, a aceitação do outro não se mostra aqui como um simples processo de tolerância, mas sim como a celebração positiva do real movimento da democracia. (MELLO, 2014, p. 288)

A crítica a ser feita quanto à ideia de política enquanto “um processo racional de negociação entre indivíduos” é que se negligencia desse debate a existência de poder e de

oposição (antagonismo), onde não há uma atuação individual mas sujeitos com uma identidade coletiva. A discussão livre em um espaço neutro poderia trazer uma imparcialidade ao Estado, mas entende-se que “negar o político não o faz desaparecer, apenas conduz ao espanto perante as suas manifestações e à impotência no seu tratamento.” (MOUFFE, 1996, p. 186 e 187)

A crítica que se faz à democracia deliberativa, ou seja, ao consenso, é que este coloca algumas limitações na relação política entre os atores. Para Iris M. Young (2014, 188), na perspectiva da democracia deliberativa, “as partes do conflito político devem deliberar entre si e, por meio de argumentação razoável, tentar chegar a um acordo sobre as políticas que seja satisfatório para todos”. Enquanto que, o modelo democrático conflitivo vê isso com desconfiança, pois as desigualdades estruturais exerceriam certa influência no estabelecimento do acordo. Da mesma forma que recomenda que a crítica a se fazer não é desmerecer uma teoria em detrimento à outra mas poder ter uma visão mais crítica a ideia de consenso.

A ativista desconfia das exortações à deliberação por acreditar que, no mundo real da política, onde as desigualdades estruturais influenciam procedimentos e resultados, processos democráticos que parecem cumprir as normas de deliberação geralmente tendem a beneficiar os agentes poderosos. Ela recomenda, portanto, que aqueles que se preocupam com a promoção de mais justiça devem realizar principalmente a atividade de oposição crítica, em vez de tentar chegar a um acordo com quem sustenta estruturas de poder existentes ou delas se beneficia. (YOUNG, 2014, p. 188)

A democracia deliberativa apresenta uma visão normativa da legitimidade democrática e tem a pretensão de incentivar um engajamento político de seus cidadãos. Propõe que as partes em divergência apresentem suas razões e suas críticas, de modo que apreciem também a posição e os interesses dos grupos contrários, lembrando a necessidade de se observar os parâmetros de justiça. Desta maneira, a democracia deliberativa representaria “um conjunto de ideais normativos, segundo o qual os processos políticos reais são avaliados e geralmente considerados insuficientes”. Assim, o cumprimento dos processos que permitam a participação das partes na deliberação pública evitaria o cumprimento de interesses parciais e a influência de coerções. (YOUNG, 2014, p. 189-190)

A democrata deliberativa considera que a melhor maneira de limitar a dominação política e a pura imposição do interesse parcial, e promover maior justiça social por meio de políticas públicas, é fomentar a criação de espaços e processos de deliberação entre elementos distintos e discordantes na

comunidade política. [...]. A cidadã politicamente engajada que quer promover a justiça social procura criticar e debater com aqueles de quem discorda ou com quem seus interesses inicialmente se chocam em situações públicas, em que tenta convencer os outros de que algumas políticas ou interesses têm consequências ou aspectos injustos ou maléficos. Mediante argumentação crítica aberta ao ponto de vista dos outros, ela tem como objetivo chegar a conclusões políticas livremente aceitáveis por todos os envolvidos. (YOUNG, 2014, p. 190)

O ativista está mais preocupado com a justiça social e como os sujeitos que são politicamente responsáveis. Busca modos concretos para uma promoção da justiça, acreditando que as instituições que compõem a sociedade geram ou reproduzem os problemas sociais, econômicos e estruturais. Este ainda vai agir com ações mais indignadas, como panfletagem, manifestações de rua e outras ações diretas, como boicote. No entanto, se faz a ressalva de que o ativista não acredite na violência intencional e direcionada e sim em uma defesa física ao ser atacado. “Vou pressupor que o ativista rejeite táticas que causem intencionalmente danos graves à propriedade, tais como colocar bombas ou incendiar. Formas menos prejudiciais de destruir ou quebrar, principalmente como subprodutos de ação de protesto, não precisam ser condenadas”. (YOUNG, 2014, p. 190-192)

A crítica que se faz é que a democracia deliberativa prega a participação de todos os envolvidos e politicamente iguais nos debates. No entanto, tal situação seria mais teórica do que prática pois, no mundo da política, “os segmentos sociais estruturalmente dominantes têm uma influência significativa sobre processos e decisões políticos”. (YOUNG, 2014, p. 195)

A deliberação, diz o ativista, é uma atividade de salas de reuniões, comissões parlamentares e, às vezes, até dos próprios parlamentos. As elites exercem seu poder, em parte, por meio de gestão de ambientes deliberativos. Entre si, participam do debate sobre as políticas que sustentará seu poder e promoverão seus interesses coletivos. [...] A deliberação é essencialmente uma atividade das elites políticas que se tratam com respeito cordial e tentam resolver suas diferenças. Na medida em que a deliberação é excludente nesse sentido e as decisões tomadas nesses órgãos deliberativos sustentam e perpetuam a desigualdade estrutural ou têm outras consequências injustas e maléficas, diz o ativista, é errado recomendar a deliberação a bons cidadãos comprometidos com o aprofundamento da justiça social. (YOUNG, 2015, p. 195-196)

Muitos democratas deliberativos concordam com as críticas dos ativistas, alegando que seu entendimento é que, mesmo sendo deliberativos, as reuniões onde estão somente o poder

hegemônico representado não seriam deliberativas. Não deve haver somente a discussão entre as partes mas também que todas as partes sejam tratadas como iguais e ter suas representações incluídas (YOUNG, 2014, 197). “A diferença entre eles pode se reduzir a quão otimistas eles são em relação à possibilidade de persuadir agentes políticos de que há injustiças estruturais, e a solução para elas deve ter a concordância de um público deliberativo inclusivo”. (YOUNG, 2014, p. 201)

Como a teoria deliberativa está sedimentada no argumento racional, só este teria espaço na discussão política. Porém, em sendo este desigualmente distribuída pela sociedade, a regra do jogo seria um privilégio de determinados grupos sociais (MIGUEL, 2001). Esta legitima as políticas através do acordo, no entanto não vê como possibilidade a existência de ameaça ou exclusão de pessoas da decisão. No entanto, não possui ferramentas que perceba esse tipo de discurso, ou seja, “de que as deliberações possam ser fechadas ou distorcidas dessa forma. Ela carece de uma teoria, chamemos assim, da ideologia, bem como de uma visão da genealogia dos discursos e sua maneira de ajudar a constituir a forma como as pessoas veem a si mesmas e seu mundo social”. (YOUNG, 2014, p. 207)

A teoria democrática que enfatiza a discussão como critério de legitimidade exige uma teoria mais desenvolvida sobre os tipos e mecanismos de ideologia e métodos para realizar a crítica de discussões políticas específicas. Essa crítica ideológica precisa ser capaz não apenas de analisar as interações e falas específicas mas também de teorizar sobre como a mídia contribui para naturalizar pressupostos e tornar difícil aos participantes de uma discussão falar fora de um determinado de conjunto de conceitos e imagens. (YOUNG, 2014, p. 209)

Citando John Dryzek, Luis Felipe Miguel (2001) diz que a teoria deliberativa da democracia vem perdendo o seu caráter crítico e sendo incorporada ao debate constitucionalista liberal, de tal modo que a ideia original de uma “radicalização das instituições democráticas”, vai de encontro com a manutenção da situação vigente.

Assim, se enxerga com alguma desconfiança a adoção do consenso enquanto validação do processo democrático pois este não apresenta instrumentos que considerem a diferença de poder participativo entre as partes na construção das políticas públicas, em especial porque não considera os problemas estruturais envolvendo o poder hegemônico e os instrumentos de dominação.

III DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO: INTERAÇÃO DENTRO DO CAMPO JURÍDICO DAS FORÇAS CONSERVADORAS.

No capítulo III se estudará a liberdade de expressão e as manifestações públicas como forma de exercício democrático. Os exemplos apresentados nesta parte serão importantes para apresentar em concreto como as relações de força interagem dentro do campo, além de verificar como o *habitus* é gerado e a sua importância na postura adotada pelos agentes.

3.1 Direito de expressão política ou direito a livre manifestação: uma análise.

Neste tópico será trabalhado o conceito de liberdade de expressão, demonstrando o debate que existe sobre o tema, visto que este pode ser trabalhado em uma visão mais macro, no entanto será elaborado um recorte na liberdade de expressão na atuação política do cidadão. O autor Roberto Gargarella, neste capítulo utilizado como marco teórico, traz a expressão “*El derecho a la protesta*”, livremente traduzido para o português como “o direito ao protesto”. Porém, no desenvolvimento do livro que leva este nome – “*El derecho a la protesta: el primer derecho*” (Buenos Aires, AdHoc, 2007) –, trabalhará a temática sob a denominação de “*libre expresión*”.

Desta forma, entende-se necessário a abertura de um tópico próprio para trabalhar a expressão, fazendo uma diferenciação do direito à liberdade de expressão *lato sensu*, visto que é um conceito há tempos trabalhado e usualmente difundido, podendo haver confusão com o que se pretende trabalhar.

Em consonância aos trabalhos do citado autor, o direito de manifestação vem em decorrência do direito de resistência, ou “o direito a resistir ao direito”. Este poderia ser retratado enquanto um direito de reivindicação daqueles que ainda não foram efetivados. Seria uma oposição à uma injustiça e o reconhecimento que a ordem jurídica imposta não é suficiente para assegurar a concretização dos direitos dos sujeitos sociais.

Mesmo entendendo que a manifestação seja uma possibilidade de resistência ao Estado, Gargarella entende que a resistência ativa poderia ocorrer quando exista uma alienação legal, a qual ocorre a partir de duas condições, uma substancial e uma procedural. A primeira condição seria que uma pessoa ou uma coletividade de pessoas estaria alienada quando as

instituições sociais não se esforçam para construir meios para satisfazer as necessidades básicas dessas pessoas; a condição procedural seria em relação à participação ativa e efetiva dos cidadãos no processo de constituição dessas instituições. (AGUIAR, 2005, p. 51)

Apesar de a maioria das pessoas dos países desenvolvidos gozarem de uma situação de integração legal, ainda existem pessoas que são carentes de acesso ao básico e que estão socialmente excluídas. Essas últimas seriam aquelas alienadas legais e teriam o direito moral à obediência daquelas leis que possam contribuir para a sua própria situação. No entanto, tal situação não impede a existência de um direito à rebelião, ou seja uma busca proporcional à satisfação necessidade com respeito às outras normas que se relacionam ao tema reivindicado. (AGUIAR, 2005, p. 52)

[...] Gargarella reconoce que las protestas sociales y políticas pueden adoptar las formas más diversas, pero entiende que éstas tienen en común la pertenencia a un tipo de manifestación que califica como “resistencia”. Luego de rastrear en la historia del constitucionalismo los diversos enfoques sobre la resistencia a la opresión, propone la noción de alienación legal, que emerge cuando el derecho sirve a propósitos contrarios a aquellos que lo justifican. [...] La resistencia en la actualidad es razonable y justificada, plantea, si se dan condiciones sustantivas y procedimentales. Propone como criterio sustantivo el de la existencia de un gran número de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza extrema. El criterio procedural no es independiente del anterior. Antes bien, Gargarella sensatamente afirma que la mera presencia de las razones sustantivas es razón suficiente para considerar que existen graves fallas estructurales en el sistema institucional. De allí que el orden jurídico pueda ser responsabilizado por dichas privaciones. Finalmente, Gargarella especifica algunos de los cursos de acción que las víctimas podrían legítimamente adoptar, tales como rebeliones fiscales, cortes de ruta, toma de tierras improductivas, y propone algunos límites a dichas conductas. (ALEGRE, 2005, p. 60)

A questão relevante entre os dois temas é que, apesar de se interligarem em alguns momentos, o direito de resistir e o direito de protestar tem as suas diferenças e estas se referem principalmente quanto a origem dos dois. Enquanto o direito de resistir vem com a intenção de um rompimento com a ordem jurídica e política vigente, o protesto se apresenta em uma perspectiva de questionamento e rompimento pontual, reconhecendo, inteira ou parcialmente, a legitimidade do ambiente social.

Resistir es [...] desafiar al orden jurídico-político de forma global, rebelarse contra un sistema cuya injusticia es irremediable por otras vías. De acuerdo

con esta perspectiva, la objeción de conciencia o la desobediencia civil no serían actos de resistencia, ya que implican impugnaciones localizadas, específicas, parciales, contra algún aspecto de un orden cuya legitimidad general no se impugna. (ALEGRE, 2005, p.61) (*grifos nossos*)

A garantia da liberdade de expressão é uma das garantias mais importantes que o sujeito/cidadão tem frente ao Estado e ao particular, inclusive. Seria nesse sentido, “*uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática*” (GARGARELLA, 2007, p. 26).

Liberdade de expressão se trata de um termo genérico que surgiu em um contexto do Estado Absolutista para defender a liberdade de pensamento principalmente ligada à liberdade de imprensa (BORNHOLDT, 2010, p. 81).

Sua consagração como direito fundamental ganha ainda maior significado num Estado Democrático de Direito. Num primeiro sentido, constitui a liberdade de expressão um significativo direito de personalidade; depois, como é corrente em inúmeras obras doutrinárias e decisões judiciais (brasileiras ou alienígenas), a liberdade de expressão é constitutiva da ideia e prática da democracia. (BORNHOLDT, 2010, p. 81)

Owen Fiss (2004, p. 23) vem dizer que a proteção da autonomia do cidadão produzirá um debate público “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”. Dessa forma, o sujeito deve ser deixado em paz e livre de ameaças das autoridades policiais, surgindo daí uma reflexão mais aprofundada sobre esse antagonismo existente dentro da sociedade.

Assim, para haver um exercício pleno da liberdade de expressão, esta deve ser uma manifestação da personalidade do sujeito, de modo a revelar outros direitos previamente garantidos, como as liberdades de crença, pensamento, convicção política e concepção filosófica. (BORNHOLDT, 2010, p. 87)

Historicamente, foi apenas com o fim do período Absolutista que houve a consolidação da ideia de liberdade de expressão como um direito, principalmente com a promulgação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (BORNHOLDT, 2010, p. 87). A Inglaterra foi o primeiro país ocidental à se posicionar de maneira mais forte na preservação da liberdade de pensamento, refletido através da ação do Parlamento, em 1695, que não deu continuidade ao *Licensing Act*, que previa a censura prévia (FARIAS, 2000, p. 160).

Nos Estados Unidos da América, além da Primeira Emenda, de 1791, ainda houve o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, que estabelecia a liberdade de imprensa. Neste mesmo sentido, há o exemplo francês com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, em 1789, garantia a livre manifestação do pensamento e de opinião. (FARIAS, 2000, p. 161)

Do mesmo modo, internacionalmente, há vasta documentação no sentido de proteção à esta liberdade. Como grandes exemplos estão: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que garante a toda pessoa a liberdade de opinião e expressão, sem interferência; o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950); e, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). (FARIAS, 200, p. 162)

O direito (ou liberdade) de manifestação é um jovem e vigoroso direito fundamental: *jovem*, na medida em que surge apenas no século XX, de certo modo já como um fruto do constitucionalismo democrático do pós-guerra, razão pela qual o mesmo não aparece expressamente na maioria das Constituições – Espanha e Portugal são aí a exceção, ao passo que o Brasil é a regra; mas é também *vigoroso*, quer por comparação com o seu ascendente materno (a velha liberdade de reunião), quer pelas relações privilegiadas que mantém com a figura cimeira da liberdade de expressão, que por via das funções especiais que está destinado a servir e pela vitalidade que revela neste início do século XXI. (ALEXANDRINO, 2014, p. 85)

Essas ideias vêm para o Brasil no período imperial, no entanto, a censura prévia somente foi abolida pouco antes da Independência, com uma regulamentação que proibia o anonimato e que previa penas graves para manifestações revoltosas e contra a ordem imposta. Nos primeiros momentos da República houve um momento de liberdade de expressão, a não ser em momentos de regime de exceção. (BORNHOLDT, 2010, p. 87)

Não apenas em períodos de exceção, mas também em épocas de liberdade formal, a censura foi constantemente praticada. Na primeira, com roupagem legal. Na segunda, especialmente em virtude de longos períodos de exceções. Por vezes, uma ordem jurídica formal, favorável à liberdade de expressão, tornou-se socialmente ineficaz por conta de uma permanente situação de coação, por meio de uma ordem jurídica paralela. Foi o caso do AI-5. Tivemos, pois, períodos em que as Constituições possuíam um sentido puramente nominal. Foi decerto um sentimento dum mais velada pressão que vigorou por largos períodos da “República Velha”. (BORNHOLDT, 2010, p. 88)

No ordenamento jurídico brasileiro, foi apenas na Constituição de 1988 que houve o reconhecimento da liberdade de manifestação sem a indicação de outro dispositivo que o restrinja. “Garantiu-se, pois, no rastro da Primeira Emenda norte-americana, irrestritamente a liberdade de expressão, a qual deve, contudo, por força do ‘princípio da ligação da liberdade de pensamento à personalidade’, estabelecido pela vedação do anonimato, [...].” (BORNHOLDT, 2010, p. 93)

O artigo 5º da Constituição Federal, e seus incisos, garante a liberdade de expressão em todos as suas nuances, inclusive o direito de reunião e manifestação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. (BRASIL, Constituição Federal)

A crítica que se coloca é que, apesar de ser um direito inato ao cidadão, um direito que garante a sua participação enquanto parte de uma sociedade e enquanto um ator político, ainda é veementemente reprimido das diversas formas, sejam elas simbólicas ou físicas. A crítica feita por Gargarella (2006, p. 28 e 29) é direcionada ao seu país, mas caberia de modo enfático à realidade brasileira. Diz este autor que os conflitos sociais que aparecem em seu país não seriam apenas aqueles que paralisam uma rua ou causam um certo transtorno no trânsito, mas estariam acompanhados de agressões e destruição.

Neste sentido, o autor assinala que as manifestações sempre surgem com algo a mais e que os governos não trabalham de maneira a resguardar esse direito e coibir os excessos, mas assume uma posição contrária às manifestações, coibindo qualquer tipo de ato. Os excessos devem ser desaprovados e punidos, mas isso não pode se tornar um argumento para uma atuação mais rigorosa e violenta por parte do Estado contra as manifestações públicas reivindicatórias.

[...] Adviértase que la actitud asumida habitualmente por el poder público, en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro contexto se parte de la idea de que la ruta debe ser “liberada”, el tumulto disuelto, y los manifestantes dispersados, y luego, en todo caso, se presta atención a los demás “detalles” involucrados por la manifestación ciudadana. [...], el fundamental derecho a criticar las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores utilizada por una mayoría de funcionarios políticos, jueces y fiscales, en el cumplimiento de sus tareas. [...], la libertad de expresión aparece [...] como un elemento más, que tiene un peso inferior o en todo caso idéntico al de los demás valores en juego [...] [...] la comunidad en cuestión tiene pleno derecho a reprochar tales excesos. Sin embargo, aun así, no debe perderse de vista lo más importante: es perfectamente posible distinguir estos reprochables excesos de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía. (GARGARELLA, 2006, p. 28 e 29)

Conforme Owen Fiss (2004, p. 31), a estrutura social contemporânea se torna avessa à liberdade de expressão, assim como a polícia também o é. Para ele, o Estado não deveria ser visto como apenas um inimigo, mas também como um amigo, e o debate público seria o mediador dessa balança.

É importante ressaltar que este autor se preocupa com a possibilidade de existência de um debate público real, de modo que como qualquer outra instituição, o Estado pode atuar de maneira a preservar a atuação democrática do cidadão (principalmente quando estabelecer instrumentos que possibilitam a participação de grupos majoritários e quando coíbem a perpetuação de ideias discriminatórias), mas também em muitos casos tem uma postura oposta, limitando ou dificultando a atuação dos sujeitos sociais em suas reivindicações e nos questionamentos à atuação governamental.

El principio del debate público, por el contrario, reconoce el carácter problemático del supuesto instrumental que subyace a la protección de la autonomía y busca ofrecer un fundamento para la necesaria acción correctora. [...]. El debate público rico sigue presentándose como una precondition esencial para el ejercicio de esta prerrogativa soberana. Pero la acción es ahora por su impacto en el debate público, es decir, en un estado de cosas social, en vez de considerar si constriñe o interfiere de otra manera con la autonomía de algún individuo o institución. [...] La autonomía puede ser protegida, pero sólo cuando enriquece, por ejemplo, cuando la expresión de opiniones de algunos ahora las voces de otros o distorsiona sistemáticamente la agenda pública. Desaprobar la acción del Estado no es lo mismo que impedirla por completo. (FISS, 2004, p. 52)

A liberdade de expressão que inicialmente foi concebida como uma manifestação do indivíduo frente ao Antigo Regime, com o intuito de preservar sua opinião e o pensamento individual frente ao despotismo do Estado. Deste modo há uma passagem para o entendimento dessa liberdade enquanto direito/dever de informação, ou seja, que os cidadãos estejam plenamente informados do que ocorre na sociedade, ou seja, a identificação individual agora passa a se reconhecer em um ambiente coletivo, sendo esta um componente essencial de uma democracia. (FARIAS, 2000, p. 167).

Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e informação desfrutar do status de direito fundamental, o Poder Público, ao pretender restringir o âmbito de proteção constitucional dessa liberdade para atender os limites supracitados, terá que justificar a necessidade de intervenção e só poderá efetivar a restrição por meio de lei [...] (FARIAS, 2000, p. 170)

Entre todas as faces apresentadas pela liberdade de expressão, se opta, neste trabalho, por se debruçar sobre a manifestação pública, entende esta como um importante instrumento na construção de uma sociedade plural e democrática.

3.2 Direito de manifestação: dissenso e valor da expressão cívica

Passando para a temática da manifestação política, o autor Roberto Gargarella (2006, p.147) nos lembra da tensão existente dentro cenário constitucional acerca do duplo compromisso existente, sendo, por um lado, a proteção das maiorias e do que as pessoas querem, e por outro, assegurar as minorias e os direitos de cada indivíduo. Em continuação, afirma também sobre a questão que envolve os juízes e as manifestações sociais, pela qual os magistrados expressam o que entendem por democracia, mas não tomam a devida prudência para o que está realmente em jogo. (GARGARELLA, 2006, p. 142)

En principio, ellos encuentran la posibilidad de moverse, con relativa comodidad, entre dos extremos. Ellos podrían, por un lado, suscribir una idea de democracia restringida, limitada, más bien elitista, basada en lo que yo llamaría el principio de la desconfianza: desconfianza respecto de la discusión pública y desconfianza respecto de lo que la ciudadanía puede hacer. Por otro lado, ellos podrían defender una visión de la democracia más inclusiva y amplia, pensada a partir del principio alternativo de la confianza:

confianza en el ciudadano, en nuestras capacidades colectivas, en la discusión pública. Pues bien, los jueces han tenido a moverse con mayor frecuencia cerca del primer polo, comenzando daí una operación preocupante, porque significa que una parte central del poder público adopta una visión muy restrictiva sobre la democracia. (GARGARELLA, 2006, p. 143)

A liberdade de expressão, ressalta Gargarella (2007, p. 26), deve ser considerada como qualquer outro direito, ou seja, o exercício de um direito não deve suprimir a realização de outro. Ressaltará que este não é mais um direito, mas um dos mais fundamentais para o exercício da democracia. Deste modo, aquilo que atenta este direito, estará prejudicando as estruturas democráticas.

A liberdade de manifestação estaria, então, dentro das possibilidades do cidadão de se expressão publicamente e politicamente, através de “sua presença e/ou da sua voz, abrangendo gestos, emblemas, insígnias, bandeiras, cantos, gritos, aclamações entre outras formas, sem exclusão do silêncio.” (RAMOS, 1989, p. 363)

No entanto, a autora Maria Lídia de O. Ramos (1989, p. 363) vem trazer a distinção da manifestação que buscar uma reivindicação em via pública do que ela chamará de “ajuntamentos, tumultos, amotinações”. Para ela se trataria de ações delitivas que buscam a perturbação do ambiente público ou com caráter armado, o qual ocorreria de maneira accidental e desorganizado. Ainda faz uma ressalva de que “qualquer manifestação é susceptível de assumir a forma de um ajuntamento ou tumulto, sendo certo, porém, que um <<ajuntamento, por exemplo se for accidental, não tem sempre na sua base uma manifestação>>”. (RAMOS, 1989, p. 364)

O direito de se manifestar pode ser definido através de quatro posições básicas (ALEXANDRINO, 2014, p. 89):

- (i) O *poder* de convocar, promover ou aderir a uma manifestação;
- (ii) A *liberdade* de manifestar ou de não se manifestar (liberdade de manifestação negativa);
- (iii) Um *direito negativo*, o de não ser impedido de se manifestar (ou seja, de participar na manifestação), envolvendo a inerente determinação da forma, das finalidades, da hora e do local da ação, bem como a utilização dos locais e das vias públicas;
- (iv) Um direito de protecção contra ofensas provenientes de terceiros.

Além das posturas adotadas por aqueles protagonistas da manifestação, ainda é possível observar posturas frente ao destinatário deste direito, o qual se sujeita ao poder do cidadão e se

coloca em posição de não impedir suas ações. Tal situação se põe, especialmente, frente ao Estado, o qual deve ter ações de respeito, proteção e promoção de acesso aos espaços públicos. (ALEXANDRINO, 2014, p. 90)

O direito de expressão política ou direito de manifestação está ligado à influência jusnaturalistas do direito de resistência, através do qual os sujeitos se protegeriam do Estado quando este violar de modo enfático os limites de sua autoridade. Desta maneira, citando a doutrina escolástica, Maria Lídia de O. Ramos (1989, p. 364) cita a existências de três tipos de resistência: o primeiro tipo seria aquele ligado à resistência passiva, a qual seria o não cumprimento de uma lei ou de um ato considerado opressivo, enquanto estas não forem coagidas à cumpri-lo. “Proibir uma manifestação pública e deter os responsáveis pela provocação é fácil para quem possui autoridade; mas é difícil reagir à avalanche de manifestantes que pretendem ser presos por desobediência persistente e sem agressão contra a autoridade”.

O segundo tipo, como diz Ramos, seria a resistência defensiva, pela qual se utiliza da legítima defesa contra uma violência praticada pelo Estado. E, por fim, a resistência agressiva, através da qual ocorreria uma “rebelião” com o intuito de revogar leis injustas ou promover uma mudança no governo. É necessário, neste ponto, se afirmar que a segurança é um valor importante no Estado Democrático, de modo que somente seria cabível esta atuação quando o governo se mostra totalmente alheio aos seus fins, de maneira tal que esta atuação se mostre pequena em relação ao problema vivenciado pelo Estado. Esta oposição “ativa” seria vista ocorrendo contra regimes ditoriais, déspotas e domínio estrangeiro.

Constitucionalmente, se prevê que a uma condição para que seja garantido o direito de manifestação é que este seja pacífico e não tenha armas. Essa exigência é feita de modo a preservar a segurança pública e para garantir que todos os participantes tenham condições de se manifestar com liberdade e em segurança. É preciso ressaltar que, em sendo um conceito sem clara definição, pode compreendê-lo enquanto uma ausência de distúrbio, onde os participantes se sintam capazes de exercer seu direito com liberdade. No entanto, isso não significa que perturbações ocorram, principalmente em se tratando de um agrupamento de muitas pessoas, o que torna difícil o controle das lideranças. (SOUZA, 2012, p. 31).

[...], constitui automaticamente uma quebra do caráter pacífico. O caráter pacífico deve ser apreciado face às circunstâncias do caso concreto e sempre tendo como linha de orientação a impossibilidade de assegurar em geral aos que se reúnem (ou manifestam) pacificamente condições de segurança para o exercício do seu direito fundamental.” (SOUZA, 2012, p. 32)

O direito de manifestação sofre influência do direito de resistência, mas com ele não se confunde. Seria uma atuação de descontentamento com certa situação ou ação, principalmente (mas não somente) vinda do Estado, mas que não necessariamente representa uma posição de defesa em frente à uma violação dos fins estatais ou algum despotismo governamental.

[...] distingue-se, portanto, das manifestações, greves, exposições, protestos, sendo o seu exercício unicamente permitido quando << se verificam comportamentos dos cidadãos que, normalmente e em si mesmos, são ilícitos e inconstitucionais, e que apenas em virtude do direito de resistência beneficiam de uma causa especial de justificação>>. (CANOTILHO; VITAL; apud RAMOS, 1989, p. 365)

Ressalta-se que na América Latina, a luta pela emancipação social se derivou de ações de resistência, as quais estavam inseridas em ambiente excludentes e autoritários. Estas manifestações surgiram no início do século XX com caráter reivindicatório por reconhecimento, movimentos de camponeses, indígenas, etc.; passando pelas manifestações contra as ditaduras militares na metade do século XX; e iniciando o século XXI com movimentos que exigem uma maior participação institucional através de organizações que buscam um “controle social pela cidadania”. (WARREN-SCHERER, 2008, s.p.)

Assim, a liberdade de manifestação pode ser vista em dois aspectos: enquanto uma liberdade de exercício, possibilitando a expressão de uma coletividade, de modo que expande o entendimento do direito de reunião; e, em uma segunda possibilidade, é vista enquanto uma liberdade individual de participação em uma manifestação. Essas duas características são complementares. (RAMOS, 1989, p. 365)

O que se percebe com essas nuances do direito de manifestação é que há a necessidade que seja resguardado a possibilidade de manifestação da opinião de um grupo, uma reivindicação de direitos que afetam à certa coletividade, ao mesmo tempo que o sujeito social, o cidadão, deve ter garantido a possibilidade desta manifestação, ou seja, que seja resguardada sua integridade física e o seu direito de estar em um ambiente público manifestando.

Acresce que a manifestação pressupõe um encontro ou aglomerado de pessoas, no mesmo local, pretendendo exprimir uma opinião pública, sentimento ou protesto. Nesse âmbito, coloca-se o problema de saber qual o *número mínimo de pessoas* que terá de constituir esse aglomerado, sendo divergentes as opiniões (uns exigem sete pessoas; outras três; limitando-se alguns a referir o número mínimo de duas pessoas). Parece-nos que, constituindo duas pessoas uma pluralidade, talvez baste, teoricamente, que se congregue esse número para que surja uma manifestação, apesar de que a sua

existência será tanto mais notória quanto mais pessoas nela estiverem envolvidas. (RAMOS, 1989, p. 366)

Outra questão a relevar é que a mensagem a ser passada pelo grupo manifestante deve pressupor que existe uma vontade comum ou uma opinião comum que justifique a presença em um mesmo local, além de ser uma mensagem dirigida a terceiros (RAMOS, 1989, p. 366 e 367)

A liberdade de reunião, de manifestação em grupo, seria uma forma direta de expressão da liberdade de expressão. Além de um instrumento de construção democrática também é um incentivo à construção de uma ideia de grupo. Desta maneira pressupõe que seja um aglomerado de pessoas com algum tipo de coordenação e que tenha característica transitória. (HORBACH, 2012, p. 218)

Horbach (2012, p. 222), citando Jorge Miranda, diz existir quatro tipos de reuniões: aquelas realizadas para fins privados; as realizadas para fins institucionais com restrição de acesso; as realizadas com fins institucionais sem restrição de participação; e as reuniões em local público, independente de finalidade.

É possível que as autoridades públicas possam interromper uma manifestação quando esta se tratar de finalidade ilegal, visto que haveria uma colisão de direitos. Em caso de ocorrência de atos ilícitos, não há obstáculo para que aquela prossiga assim que estes forem contidos. (HORBACH, 2012, p. 223)

É certo que a proibição de uma manifestação deve ser baseada em razões fundadas. Nesse aspecto, a doutrina italianada entende que não é suficiente a simples menção ao perigo de alteração da ordem pública ou possível agressão a bens protegidos. Tal fundamentação, por ser complexa, faz com que seja difícil o estabelecimento de regras gerais sobre limites à liberdade de expressão. É necessário, por conseguinte, analisar-se o caso concreto. (HORBACH, 2012, p. 223)

A violência que pode ocorrer sobre a liberdade de expressão não ocorre somente quando se trata de censura, sendo que o fato de as pessoas terem podido se expressar não é, a princípio, relevante na hora de avaliar o empecilho. Por exemplo, caso haja uma determinação quanto ao local para que haja uma manifestação, pode-se considerar que houve uma restrição a esse direito. (GARGARELLA, 2007, p. 30). Mais à frente esta questão será melhor desenvolvida.

Señalo lo anterior por lo siguiente ([...], un terreno sobre el que conviene andar con cautela): mi intuición es que en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hachos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio

público; [...]]; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. [...]: es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público. (GARGARELLA, 2007, p. 30)

Neste momento, quando o autor trabalha a liberdade de expressão e relata o uso da força ou de meios violentos para chamar a atenção do poder público. Não há demonstração de apoio para este tipo de ação, porém há a avaliação da utilidade desses meios para que as pautas sejam reparadas pelos agentes públicos e por aqueles que detém os meios para o desenvolvimento de políticas públicas. É uma clara derivação do direito de resistência frente a uma ordem estabelecida e que não ampare aqueles que não possuem seus direitos efetivados.

O caráter pacífico da manifestação não se refere à violência provocada às autoridades, mas se caracteriza pelo exercício da força física contra aquelas pessoas ou bens. Muitas vezes, a violência é empenhada contra as autoridades públicas no intuito de garantir o respeito à lei. (SOUZA, 2012, p. 32)

A conduta violenta de pessoas em concreto quando não seja apoiada pelo grupo não põe em causa o carácter pacífico da reunião (ou manifestação). Neste caso, o perturbador dever ser, pura e simplesmente, intimado a pôr termo à violência, sob pena de ser retirado do grupo e, assim, privado do seu direito. (SOUZA, 2012, p. 33)

Entende-se que a atuação da autoridade pública no sentido de dificultar ou impedir a manifestação pública é ingerente, principalmente quando estas têm a intenção de intimidar os manifestantes. “Ora, se no caso concreto as medidas de controlo das forças policiais forem de natureza a provocar um efeito de intimidação naquele que pretende exercer ou já está a exercer o direito de reunião (ou manifestação), de modo a levá-lo a preferir não se reunir ou não continuar na reunião, haverá uma ingerência [...].” (SOUZA, 2012, p. 35)

Em geral, será de reconhecer às forças policiais um poder para adoptar este tipo de medidas dentro dos limites de normalidade, independentemente do efeito que isso provoca nos que se pretendem reunir ou estão reunidos. Mas se as medidas de controlo das forças policiais forem claramente excessivas tendo em vista as circunstâncias do caso concreto e os bens a salvaguardar e, simultaneamente, provocarem um efeito de intimidação, já constituirão ingerência no direito fundamental de reunião (ou de manifestação). [...] De igual modo, constitui ingerência no direito de reunião o “acompanhamento

intenso” das forças policiais fortemente equipadas circundando uma reunião ou de ambos os lados de uma manifestação. (SOUZA, 2012, p. 35)

O problema central trazido por Roberto Gargarella (2007, p. 61) é que dentro do contexto social e político, alguns grupos estejam sistematicamente excluídos. Esta situação traz riscos para o processo democrático pois, a exclusão e marginalização de certos setores, fazendo com que sistema vicie e as decisões se tornem menos imparciais e menos respeitáveis.

A problematização é que muitos grupos ainda são excluídos dos foros públicos de reivindicação, de modo que, a manifestação pública, em especial aquela que toma as ruas, merecem proteção. A manifestações de rua seria uma maneira mais explícita para chamar atenção da sociedade para o reconhecimento de suas necessidades e reivindicações.

[...] los cortes de ruta son una conducta expresiva que merece tutelarse, dado que la voz de los sectores representados en la protesta sufre de una marginalización absoluta. Ante la falta de foros en que los reclamos de los desocupados puedan ser escuchados, los cortes de ruta son una forma de captar la atención de una sociedad que de otros modos permanece sorda. Sin ignorar lo que hay de verdad en este argumento, señalo que su eficacia es tal vez, también, demasiado contingente. [...] Los cortes de rutas buscan algo más que transmitir un mensaje. De otro modo, la protección constitucional de la práctica no iría más allá del tiempo necesario para hacer conocer las demandas. (ALEGRE, 2005, p. 71)

As passeatas e manifestações de rua seriam uma forma de atrair visibilidade do poder público e da sociedade sobre injustiças e exigir meios para atender as demandas apresentadas pelos sujeitos. Esse tipo de protesto seria não somente uma reivindicação de direitos, mas também um grande exercício de fortalecimento democrático.

Estos pueden ser considerados como aportes para el mejoramiento a largo plazo del sistema político y jurídico, como un desafío desprolijo pero imprescindible al status quo, como un invaluable aunque costoso llamado de atención sobre las injusticias estructurales con las que de otro modo estaríamos dispuestos a convivir como parte del paisaje social. (ALEGRE, 2005, p. 74)

Os protestos não têm a pretensão de rompimento com o sistema, mas de questionamento e apelo ao senso de justiça existente nessa, poderiam ser considerados uma desobediência parcial ou pontual, com começo e fim e relativo a determinada reivindicação. (ALEGRE, 2005, p. 75)

3.2.1 Repressão às manifestações políticas e a violência simbólica

E, qual seria a resposta mais adequada a ser dada aos casos envolvendo manifestações, principalmente em casos em que ocorrem algum caso de violência ou de destruição de patrimônio público ou privado? Diversas posturas podem ser tomadas pelas autoridades, desde promover um acordo entre as partes conflitantes, verificação das demandas apresentadas, ordenação do cumprimento total ou parcial das questões apresentadas, determinação de limites à atuação dos manifestantes ou dos modos de manifestação, sendo que a resposta penal seria somente uma delas e a mais rígida (GARGARELLA, 2007, p. 43). No entanto, o que se vê é que a repressão e o uso do direito penal é o que se tem utilizado de maneira mais recorrente.

Qualquer regulamentação estatal sobre a maneira, local e modo como as manifestações devem ocorrer precisam ser elaborada com cuidado para não se tornar uma desculpa para limitar a atuação e o protesto do cidadão. Em especial, os juízes devem considerar que o debate público não pode ser reprimido pelas autoridades públicas principalmente se o Estado injustificadamente não satisfaz os direitos de seus cidadãos. (GARGARELLA, 2007, p. 44)

La contención de aquellos actos de violencia no debe llevar al poder público a cuestionar la validez constitucional del mismo acto de la huelga no a limitar a ésta de un modo que desvirtúe el sentido de la protesta. [...]

[...] En tales situaciones, los derechos involucrados son múltiples, y muchos de ellos (p. ej., los vinculados con la práctica de presentar quejas frente a los (también valiosos) propósitos de preservar el tránsito o el libre comercio interprovincial. Cuando los jueces asignan valor sólo (o casi exclusivamente) a estos últimos propósitos, comprometen a sus sentencias con un balance de argumentos jurídicamente sesgado y, por lo tanto, difícilmente aceptable. Del mismo modo, sostuvimos que la respuesta penal contra los manifestantes no debiera ser, necesariamente, la primera ni la principal respuesta a la que el estado debería apelar. **Cuando los jueces, despreocupada o apresuradamente, recurren a este tipo de soluciones represivas, comprometen al Estado con el tipo de injusticia política que el Estado, justamente, debiera encargarse de erradicar.** (GARGARELLA, 2007, p. 45) (*grifos nossos*)

Em uma democracia com caráter deliberativo, o protesto é considerado a única alternativa que os cidadãos possuem para questionar as autoridades e tentar modificar o curso das políticas. É importante que os representantes se aproximem da população para discussão das necessidades, de maneira a minimizar os impactos da escolha por uma democracia menos direta, atribuindo um certo sentido a esta representatividade. (GARGARELLA, 2007, p. 60)

[...] cuando se reconoce la importancia de escuchar permanentemente voces críticas, como modo de dotar de sentido a la democracia representativa, uno debe empezar a mirar de modo distinto algunos casos habituales, de fuerte resonancia política: casos sobre financiamiento de campañas políticas, sobre el diseño de leyes electorales, sobre la organización de los partidos políticos, sobre los debates preelectorales. (GARGARELLA, 2007, p. 60)

Garland (1999, p. 59) vem explicar, citando Nietzsche e Durkeim, que aqueles regimes que possuem um sistema político consolidado não possuem a necessidade de utilizar essencialmente de sanções punitivistas; apesar de um entendimento de que a punição seria uma demonstração de força, poderia ser entendida também como uma falta de legitimidade em suas autoridades. O que este autor (1999, p. 64) vem dizer é que os governos não poderiam ser “a principal fonte de segurança e da repressão criminal, ao mesmo tempo em que sabem que a curto prazo uma confissão pública tem todas as chances de ser politicamente desastrosa”. Desta forma, seriam criadas duas estratégias, uma que enfrenta o problema e traz novas estratégias “racionalmente adequadas”, e por outro “uma tendência recorrente a uma espécie de ‘negação’ histérica e à reafirmação enfática do velho mito da soberania do Estado”.

A ideia de criminologia dos nossos tempos tem um embasamento muito maior com a questão social, ligado ao “curso normal das coisas”, do que um problema individualizado ou de socialização, deste modo, “o crime é um ‘risco’ que deve ser calculado ou um ‘acidente’ a ser evitado, antes que uma aberração moral que exija explicações especiais. (GARLAND, 1999, p. 66)

O fim do século XX assiste ao declínio do poder político e à ascensão do poder econômico transnacionalizado. O poder político nacional é drasticamente reduzido e não dá conta da conflitividade gerada pela exclusão e desamparo da nova ordem econômica planetária. Para Zaffaroni, a revolução tecnológica do século XX abre caminho “a uma nova etapa de poder mundial (a globalização) em que condutas tradicionalmente criminalizadas tendem a ser monopolizadas pelo poder econômico e pelas agências políticas nacionais”. O poder político em queda não dispõe de um discurso criminológico hegemônico. É um poder político “que não pode reduzir a violência que a sua impotência dera”. [...] A luta pela hegemonia do discurso criminológico se dá na esfera das comunicações, [...]. (WACQUANT, 2003, p. 08)

Neste sentido, em se tratando do direito de se manifestar, quando o Estado toma uma postura rígida e autoritária demonstra, primeiramente, uma fragilidade quanto à sua legitimidade democrática, e, em um segundo momento, uma necessidade de se colocar como

autoridade e reprimir os questionamentos. Além de haver a questão da mídia e dos meios de comunicação que são utilizados como forma de propagação da sensação de insegurança e principalmente criando a imagem do “criminoso”.

Essas políticas punitivas do tipo “lei e ordem” são, pelo menos em parte, uma manipulação maldosa e cínica dos símbolos do poder do Estado e das emoções de medo e de insegurança que conferem a esses símbolos o seu poder. Tais símbolos mostram-se particularmente carregados de sentido quando corre um sentimento geral de inquietação – como é evidentemente o caso no nosso clima econômico e social. [...] O atrativo fundamental da resposta punitiva consiste em que ela pode ser apresentada como uma intervenção autoritária para tratar de um problema grave, gerador de angústia. [...] Nenhuma necessidade de cooperação, de negociação ou mesmo de saber se isto funciona ou não. O castigo é um ato de demonstração do poder soberano, uma ação eficaz que ilustra o que é realmente o poder absoluto. (GARLAND, 1999, p. 71-74)

Ocorre que o sistema jurídico penal dos nossos tempos ainda não consegue abandonar as práticas e as instituições tradicionais, apesar de existirem algumas tentativas legislativas de reforma. Porém, Garland (2005, p. 276) explica que não houve processos de abolição ou reconstrução das instituições penais, como aconteceu na passagem das penas físicas para a construção de penitenciárias. O Estado apresenta uma política de incremento das políticas punitivas e do controle, aumentando a sua presença na vida dos sujeitos (GARLAND, 2005, p. 284)

As autoridades policiais exercem um papel de agentes da violência, ou seja, refletem em seu comportamento, não somente a concretização do monopólio estatal da violência, mas também o reflexo de uma ideologia hegemônica. Uma sociedade que se apresenta como violenta refletirá em suas políticas públicas, principalmente as de segurança, esse autoritarismo haja vista que estaria impregnado em imaginário social. “[...], o recrudescimento da violência em determinados contextos, espaços, e/ou segmentos sociais conforma “ilhas de violência” [...]. É dessa [segunda] representação que emergem as demandas por aumento do controle social e repressão, [...].” (PORTO, 2004, s.p.)

O que se entende é que ações repressivas e violentas são reflexos de uma sociedade com um imaginário violento. Deste modo, as ações dos agentes públicos também vão refletir o pensamento hegemônico e, em se tratando da proteção do direito de se expressar, esta atitude pode ser verificada nas ações dos poderes públicos, principalmente na contenção das manifestações, e na atuação dos agentes de segurança.

[...] essa repressão da sociedade brasileira como uma sociedade violenta faz da violência uma categoria articuladora e organizada de ações. Constrói uma conexão de sentido entre o imaginário e as práticas, e abarca amplos setores da vida social; envolve atores tanto da sociedade civil como no aparato de segurança. A ressalva vale de todos os modos, ainda que essa não seja uma especificidade brasileira e, como alguns podem estar pensando, o mundo todo seja assim; [...] argumentaria ainda que, articulada à violência, como categoria organizadora e explicativa da realidade, a hierarquia e as distinções sociais são outros traços da cultura brasileira que conformam também valores e conteúdos orientadores de conduta [...]. O mais específico no contexto brasileiro seria a matriz hierárquica que faz da distância social um conteúdo que, mesmo sendo do domínio do não dito e muitas vezes do interdito, está na base da organização das relações sociais. (PORTO, 2004, s.p.)

Garland (2008, p. 420) vem trazer que a partir do final do século XX aconteceu uma tentativa de consolidação da ordem e do controle social principalmente em virtude das mudanças sociais ocorridas. “Em certos aspectos, a conta da liberação social dos anos 1960 e das liberdades do mercado dos anos 1980 está sendo paga na moeda do controle social e da repressão penal.”

O que ocorre é que com a mudança social, política e econômica ocorrida nesses últimos períodos, em um momento em que alguns autores denominaram por pós-modernidade (ressalvando as críticas que recaem sobre o termo) possibilitou uma dinamização nas liberdades individuais e de mercado, bem como na mobilidade dos sujeitos e das instituições, implicando também em uma maior demanda por controle e restrições, em especial na seara penal.

O aproveitamento continuado de liberdades pessoais baseadas no mercado depende dos apertados controles de grupos excluídos, aos quais não se pode confiar tais liberdades. Enquanto os criminosos e beneficiários forem tratados como o “Outro” e como responsáveis por seu próprio infortúnio, oferecem-se oportunidades para que as classes dominantes imponham controles rígidos sem abrir mão de suas próprias liberdades. Em contraste com um controle social solidário, no qual todos abrem mão de certa parcela de liberdade pessoal para a finalidade de promover o bem-estar coletivo, o individualismo de mercado consiste na liberdade de alguns amparada na exclusão e no rígido controle de outros. (GARLAND, 2008, p. 420)

A democracia, então, está inserida dentro desse campo de disputa ideológica, de forma que, a democratização tem um papel de “instrumentalizar o acesso ao poder, às informações, à socialização das tomadas de decisão” (LIMA, 2009, p. 30). De tal sorte, em um ambiente

democrático sempre haverá a disputa por espaços, de modo que, em especial em democracia mais frágeis, onde ainda existe uma parcela da população que não tem acesso pleno aos seus direitos, há uma maior tensão entre as forças hegemônicas e contra hegemônicas.

A participação popular é um elemento essencial na construção da democracia. Apenas a partir desta que se consegue estabelecer controle e organização social. “Daí compreendermos que democracia, participação e democratização são/estão em movimento, não sendo “produtos” acabados, com valor universal”. (LOPES; LIMA; SHIMAMOTO; 2009, p. 83). Deste modo, o protagonismo da condução do processo democrático deve ser dos cidadãos e não do governo instituído.

A participação pode, portanto, assumir um caráter de liberação e igualdade (progressistas) ou permanência de uma situação de controle de muitos por alguns (burocratas). Sob o prisma dos setores progressistas, ela pode favorecer ao crescimento da consciência crítica de um grupo, na medida em que fortalece, reivindica e aumenta o seu poder de resolver problemas que por vezes poderiam parecer insolúveis a uma só pessoa. Entretanto, salientamos que a participação não é somente um instrumento para a resolução de problemas, mas também uma situação inerente à natureza humana pelo fato de o homem ser um ser social. Do ponto de vista dos planejadores democráticos (administradores públicos), a participação garante o controle das autoridades por parte do povo, visto que as lideranças centralizadas podem ser levadas facilmente à corrupção e à malversação de fundos. Quando a população participa da fiscalização dos serviços públicos, estes tendem a melhorar em qualidade e oportunidade. (LOPES; LIMA; SHIMAMOTO; 2009, p. 87)

As sociedades complexas são governadas através de normas, sendo que tal codificação faz com que a autonomia individual seja limitado. O objetivo da sociedade é, conforme Scuro Neto (1999, p. 147), “preservar a ordem, contexto tão amplo e variado que não pode ser inteiramente controlado, nem pela ditadura mais sistemática e violenta, ou completamente subvertido, mesmo pela revolução mais radical.” Desta maneira, o controle social é reflexo do tipo de Estado que o exerce.

Maria da Glória Gohn (2007, p. 14), adotando o conceito de paradigma trazido por Thomas Kuhn, nos apresenta alguns tipos de paradigma dos movimentos sociais. Primeiramente, ela nos apresenta dos paradigmas desenvolvido na Europa, o marxista e dos novos movimentos sociais; o paradigma norte americano; e o paradigma latino-americano.

O paradigma marxista trabalha com processos históricos globais, onde apresenta que os paradoxos gerados na sociedade surgem pela diferença entre as classes sociais. Estabelece como categorias básicas as classes sociais, as contradições, os interesses de classe, organização popular, campo de forças, projeto político, dentre outros. Enquanto que o paradigma dos novos movimentos sociais trabalha com “explicações mais conjunturais”, abordando questões envolvendo o contexto político e a vida cotidiana. Possui como categorias básicas a cultura, identidade, autonomia, atores sociais, identidade coletiva, micropolítica do poder, redes sociais, etc. (GOHN, 2007, p. 15)

De acordo com a mesma autora, o paradigma norte-americano dos movimentos sociais, se desenvolveu especialmente nos anos de 1980 estabelecendo uma discussão com as teorias europeias, a partir da qual se criou uma nova corrente que tem como ponto central o processo político das mobilizações sociais e a influência cultural que àquelas deu origem. E, o paradigma latino americano, diferentemente do acima apresentado, se fixou sob os movimentos libertários e emancipatórios, bem como nos grupos de luta por acesso aos bens, à moradia e à terra. Este paradigma foi influenciado especialmente pelos estudos marxistas e dos novos movimentos sociais, destacando a importância da autonomia e da identidade.

Nos anos 90 os movimentos sociais têm sido diagnosticados por alguns autores em declínio, em crise, como pertencentes ao passado, etc. Mas se consultarmos o mercado acadêmico editorial veremos que nunca houve tantas publicações como agora. O que passa? Um deslocamento entre teoria e prática? [...] Os movimentos sociais são fenômenos históricos decorrentes de lutas sociais. Colocam atores específicos sob as luzes da ribalta em períodos determinados. Com as mudanças estruturais e conjunturais da sociedade civil e política, eles se transformam. [...] Enquanto a humanidade não resolver seus problemas básicos de desigualdades sociais, opressão e exclusão, haverá lutas haverá movimentos. (GOHN, 2007, p. 19-20)

O que se percebe no cenário dos movimentos sociais é que estes mudaram de configuração nos últimos tempos, especialmente em relação à sua organização. Os movimentos sociais que antes eram organizados sob a forma sindical ou em organizações políticas, passaram a ter uma configuração diferenciada, sem hierarquias e organizados principalmente a partir das redes sociais.

O exemplo que pretende se destacar neste trabalho, em especial para demonstrar a atuação dos agentes do direito, é a ocorrência das manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013 e de maneira pontual algumas que ocorreram no ano de 2015. Essas manifestações

ocorreram em 12 capitais do país e além de outras cidades de médio porte. Maria da Glória Gohn (2014a, p. 1) diz que uma manifestação deste tipo pode ser registrada no Brasil em apenas outras três oportunidades: no impeachment do então presidente Fernando Collor de Melo, em 1992; em 1984, quando do movimento Diretas Já que pedia o retorno da democracia; e na década de 1960, primeiramente com as paralisações anteriores ao Golpe de 1964 e em 1968 com a Passeata dos Cem Mil, um protesto estudantil.

Gohn (2014a, p.02) traz os dados que, entre junho e agosto de 2013, cerca de dois milhões de pessoas saíram em manifestação registradas em 483 municípios. O motivo das manifestações inicialmente foi o aumento do valor da tarifa do transporte coletivo e também abrangeu a qualidade de vida nas cidades. Esta autora inclui tais protestos dentro de um movimento maior, chamado de “Movimento dos Indignados”, o qual teve como foco reivindicação quanto aos problemas locais, diferentemente dos protestos ocorridos no fim dos anos de 1990 e início do século XXI que tinham como objeto o questionamento da atuação do capital financeiro globalmente. Apesar do protesto com cunho de uma mudança nas políticas públicas nacional, não teve caráter ““nacionalista”; ao contrário, mostram-se como modos e formas de agir coletivo, especialmente adquirido/construído via redes sociais e telefonia móvel, e advêm de ondas globais, internacionais”. Relaciona-se, inclusive, esses protestos com os que ocorrerão em diversos outros países após o ano de 2008, como *Los Indignados* na Espanha e *Occupy* nos Estados Unidos da América.

Os manifestantes de junho no Brasil atuam em coletivos não hierárquicos, com gestão descentralizada, produzem manifestações com outra estética; os participantes têm mais autonomia, não atuam sob a coordenação de uma liderança central. São movimentos com valores, princípios e formas de organização distintas de outros movimentos sociais, a exemplo dos sindicais, populares (urbanos e rurais), assim como diferem dos movimentos identitários (mulheres, quilombolas, indígenas, etc.). Para compreender essa onda de manifestações, além de identificar as especificidades e diferenças dos jovens em ação, uma questão significativa deve ser levada em consideração: por que uma grande massa da população aderiu aos protestos. Que sentido e significado esses jovens atribuíram aos acontecimentos para transformá-los em movimento de massa com ampla legitimidade? (GOHN, 2014a, p. 02 e 03)

Ilse Warren-Scherer (2015, p. 58) denomina os movimentos recentes no Brasil como movimentos emergentes, dando destaque para o Passe Livre e a Marcha das Vadias. O destaque é dado à grande participação de jovens em busca de mudanças tanto estruturais quanto culturais. Outra característica peculiar é a utilização das redes virtuais como meio de participação e como

ambiente organizativo. No entanto, se ressalta que, apesar da grande participação proporcionada não garante uma continuidade junto ao movimento, visto ser pequeno o envolvimento político.

Apesar de todo debate relacionado à legitimidade dessas manifestações e como esses protestos organizados de maneira pouco tradicional conseguiram tanta adesão, o que mais foi colocado em pauta, especialmente pela mídia, foi a ação dos chamados Black Blocs, os quais com uma atuação violenta e depredadora, tomaram grande espaço nas discussões políticas e midiáticas e deslegitimaram as manifestações em relação à opinião pública majoritária. (GOHN, 2014a, p. 03)

Mas as manifestações de junho permaneceram como o maior evento político no país em 2013, dado seu impacto: na sociedade, que se mobilizou/sensibilizou e saiu às ruas; sobre o governo, que após ter, inicialmente, minimizando-as, partiu para uma reformulação de seu discurso e lançou ações para contrarrestar seu impacto; e a mudança de opinião dos intelectuais e formadores de opinião, de diferentes tipos e tendências político-ideológicas, que passaram a citar as manifestações de junho como “o clamor ou a voz das ruas”, uma força sociopolítica semioculta, que se despertou e poderá voltar à ação a qualquer momento. (GOHN, 2014a, p. 03-04)

A diferença na atuação desses movimentos é que, por não terem liderança verticalizada, hierárquica, não há como ver esses manifestantes de maneira hegemônica, pois cada um traz consigo a sua própria ideologia. A motivação está no descontentamento com o cenário político dos representantes e sua atuação no poder estatal, além das políticas públicas e econômicas que afetam diretamente a sociedade, de tal sorte, que rechaçam o modo de fazer política tradicional, demonstrando que há uma outra maneira de se fazer política, e essa maneira seria a tomada dos espaços públicos. (GOHN, 2014, p. 04 e 05).

Apesar do cenário de devido exercício da liberdade de expressão, os participantes dos movimentos sociais foram e ainda não “alvos de ações violentas por parte da repressão policial. Conectam-se às redes de apoio internacional, e a solidariedade entre eles é um valor e um princípio. São laboratórios de experimentações de novas formas de operar da política.” (GOHN, 2014b)

Perry Anderson (2013, s.p.), em entrevista dada ao jornal Estadão, diz que os protestos de junho de 2013 trouxeram, três importantes conquistas. A primeira seria um despertar político na nova geração, o que o autor ressalva não se tratar apenas dos jovens, mas dos trabalhadores

também. Em segundo fizeram surgir um senso de empoderamento social em um cenário de passividade política. E, por fim, o questionamento sobre a distribuição das despesas públicas.

O mérito para tudo isso vai para os movimentos de esquerda que alavancaram os protestos [...], cujo eco popular foi tão expressivo que mesmo forças de direita aderiram às manifestações, pautadas por seus próprios propósitos. Assim, a fragilidade dos protestos está nessa enorme disparidade: por um lado, o pequeno núcleo organizado que inspirou as revoltas de junho; por outro, a escala das multidões que tomaram parte nessas manifestações, sem liderança política ou infraestrutura duradoura. O futuro dependerá de até que ponto essa lacuna poderá ser fechada. (ANDERSON, 2013)

A violência é um tema que perpassa o debate sobre a liberdade de expressão. Esta sempre esteve presente nas lutas sociais nacionais, seja pela resistência dos movimentos, seja pelas forças policiais (GOHN, 2014b). Nas manifestações de 2013 não foi diferente, seja pela atuação agressiva da polícia contra os manifestantes, seja pela atitude de grupos que se utilizavam da violência, os quais foram denominados de Black Blocs.

Embora os Black Blocs não se denominem movimento, mas tática, sua visibilidade performática domina a cena quanto eles se manifestam. Nas manifestações de 2013, pode-se indagar se ela ressurge como nova forma de luta social ou internacionalização de formas de protesto. O fato novo é a violência ser apresentada e justificada por essas alas dos manifestantes como forma predominante da ação no protesto, e esse fato reforça a hipótese de mudança na composição e no caráter dos movimentos de ruas. A violência performática como norma de conduta é um registro de formas de movimentos de protestos internacionais deste novo século. (GOHN, 2014b)

A questão que envolve a violência policial nas manifestações é a qual se considera uma luta desigual. Enquanto os manifestantes se utilizam de artefatos de proteção pessoal, a polícia tem um aparato repressivo especializado e na maior parte das vezes é utilizado de maneira desarrazoada, inclusive com táticas que impedem a continuação da manifestação e a própria proteção daqueles que estão na rua. Neste sentido, não se defende que as lesões graves que ocorrem nos protestos não devam ser investigadas e contidas, no entanto, se ressalta a desigualdade de aparatos entre as forças do Estados e as pessoas que manifestam.

Nesse mesmo sentido, também se pode perceber a atuação das autoridades públicas nos dois sentidos, enquanto garantidor dos direitos das pessoas estarem protestando na rua e por

outro, utilizando do aparelho jurídico para tolher a expressão desses sujeitos. E esta tensão ocorre tanto no campo político quanto no campo jurídico.

Em virtude das práticas mais violência por parte destes grupos mais extremados, lembrando que o termo Black Bloc⁶ surgiu através da imprensa, algumas posturas foram adotadas pela polícia, com o aumento da repressão, pelo judiciário, com a medidas que impediam algumas pessoas de se manifestar, e, pelo legislativo, com proposta de lei que endurecia a legislação.

Pode-se considerar que através das manifestações se busca uma construção de uma sociedade mais democrática, abrindo para uma participação mais ativa. Entende-se o espaço público como um ambiente conflituoso, e, resguardar o protesto e a possibilidade de protestar pacificamente é um dever do Estado Democrático.

No âmbito do legislativo foi proposto um projeto de lei⁷ que incluiria à Lei nº 3.688/1941, um artigo (40-A) que proibiria a utilização de máscaras ou qualquer outro material com o intuito de esconder o rosto durante manifestações públicas. Nota-se que, assim como o artigo original, esta está no capítulo que versa sobre a paz pública. No entanto, não há uma delimitação do que é paz pública, visto que se trata de termo amplo e de vasto significado.

Outro exemplo é a notícia veiculada pelo jornal *Estadão*⁸, em 03 de setembro, diz que o judiciário do Rio de Janeiro autorizou, a pedido da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas (CEIV)⁹, a identificação e responsabilização criminal dos sujeitos que estiverem portanto máscaras ou qualquer outro tipo de material que impeça a sua identificação. Veja que tal situação permite que qualquer manifestante que utilize algum objeto que esconda o rosto deva ser levado à delegacia, onde será tirada uma foto de seu

⁶ “Black Bloc foi o termo surgido de forma confusa na imprensa nacional. Seriam jovens anarquistas anticapitalistas e antiglobalização, cujo lema passa por destruir a propriedade de grandes corporações e enfrentar a polícia. Nas capas de jornais e na boca dos âncoras televisivos, eram “a minoria baderneira” em meio a “protestos que começaram pacíficos e ordeiros”. Uma abordagem simplista diante de um fenômeno complexo. [...] Corretos ou não, a tática Black Bloc forçou a discussão sobre o uso da desobediência civil e da ação direta, do questionamento da mobilização pelo próprio sistema representativo. (LOCATELLI, Piero; VIEIRA, Willian, 2015)

⁷ Projeto de Lei de autoria do Sr. Jorge Tadeu Mudalen. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1122397&filename=PL+6198/2013. Acesso em 10 jan 2016

⁸ GOMES, Marcelo. **Justiça do Rio obriga mascarados em protesto a se identificarem.** O Estado de São Paulo. São Paulo. Set/2013. Caderno Brasil. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,justica-do-rio-obriga-mascarados-em-protestos-a-se-identificarem,1070848>. Acesso em 10 jan 2016

⁹ Através do decreto nº 44.302 de 19 de julho de 2013, o governo do Estado do Rio de Janeiro cria uma comissão mista, composta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Segurança do Estado, a Polícia Civil e a Polícia Militar, tinha como intuito investigar as práticas de vandalismo, “podendo requisitar informações, realizar diligências e praticar quaisquer atos necessários à instrução de procedimentos criminais com a finalidade de punição de atos ilícitos praticados no âmbito de manifestações públicas.” Tal artigo (2º) gerou uma série de críticas que alegavam que invade o direito à privacidade das pessoas. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=256720>

rosto e as digitais serão cadastradas. Tais dados seriam anexados ao inquérito que pretendia identificar os autores de algumas depredações.

O recrudescimento da legislação brasileira e das ações tanto da polícia quanto do judiciário é claro e tem se intensificado cada vez mais. Fato que reforça ainda mais a utilização da violência simbólica como prática para a manutenção do poder hegemônico e inibir a liberdade de questionamento, em especial o referente às políticas públicas.

Nas manifestações de 07/10/2013 no Rio e em São Paulo, em apoio à greve dos professores e contra a violência policial, 29 pessoas foram detidas e duas presas. Os manifestantes tomaram às ruas reivindicando um plano de carreira decente para os profissionais da rede pública de educação. Em São Paulo, um casal foi acusado de danificar um carro da polícia civil. [...], foram absurdamente enquadrados na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983). Essa legislação possui conteúdo contrário à democracia e às garantias fundamentais. (JUSTIÇA GLOBAL, 2013, s.p.)

No caso relatado, os delegados que atenderam a ocorrência utilizaram tanto a Lei de Segurança Nacional, a qual tem por fim a proteção da soberania nacional contra os sujeitos classificados como subversivos (ressaltando que esta lei é altamente criticada pelos juristas brasileiros por ser um resquício da Ditadura Civil-Militar), além da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850), sancionada em 2013 (PEIXOTO, 2013, s.p.). O que torna este caso curioso é que, entre o material apreendido com os jovens, estaria uma poesia com cunho de protesto, a qual foi utilizada na tentativa de caracterizar como material subversivo. (VASCONCELLOS, 2014, s.p.)

Outro exemplo interessante a ser abordado é ação de *Habeas Corpus* (nº 0065243-95.2014.8.19.0000 – Sétima Câmara Criminal), impetrada na Comarca do Rio de Janeiro, referente à prisão preventiva de várias pessoas durante as manifestações em desfavor da Copa do Mundo. O fato que levou ao pedido de *habeas corpus* foi a falta de evidências que comprovassem a proibição de que os réus participassem de novas manifestações públicas. A defesa dos manifestantes recorreu ao Superior Tribunal de Justiça após a decisão do magistrado da 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, a qual decretou, pela segunda vez, a prisão dos réus. O argumento utilizado é que estariam proibidos de participar de manifestações e

haviam descumprido a restrição participando de um encontro cultural¹⁰. No Recurso em Habeas Corpus (nº 56.961 – RJ 2015/0040180-4) o Ministro Sebastião Reis Júnior decide pela revogação da prisão preventiva dos três manifestantes e reestabelece as medidas alternativas de comparecimento ao juízo mensalmente, proibição de ausência da comarca sem autorização prévia e assinatura de termo de comparecimento.

O Ministério Pùblico Federal, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso ordinário, **demonstrando que nã h relaçao entre o fato motivador da prisão (15/10/2014), com aqueles que deram origem à Ação Penal a que se refere a medida cautela revogada**. Mencionou que a ação penal diz respeito ao crime de quadrilha armada (art. 288 do Código Penal), enquanto que nã se pode ter por descumprimento de medida cautelar a presença em manifestação comemorativa – ainda que se possa necessariamente fazer referência aos fatos que deram origem ao processo. **Ressaltou, ainda, que proibir a participação em manifestação ou mesmo em protesto nã se configura adequado ao Estado Democrático de Direito** (fls. 459/460). Nessa análise preliminar, considero que ficou aparente a ilegalidade da segregação cautelar, tendo em vista que a simples presença em manifestação pacífica, de fim cultural, sem a ocorrência dos atos de violência verificados – anteriormente – ainda em apuração – nã configuraram motivação suficiente para comprovar o descumprimento de medidas cautelares já impostas e ensejar a prisão cautelar. [...] Além dos bem lançados fundamentos expostos pelo Ministério Pùblico Federal nesse sentido, destacando, ainda, o direito constitucional previsto nos arts. 5º, VIII, XVI e XVII, e 220, da CF, também parece-me desproporcional a prisão cautelar em razão da pena eventualmente a ser imposta aos pacientes em caso de condenação pela prática do crime previsto no art. 288 do Código Penal (1 a 3 anos, podendo dobrar em caso de quadrilha ou bando armado). (Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 56.961 - RJ (2015/0040180-4), Recorrente Elisa de Quadros Pinto Sanzi e outros, Recorrido Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 24 nov 2011) (**grifos nossos**)

Diferentemente da argumentação acima exposta, que demonstra a falta de lesividade do ato de os réus estarem presentes em uma reunião cultural, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro adotou outra perspectiva para negar o *habeas corpus* e manter as pessoas presas. Alega que analisar se o ato que participaram era pacífico ou nã, nã seria menos relevante do que verificar o descumprimento da decisão judicial.

¹⁰ Este resumo está disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser acessado através do link: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/Ministro-concede-liminar-para-afastar-pris%C3%A3o-preventiva-de-manifestantes.

Destarte, restou cristalino o descumprimento da decisão exarada por esta Colenda Câmara, e, por conseguinte, incontestável a motivação para a expedição de novo decreto prisional agora destaca-se por descumprimento da decisão judicial e não pela prática de delito. Neste diapasão, afigura-se desinfluente o fato de se tratar de ato pacífico ou não, na medida em que o que ensejou a decretação da prisão, repete-se, não foi a prática de um ilícito, até porque, se o fosse, daria ensejo a nova *persecutio criminis*, [...] (HABEAS CORPUS nº 00065243-95.2014.8.19.0000. Relatora Des. Maria Angélica G. Guerra Guedes. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 26 jan 2015).

Outro caso que se pode resgatar é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, durante as manifestações que ocorreram referente à Copa do Mundo no Brasil, que suspendia uma liminar que limitava a atuação da polícia militar, restringindo o uso do chamado “envelopamento”¹¹. Inicialmente, havia sido proposto mandado de segurança coletivo junto à 7ª Vara de Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais solicitando que não houvesse cercos policiais durante a manifestação. Tal solicitação foi deferida pelo juiz Ronaldo Claret de Moraes. No entanto, após recurso da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, tal liminar foi derrubada. (VIEGAS, 2014, s.p.)

O mandado de segurança coletivo foi proposto pelo Centro de Cooperação Comunitária e Popular – Casa Palmares junto à 7ª Fazenda Estadual, sob a numeração 1874933-91.2014.8.13.0024. A liminar foi suspensa pela presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ainda foi interposta Reclamação do Supremo Tribunal Federal (Rcl. 18031), no entanto, foi negado provimento.

No sentido contrário às decisões acima expostas, existem exemplos de atuação progressista pelos agentes jurídicos, o que demonstra a tensão existente dentro do campo, a qual é reflete o embate ideológico entre as ideias progressistas e as conservadoras. Um importante caso que reflete isso é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da legalidade de manifestações em favor da liberação/descriminalização do uso da maconha, conhecida como Marcha da Maconha.

¹¹ De acordo com a reportagem de O tempo, escrita por Fernanda Viegas e publicada em 26/06/2014: “O tenente-coronel Alberto Luiz Alves, chefe de comunicação da PMMG, informou que com liminar ou sem, a polícia não irá permitir que depredações e vandalismo voltem a acontecer em Belo Horizonte. ‘Nós continuaremos fazendo o acompanhamento proximal das manifestações de forma a inibir as ações isoladas de grupos extremistas. O direito fundamental [à] segurança deve estar em harmonia com o direito [à] liberdade de expressão e o direito de ir e vir. Se isso não acontecer, prevalecerá o direito fundamental [à] segurança’, garantiu. Ainda, segundo o tenente-coronel, os manifestantes têm infringido a constituição quando eles deixam de comunicar a PM sobre os atos que pretendem fazer. Ele também afirmou que os cercos podem voltar a acontecer. ‘Se for necessário, nós manteremos a metodologia. Essa metodologia é usada por qualquer polícia, nos diversos países democráticos no mundo. Não há nenhum tipo de violação de liberdade, nem violação do direito de ir [e] vir, que não é absoluto’, defendeu.”

Os ministros do STF, em decisão unânime, entenderam por legal a realização da manifestação, a partir do argumento de que o direito constitucional de liberdade de pensamento é garante. Este julgamento se deu a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR), requerendo que o artigo 287 do Código Penal fosse interpretado de acordo com os princípios constitucionais e que caracterizasse como fato criminoso o protesto em favor da legalização das drogas¹². Desta forma, se entendeu que a livre manifestação em favor da legalização não configuraria ato lesivo e sim a expressão de um pensamento de um grupo de pessoas.

O que se pretende demonstrar com essas ações judiciais, bem como com os outros exemplos atribuídos aos outros poderes públicos é que, especialmente dentro do campo jurídico, existe uma forte tensão ideológica e política, de tal modo de que a luta pelo poder hegemônico é central. De modo que, a todo momento das forças conservadores e progressistas estão em embate e o direito à livre manifestação pode se tornar um medidor desta pressão, haja vista que é o local em que claramente e fisicamente se demonstra o embate entre os questionadores e o Estado.

A atual intensificação da criminalização dos movimentos sociais, com especial atenção aos movimentos urbanos, os quais constantemente tem sofrido ações criminais tende a contribuir para um cerceamento do direito de expressão e à liberdade de discordância política. Esse tipo de atuação repressiva reflete o que Bourdieu (2001, p. 11) chama de violência simbólica, que seria os instrumentos e as formas que garantam a dominação de uma classe sobre outra.

A violência simbólica não se processa senão através de um ato de conhecimento e de desconhecimento prático, ato este que se efetiva aquém da consciência e da vontade e que confere seu “poder hipnótico” a todas as suas manifestações, injunções, sugestões, seduções, ameaças, censuras, ordens ou chamadas ás ordem. Mas uma relação de dominação que só funciona por meio dessa cumplicidade de tendências depende, profundamente, para sua

¹² “O voto do decano da Corte, ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente pelos colegas. Segundo ele, a “marcha da maconha” é um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, ‘a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência’. Além disso, o ministro considerou que o evento possui caráter nitidamente cultural, já que nele são realizadas atividades musicais, teatrais e performáticas, e cria espaço para o debate do tema por meio de palestras, seminários e exibições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas. Celso de Mello explicou que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito nem com o de apologia de fato criminoso. “O debate sobre abolição penal de determinadas condutas puníveis pode ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou perigosa”, ponderou.” Cf. Sítio Oficial. Notícias STF. STF libera “marcha da maconha”. 15 jun 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124>. Acesso 23 jan 2016

perpetuação ou para sua transformação, da perpetuação ou da transformação das estruturas de que tais disposições são resultantes [...] (BOURDIEU, 2014, p. 65)

O direito, simbolicamente, registra e eterniza o estado do conflito entre as forças e as classes:

O efeito de legitimação da ordem estabelecida não incumbe somente, conforme se vê, aos mecanismos tradicionalmente considerados como pertencentes à ordem da ideologia, como o direito. O sistema de produção dos bens simbólicos ou o sistema de produção dos produtores desempenham, também – isto é, pela lógica mesma de seu funcionamento – funções ideológicas pelo fato de que se mantém escondidos os mecanismos pelos quais eles contribuem para a reprodução da ordem social e para a permanência das relações de dominação. (BOURDIEU, 2002, p. 199-200)

A base metodológica com a qual o direito se manifesta, ou seja, uma estrutura lógico-formal, faz com que não haja uma identificação do aparelho jurídico, da construção normativa com as relações de dominação. De modo que, este conhecimento alienante, é capaz de justificar, na realidade social, “a imposição de um padrão específico de dominação com base na ‘natureza das coisas’. Além de conciliar retoricamente as contradições sociais, [...]. (FARIA, 1988, p. 34)

As leis e as normatizações podem ser encaradas como “ordenações heterogêneas e coercíveis das relações sociais”, de modo que podem variar de acordo com o lugar, o tempo e os padrões sócias seguidos, sendo que, a partir dessas indicações, os modos de dominação terão uma variabilidade. Assim, muitos governos, com o intuito de controlar as consequências do “processo de diferenciação das estruturas sociais” se utilizam tanto de medidas de incentivo quanto de desencorajamento para manter uma organização econômica, política e administrativa. (FARIA, 1988, p. 124)

A violência simbólica decorre, assim, do fato de que a repressão não pode nunca confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer sem encontrar posição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não a lei [...] A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica. (FARIA, 1988, p. 125)

O poder da violência simbólica está na capacidade de criar valores e práticas sociais nos quais os indivíduos não têm consciência de que foram institucionalmente criados e que legitimam uma ordem ideologicamente imposta, de modo que o aceitam enquanto posições obrigatórias e legitimadas.

O poder simbólico é o poder de estabelecer uma determinada ordem na sociedade. Este poder é exercido pelos sistemas simbólicos, os quais possuem uma “função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, [...]. (BOUDIEU, 2001, p. 11)

Dentro do campo existe um embate entre as classes no sentido de imporem os seus interesses de modo a reproduzir suas posições ideológicas no mundo, de modo que, “elas podem conduzir esta luta quer diretamente, nos conflitos simbólicos da vida quotidiana, quer por procuraçāo, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica [...] e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima [...]. (BOURDIEU, 2001, p. 11-12)

A coerção pode ser de dois tipos, ou física ou simbólica. A coerção física é realizada através das estruturas do Estado, o qual detém o monopólio da força, e a coerção simbólica ocorre à partir das “relações de força produzidas nas menores unidades do sistema social [...]. Ou seja: a coerção está associada a um vasto poder informal, invisível e indistinto, móvel e múltiplo [...]. (FARIA, 1988, p. 127)

[...], embora estruturadas diferenciadamente, as coerções físicas e simbólicas se implicam e se complementam: cada uma termina por ser reproduzida pela outra. É por esse motivo que a relação dialética entre elas, possibilitando a coexistência de inúmeros controles operando simultaneamente, constituem uma intrincada estrutura de dominação econômica e política nas sociedades de classes. (FARIA, 1988, p. 128)

Para Žižek (2014, p. 18), a violência pode ser objetiva ou subjetiva, simbólica ou sistêmica. Violência subjetiva seria “percebida enquanto uma perturbação do estado de coisas ‘normal’ e pacífico. Contudo, violência objetiva é precisamente aquela inerente a esse estado ‘normal’ de coisas”. Para este autor, a violência objetiva é algo que não se pode ver.

A violência sistêmica seria aquela intrínseca ao sistema, ou seja, não somente a violência física mas qualquer forma de coerção que expressem dominação, inclusive as mais sutis; seria, então, uma “forma pré-capitalista direta de violência social e ideológica: essa violência não

pode ser atribuída a indivíduos concretos e às suas ‘más’ intenções, mas é puramente ‘objetiva’, sistêmica, anônima” (Žižek, 2014, p. 21-26). Além dessas formas, o autor ainda traz a questão da violência simbólica, aquela presente nas formas e na linguagem

Não obstante, a atuação dos agentes públicos e dos agentes políticos, sendo que ressalta a ação das forças judiciárias, reforça a construção de um ideário que coloca o sujeito criminalizado como o inimigo social, apesar de se entender que ainda existem muitos exemplos de atuações que tentam evitar esta situação. E como bem retrata Antoine Garapon (1999, p. 104-105) não há como haver uma vítima sem haver um culpado, trazendo uma lógica penalista para o imaginário cotidiano.

Ao enfatizar a individualização do conflito e sua respectiva processualização judicial, a dogmática jurídica nada mais faz do que tentar atomizar a realidade social: graças aos diversos mecanismos de dispersão das contradições, o Estado de Direito pode institucionalizar mecanismos de dispersão capazes de desagregar as estruturas vigentes não com o objetivo de resolvê-los ou eliminá-los, mas sim de ‘desarmá-los’. Na perspectiva da ideologia liberal, como vimos, a fórmula legitimadora não está na obtenção do consenso em torno de decisões de política substantiva, porém no respeito unânime às normas secundárias. **Já nas ideologias modernizantes subjacentes ao Estado regulatório, a fórmula legitimadora depende da eficácia do regime político em impor uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões antes mesmo de serem tomadas, e independentemente de seu conteúdo, permitindo-lhe assim garantir engajamento e a mobilização dos diferentes segmentos sociais no processo de desenvolvimento.** (FARIA, 1989, p. 133 e 134) (*grifos nossos*)

Independente da ideologia adotada, existe um ponto comum que perpassa todas elas, que é a manutenção da ordem vigente e o controle da transformação econômica não podem ser deixadas simplesmente “à força integrativa da consciência coletiva”. Sendo que, em se tratando de uma ideologia modernizante, essa se preocupa em evitar o entendimento de seus sistemas simbólicos dando um maior poder às instituições através do formalismo (FARIA, 1989, p. 134)

No caso das sociedades em modernização, como se vê, a ênfase aos efeitos desejados e programados das decisões políticas, em detrimento do respeito aos dispositivos constitucionais relativos ao processo legislativo, faz transparecer o autoritarismo latente do papel exercido pelos “controles antecipados”, pelas técnicas de encorajamento e desestímulo, pelas sanções premiais e pelas normas promocionais. (FARIA 1989, p. 135)

A técnica utilizada de estímulos e desencorajamento reflete a violência simbólica existente pois possibilita um desenvolvimento direcionado da realidade, através da qual dissimula as relações de poder existentes no campo, de modo a fazer com que os sujeitos assimilem as estratégias e consintam com o jogo, inconscientemente assimilando a realidade. (FARIA, 1989, p. 146)

[...] fica claro por que o papel dos mecanismos de violência simbólica inerentes às funções promocionais do direito, permitindo a manipulação das sanções penais e premiais como uma ‘técnica de invenção’ garantidora da viabilidade dos programas de modernização, aumenta na mesma proporção em que o sistema legal deixa de ser operado pelas formas e práticas jurídicas convencionais. [...] a flexibilidade e a diversidade dos modos de juridicidade mais recente vão deixando em aberto inúmeros problemas que aumentam o potencial autoritário dos ‘anéis’ burocráticos, sem que existam parâmetros normativos de controle. (FARIA, 1989, p. 148)

Assim, o campo jurídico não é isolado. Como os outros componentes da sociedade (economia, política, etc.) também gera determinados padrões sociais de acordo com a interação de forças e das tensões que ocorrem dentro dele. Suas transformações decorrem dos mecanismos institucionais que busca manter um padrão de controle e de organização das relações internas e externas (FARIA, 1989, p. 163). De tal sorte que, o direito exerce uma necessidade de coesão e de universalidade, propondo uma aceitação e obediência por parte dos sujeitos sociais, sendo desta maneira que, através do fator ideológico, contribui para a manutenção e dissuasão de uma violência simbólica.

3.3 Atuação das forças jurídicas dentro do campo e a construção do *habitus* na democracia conflituosa

Conforme trabalhado no primeiro capítulo, o campo jurídico, assim como o campo político, é um ambiente de tensões e embates entre as ideologias. No entanto, enquanto campo autônomo, este possui suas peculiaridades (apesar das relações internas e externas que inferem sobre ele). Bourdieu (2001, p. 2014) vai dizer que quando o campo está em equilíbrio funciona “como um aparelho na medida em que a coesão dos *habitus* espontaneamente orquestrados dos intérpretes é aumentada pela disciplina de um corpo hierarquizado o qual põe em prática procedimentos codificados de resolução de conflitos entre os profissionais da resolução regulada dos conflitos.”

Os campos são espaços estruturados de posições em um determinado contexto. Podem ser analisados independentemente das características dos seus ocupantes, isto é, como estrutura objetiva. São microcosmos sociais, com valores (capitais), objetos e interesses específicos. São microcosmos autônomos no interior o mundo social. Todo campo caracteriza-se por agentes dotados de um mesmo *habitus*. O campo estrutura o *habitus* e o *habitus* constitui o campo. O *habitus* é, por sua vez, a internalização ou incorporação da estrutura social, enquanto o campo é a exteriorização ou objetivação do *habitus*. (AZEVEDO, 2011)

Assim, o campo possui características próprias e características universais, sendo essas propriedades próprias dadas tanto pelo *habitus* quanto pela *doxa*, sendo essa caracterizada por uma opinião consensual (senso comum) e a normatização da luta pela dominação (*nomos*). Aqueles que compõem o campo não conseguem visualizar claramente o seu funcionamento, haja vista a existência do chamado *illusio*, que é o “encantamento do microcosmo vivido como evidente, o produto da adesão à *doxa* do campo, das disposições primárias e secundárias, do *habitus* específico do campo, da cristalização dos seus valores, do ajustamento das expectativas às possibilidades limitadas que o campo oferece”. (AZEVEDO, 2011)

A lógica de funcionamento segundo a qual se desenvolve o trabalho e a divisão do trabalho jurídico no interior do campo expressa-se na retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Nesse sentido, o Direito e a prática jurídica vinculam-se às estratégias de universalização que estão no princípio de todas as normas e de todas as formas oficiais, com tudo o que podem ter de mistificadoras, e que reposam sobre a existência universal de benefícios da universalização. Ou seja, a universalização jurídica seria a fórmula por excelência das estratégias de legitimação que permitem exercer uma dominação particular, recorrendo a um princípio universal mediante a referência a uma regra, que permite que o interesse em disputa substancie-se em desinteresse, ou em termos de um interesse geral ou comum, que [...] seria o fruto do poder agregado daqueles setores suficientemente influentes para definir problemas, [...]. No entanto, isso não quer dizer que o Direito possa ser reduzido unicamente ao seu caráter ideológico, em sentido marxista, ou as suas funções de legitimação e encobrimento da dominação. [...], o conteúdo prático da lei é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência técnica e social desigual, e por isso desigualmente capazes de mobilizar recursos jurídicos disponíveis para a exploração das regras possíveis e de utilizá-las eficazmente como armas simbólicas, para fazer triunfar a sua causa. (AZEVEDO, 2011)

Bourdieu (2001, p. 227) vai dizer que o campo judicial é um “lugar neutro” que trabalha dentro do conceito de “neutralização”, na qual há um distanciamento em relação ao que está

em jogo e, no caso dos julgadores há “uma espécie de imperativo da função que está inscrita no âmago dos *habitus*: as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo de pares, [...].”.

[...], a transformação dos conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência de um pessoal especializado, independente dos grupos sociais em conflito e encarregado de organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos *conflictos sociais* e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais, pois que são definidas segundo as regras formais e logicamente coerentes de uma doutrina percebida como independente dos antagonismos imediatos. (BOURDIEU, 2001, p. 228)

A teoria de Bourdieu busca compreender as estruturas e mecanismos que integram, reproduzem e transformam a sociedade. De modo que, considera que no universo social existe duas formas, uma objetiva – campo, e outra subjetiva – *habitus*. Assim, conforme a definição trazida por Gabriel Peters (2013, p. 48), campo então seria “espaços objetivos de relações entre agentes diferencialmente posicionados segundo uma distribuição desigual de recursos materiais e simbólicos, isto é, de *capitais* múltiplos que operam como meios socialmente eficientes de exercício do poder”. No mesmo sentido, esse autor traz um entendimento sobre o que seria *habitus*, o qual seria “esquemas simbólicos subjetivamente internalizados de geração e organização da atividade prática dos agentes individuais, esquemas que tomam a forma de disposições mentais e corporais, isto é, modos potenciais socialmente adquiridos e tacitamente ativados de agir, pensar, [...].”.

A condições sociais que produzem as estruturas subjetivas do conhecimento e valores sociais guiam as experiências dos sujeitos dentro de suas relações sociais. Existe, assim, uma variação nas posições ocupadas por cada agente variando de acordo com as condições sociais e históricas que ocupam. As posições que reproduzem vão variar a depender das “coações estruturais” que estas exercem sobre “universos representacionais dos agentes, dado que os ‘pontos de vista’ sobre o mundo societário são sempre ‘vistas de um ponto’ determinado desse mesmo mundo” (PETERS, 2013, p. 51). Assim, os significados de suas condutas são dados a partir das contribuições que apreenderam de maneira não consciente.

Segundo Bourdieu, é na relação dialética entre *habitus* e campo – mas em uma dialética que começa sempre pelo campo – que se encontra o princípio da gênese das práticas sociais que articulam inextricavelmente os polos da ação e da estrutura, ou do “sentido subjetivo” e das “relações objetivas”, [...], essa relação manifesta-se sob uma roupagem de “cumplicidade ontológica”, permitindo compreender como a conduta social pode se ajustar objetivamente a determinados fins sem que estes tenham sido explicita e conscientemente visados pelos atores. O ajuste dar-se-ia por meio da operação tácita ou ‘pré-reflexiva’ de um *habitus* socialmente estruturado (inculado a partir de uma trajetória experiencial percorrida ao longo de uma ou mais posições em uma estrutura objetiva de relações) e estruturante (pois tende a reproduzir as estruturas que constituíram quando mobilizado recursivamente nas ações dos indivíduos). (PETERS, 2013, p. 52) (grifos nossos)

A história de um sujeito é uma especificação de uma história coletiva de um grupo ou uma classe, de modo que se possa perceber uma variação nas estruturas dos *habitus*, organizadas a partir das posições que os diferenciam. A marca pessoal que cada indivíduo carrega dentro desse *habitus* seria, então, um desvio ao estilo específico de uma determinada época. (BOURDIEU, 1983, p. 80 e 81)

Bourdieu (2001, p. 228) nos traz que a decisão judicial revela a ambiguidade existente no campo jurídico pois, ao fazer uma opção política entre os argumentos envolvidos no processo, se coloca tanto no campo político, quanto na lógica do campo científico. O *habitus* jurídico é, então, caracterizado pela homogeneidade e na previsibilidade (esta última absorvida dos conceitos weberianos), sendo atitudes semelhantes, apresentando experiências familiares similares. Os *habitus* direcionariam a maneira com a qual se poderia perceber os conflitos que se tornarão demandas jurídicas (BOURDIEU, 2001, 231).

Bourdieu (2001, 236) irá dizer que o processo é uma representação da luta simbólica, onde existem diversas posições que buscam um reconhecimento do jogo do “monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o *nomos* como princípio universal de visão e de divisão [...], portanto, de distribuição legítima”.

O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical (que certas análises de Michel Foucault sugerem) e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo. (BOURDIEU, 2001, p. 237 e 238)

Bourdieu (2001, p. 241 e 241) nos informa que a prática dos agentes do direito, simbolicamente, possui consonância com aqueles que, hegemonicamente, possuem o poder político e econômico. A proximidade dos *habitus* aproxima os interesses desses sujeitos. Desta forma, em relação às escolhas que fazem, é pouco provável que discordem da classe, e consequentemente, ideologia dominante.

Os *habitus*, assim, são desenvolvidos dentro do campo, através das disposições específicas de certos grupos. Dentro dos campos existem embates que buscam alterar a força dominante (ou mantê-la) e distribuir determinado capital, sendo que, dentro desses entraves, as estratégias inconscientes se baseiam no *habitus*, que são posições construídas à partir do embate. (THIRY-CHERQUES, 2006)

Habitus, como salienta Wacquant (2007, p. 64 e 65) é uma noção antiga da filosofia, com início no pensamento de Aristóteles e revisitado por Bourdieu na década de 1960, pela qual aplica à antropologia estruturalista a possibilidade de construção a partir das vontades dos próprios agentes. Surge do grego *hexis*, a partir do conceito aristotélico da virtude, sendo traduzido para o latim *habitus* e adotado por Tomás de Aquino. Posteriormente, foi utilizado em certa maneira por Durkeim, Max Weber e Husserl, sendo que este último o designa como “a conduta mental entre experiências passadas e ações vindouras”.

A definição adotada por Bourdieu foi pensada como expediente para escapar do paradigma objetivista do estruturalismo sem recair na filosofia do sujeito e da consciência. [...] Para Bourdieu, o *habitus* é um sistema de disposições, modos de perceber, de sentir, de fazer, de pensar, que nos levam a agir de determinada forma em uma circunstância dada. [...]

O *habitus* constitui a nossa maneira de perceber, julgar e valorizar o mundo e conforma a nossa forma de agir, corporal e materialmente. (THIRY-CHERQUES, 2006) (grifos nossos)

O *habitus* por ser reconhecido por duas maneiras, uma de sociação e outra de individuação (WACQUANT, 2007, p. 67). Enquanto sociação este é trabalhado enquanto condicionamentos sociais comuns à determinada sociedade, enquanto que, como individuação cada pessoa apresenta seu desenvolvimento único, internalizando vários costumes e valores diferentes.

[...] o *habitus* é uma noção *mediadora* que ajuda a romper com a dualidade de senso comum entre indivíduo e sociedade ao captar “a interiorização da exterioridade e a exteriorização da interioridade”, ou seja, o modo como a sociedade torna-se depositada nas pessoas sob a forma de disposições duráveis ou capacidades treinadas e propensões estruturadas para pensar, sentir e agir de modos determinados, que então as guiam em suas repostas criativas aos constrangimentos e solicitações de seu meio social existente. (WACQUANT, 2007, p. 65 e 66)

O *habitus* é, então, um conjunto de disposições e influências de vários ambientes da vida em sociedade. Este demonstra o grau de interação e compatibilidade do sujeito dentro do campo. Também não pode dizer que é imutável ou universal, vez que pode haver momentos em que este apresenta falhas (WACQUANT, 2007, p. 68). Este conceito não é somente um condicionamento mas um princípio de ação. Representam estruturas, por serem disposições interiorizadas, mas também são estruturantes, geradores de ações. São moldados através da lógica do campo, de modo a permitir uma ação sem que o indivíduo esteja consciente de sua ação. “O *habitus* é o produto da experiência biográfica individual, da experiência histórica coletiva e da interação entre essas experiências.” (THIRY-CHERQUES, 2006)

Através deste conceito, se pode entender que a conduta dos sujeitos tende a se adaptar dependendo as condições objetivas, sendo estas a expressão de “intuições tácitas de um sentido prático adquirido a partir de sua experiência societária, ou mais precisamente, da exposição continuada e recorrente a continuada e recorrente a condições semelhantes de ação” (PETERS, 2013, p. 53)

Desta maneira, o *habitus* é criado dentro do campo jurídico de acordo com as experiências e valores criados tanto individualmente quanto pessoalmente. Os agentes que o compõe possuem uma identificação de interesses, os quais segue as ideias hegemonicamente colocadas. No entanto, o campo jurídico, assim como os outros campos, é tensionado a partir da disputa de forças, quando há o questionamento da dominação.

A reprodução da dominação é tremendamente reforçada, em um nível motivacional, pelo fato de que condições sociais de existência distintas, isto é, restrições e oportunidades objetivas que influenciam diferencialmente atores assimetricamente posicionados no espaço social, são traduzidas pela socialização em orientações duráveis de conduta que pré-ajustam as aspirações de tais agentes a uma antecipação prática, “intuitiva”, de suas chances “realistas” na vida. A “situação existencial” (Mannheim) de uma classe ou grupo favorece a formação de um *habitus* dotado de um senso prático de antevisão do

que é “possível” ou “impossível” para os ocupantes daquela posição no mundo social. (PETERS, 2013, p. 62)

Dentro do campo jurídico, a decisão judicial se torna um elemento importante enquanto reflexo do *habitus* e desta maneira, carrega em si toda a carga ideológica dos seus julgadores. Apesar de esta teoria trazer que os campos trabalham dentro de sua própria dinâmica, há uma correlação com os outros campos, em especial o campo da política.

Conforme se vê, é necessário que entendamos que, por mais que exista um *habitus* que proponha um distanciamento do julgador dos terceiros envolvidos, não há como negar que toda atuação dentro deste campo estará carregada de concepções. De modo que, os sujeitos sociais precisam entender que em qualquer decisão que for tomada, em qualquer dos campos que compõem a sociedade, haverá disposições e concepções próprias do campo e que nortearão as suas ações.

O *habitus*, por mais que não seja uma estrutura estática, revela uma postura e um valor de determinados grupos ou classes o que faz com que a sua ação perpetue posturas dominantes e ideológicas. Desta maneira, se poder enxergar o campo jurídico e suas produções enquanto um espaço de manutenção do poder, mas também um espaço de tensão entre as ideias criadas. De tal modo, a superação desse modelo hegemonicamente posto e uma aproximação com as causas populares, deve haver uma tomada de consciência em relação à postura e à função da magistratura e das outras funções jurídicas dentro do campo.

Dessa forma, o *habitus* contribui para a criação de valores e a perpetuação dos instrumentos de perpetuação da dominação. É importante que os sujeitos entendam que existem conceitos desenvolvidos socialmente, dentro dos campos, e que influenciam inconscientemente as suas ações, sendo que essas vão contribuir para a manutenção de uma ordem hegemonicamente imposta.

O desafio de se tomar consciência da estrutura que se está inserido, especialmente para os sujeitos que compõe o campo jurídico, é perceber que a produção que vem deste campo é uma ação política e, enquanto tal, é responsável para a manutenção da ordem e do poder instituído ou para uma modificação do *status quo* e com compromisso com a emancipação social. A escolha pelo caminho a se tomar é de responsabilidade de cada agente social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A opção por trabalhar o tema campo e a construção democrática por meio do conflito se deu a partir do entendimento de que existem tensões e distinções que influenciam diretamente a dinâmica social. O debate sobre o conflito e a crítica sobre os problemas estruturais de participação são por vezes ignorado, visto que a tomada de consciência faz com que haja um debate político sobre o papel exercido socialmente por cada agente e as estruturas de dominação hegemônica. A discussão sobre os símbolos de dominação, sobre a violência simbólica e sobre o conflito entre as classes gera um questionamento que as forças dominantes dispensam.

Quando se estuda campo admite que o poder está em toda parte, no qual, nas palavras de Bourdieu (2001, p. 7), “o centro está em toda parte e em parte alguma”. É nesse sentido que o campo jurídico também se desenvolve através de relações e visões específicas do direito, mas que também padecerá de interações externas e internas que buscam uma manutenção do poder.

O debate político é uma disputa por espaço no campo jurídico, o qual corresponde à conquista de privilégios, a qual segue por um lado as relações de a tensão de forças que o estruturam e de outro a produção dos símbolos.

A democracia é um processo que não garante que os interesses de cada grupo sejam atendidos em última análise, mesmo que as participações sejam efetivamente garantidas. O conflito é justamente proporcionar a luta para que estes se realizem. O embate é contra o poder hegemônico, de modo que, ao se questionar o consenso, se questiona a forma como este não detém instrumentos para combater as influências estruturais da disputa política.

Em especial, o campo jurídico vive um constante embate entre forças antagônicas, no qual o direito instrumentalizaria as forças ideológicas, como forma de trazer segurança, porém legitimaria o controle social através do poder hegemonicamente instituído. A estrutura jurídica reflete as ideias e os valores da classe dominante porque o seu produto é reflexo de uma interação com o campo político, através da produção normativa.

As ideologias são construídas de maneira que transformam interesses de grupos determinados em interesses universais, de modo que a cultura hegemônica, ou seja, a produção de símbolos que refletem um pensamento do grupo dominante, tende a desmobilizar os dominados e legitimar a ordem instituída.

Desta forma a produção jurídica tendenciosamente legitima as formas produzidas na estrutura social dominante, mas algumas práticas e teorias trazem uma desmistificação do direito de bases tradicionais. As teorias críticas do direito são um movimento não dogmático e que pretende uma transformação da realidade. Intentam uma ruptura com os conceitos tradicionais para construir novos paradigmas. Sua construção se dá especialmente sob a dialética marxista, tomando corpo principalmente através dos estudos da Escola de Frankfurt. No Brasil, os movimentos críticos vêm com a pretensão de uma ruptura com as bases político-ideológicas que tradicionalmente validam a dogmática jurídica.

O que é importante ressaltar no movimento crítico é sua pretensão de quebras paradigmáticas e criticam a estrutura do direito. Diferentemente do que ocorre em outra importante prática jurídica nacional, o neoconstitucionalismo. Este, por mais que tenha trazido avanços importantes no cenário jurídico brasileiro, especialmente com o protagonismo constitucional, a adoção de métodos mais flexíveis de raciocínio (como a argumentação) e a reaproximação da moral do direito, não há uma pretensão de modificação das bases na qual o direito se assenta.

Trazendo uma concretude ao trabalho e demonstrando como funciona a dinâmica do campo jurídico, se utilizou do direito à liberdade de expressão, especialmente na sua acepção de protesto de rua, os quais tem a pretensão de trazer uma atenção às demandas reivindicadas.

O maior desafio que esses movimentos têm enfrentado é a limitação e a atuação violenta das autoridades públicas. Ao adotar posturas autoritárias, o Estado demonstra uma fragilidade em relação à sua legitimidade, tendo a necessidade de demonstrar autoridade e reprimir aqueles que o questionam.

Os movimentos de protestos mudaram sua configuração nos últimos tempos. Principalmente a partir dos protestos do início do século XXI, pode-se perceber uma reconfiguração na atuação das organizações. Primeiramente a utilização das redes sociais para expressão das opiniões políticas e para a organização de seus encontros. Essa alteração no perfil dessas reivindicações exige com que o Estado apresente posturas e soluções diferentes. A demanda mais recorrente que se vê nesses movimentos é por uma participação política mais efetiva e uma mudança nas instituições tradicionais.

Neste sentido, pode-se perceber um aumento na utilização das forças estatais na repressão de tais movimentos, inclusive com o uso da violência simbólica, no sentido de deslegitimar os movimentos e amedrontar aqueles que pretendem se manifestar. Esse tipo de

estratégia claramente dificulta o desenvolvimento democrático pois desestimula a participação do sujeito na arena política.

O último tópico tratado nesta pesquisa foi a criação do *habitus*, que são valores e ideias desenvolvidas por determinado grupo e reproduzido inconscientemente por seus atores. A importância em se estudar a construção do *habitus* dentro do campo jurídico é desmistificar a construção tradicional de neutralidade e universalidade de sua produção, demonstrando que esta também é uma construção influenciada (mesmo que inconscientemente) por valores hegemônicos e dominantes.

A intenção do raciocínio criado nesta pesquisa foi de demonstrar a partir do cenário nacional, em especial a partir do direito de expressão e do protesto, como os agentes sociais, políticos e jurídicos atuam no sentido de manter o poder hegemônico. Ao enfrentar a questão que a democracia é construída a partir de um viés conflitivo, se pretendeu esclarecer que as diferenças estruturais influenciam diretamente na participação no debate público, de modo que os grupos dominantes possuem uma vantagem sobre aqueles que não estão no poder. Além de explicitar a utilização da força e da violência, principalmente a simbólica, para se manter os instrumentos de dominação.

O desafio em analisar dois conceitos importantes (campo e democracia de conflito) tem relevância em entender o mecanismo de interação entre as forças antagônicas que atuam na sociedade e como o consenso não consegue entender de maneira mais completa como essa atuação se dá, principalmente por que não considera as influências nas estruturas sociais dos mecanismos simbólicos de controle e manutenção do poder. O entendimento conflituoso proporciona esse debate mais profundo de como as interações entre as classes são construídas. Desta forma, os instrumentos e forças estatais refletem esse embate, inclusive os agentes jurídicos.

O direito, diante deste cenário, atua também como um agente político, pois, apesar das produções e *habitus* próprios do seu campo, sofrem influências e influenciam também outros campos, rompendo com a ideia de neutralidade tradicional. Apesar de estar calcado em estruturas que reproduzem a ideologia dominante, foi demonstrado que também é possível que seus agentes possam atuar de maneira emancipatória, quando expressam ideias progressistas e de ruptura com o sistema hegemonicamente instituído.

O que se entende é que a possibilidade de mudança está na alteração da percepção dos agentes frente às decisões que proferem. A partir do momento que se percebe o papel político

que cada sujeito exerce na sociedade e que esses atuam a partir das construções ideológicas do meio em que vivem e das experiências que passam, é que se pode estabelecer posturas de mudança.

Assim, a pretensão deste trabalho foi apresentar que o conflito é inerente à construção de uma sociedade democrática e que este deve ser incentivado. No entanto, para que isso ocorra é necessário que haja uma ruptura na estrutura social, de modo a garantir que os sujeitos tenham real possibilidade de participação.

REFERÊNCIAS.

AGUIAR, Fernando. **Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión.** In. GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho.** Buenos Aires: Miño y Dávila, editores. 2005.

ALEGRE, Marcelo. **Protestas Sociales: ¿Violación o reivindicación del derecho?** In. GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho.** Buenos Aires: Miño y Dávila, editores. 2005.

ALEXANDRINO, José Melo. **Reflexões sobre a liberdade de manifestação: funções, âmbito, conteúdo e limites.** Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº1, jan/jul 2014. Disponível em <http://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/952/646>. Acesso em 05 jan 2016.

ANDERSON, Perry. **A rua e o poder.** Estado de São Paulo, 03 nov. 2013. Entrevista realizada por Juliana Sayuri. Disponível em <http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,a-rua-e-o-poder,1092517>. Acesso em 10 jan 2016

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Processo Social Alternativo.** In. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo 2.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

ARNAUD, André-Jean. **O jurista no alvorecer do século XXI.** In. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo 2.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Alternativo – Notas sobre as condições de possibilidade.** In. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org). **Lições de direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1991.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **A força do direito e a violência das formas jurídicas.** Revista Sociologia Política, Curitiba , v. 19, n. 40, p. 27-41, Out 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000300004>.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Revista Diálogo Jurídico. nº 15. jan/fev/mar de 2007. Salvador/Brasil.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Publicado em 22 dez 2008. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=10. Acesso em 02 dez 2014.

BENHABIB, Seyla. **Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática.** In. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. (org.) **Democracia Deliberativa.** São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BONAZZI, Tiziano. **Conservadorismo.** In BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora da UnB, 1998, pp. 242-246 (Vol. 1)

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão e Direito à Honra: uma nova abordagem no Direito Brasileiro.** Joinville: Bildung, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica.** Trad. Maria Helena Kühner. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos.** São Paulo: Zouk, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Esboço de uma teoria da prática.** In. ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu: sociologia.** Trad. Paula Montero e Alícia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre; EAGLETON, Terry. **A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista.** In. Žižek, Slavoj (org.). **Um mapa de ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 jan 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 56.961 – RJ (2015/0040180-4). Recorrente Elisa de Quadros Pinto Sanzi e outros, Recorrido Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 24 nov 2011Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49170650&num_registro=201500401804&data=20150624&tipo=0&formato=PDF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Criminal. Habeas Corpus nº 0065243-95.2014.8.19.0000. Pacientes Elisa de Quasros Pinto Sanzi e outros, Autoridade Coatora Juízo de Direito da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Relatora Desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F5306E5E8982552783C59E5279289435C503484E4643&USER=>.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. 3^a ed. Niterói: Luam Editora, 1999.

CHAUÍ, Marilena [et al.]. **A questão da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo**. In. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

COHEN, Joshua. **Procedimento e substância na democracia deliberativa**. In. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. (org.) **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Porto Alegre: ARTMED, 2002.

DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. Trad. De Sérgio Bath. 2^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FISS, Owen. **Libertad de Expresión y Estructura Social**. 1^a ed. 1^a reimpr. México: Fontamara, 2004.

FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica: ontem e hoje**. 5^a ed. São Paulo: Editora Braziliense, 1994.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tad. André Nascimento. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Revista de Sociologia e Política, nº 13, p. 59-80, nov/1999.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere, 6 vols . Caderno 11**. Edição de Carlos Nelson Coutinho, com a colaboração de Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999.

GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo**. Petrópolis: Vozes, 2014a.

GOHN, Maria da Glória. **A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais**. Cad. CRH, Salvador , v. 27, n. 71, p. 431-441, Ago. 2014b. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792014000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 Jan 2016.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792014000200013>.

GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000.

HORBACH, Beatriz Bastide. **Os limites da liberdade de expressão: o confronto de entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e Marcha da Maconha**. Direito Fundamentais & Justiça. Ano 6, nº 20, 218-235, jul/set 2012. Disponível em http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/20_Coment_Jurisp%202.pdf. Acesso 05 jan 2015

JUSTIÇA GLOBAL. Processa manifestantes com Lei de Segurança Nacional e Lei de Organização Criminosa é uma violência contra a democracia brasileira. Out/2013. Disponível em <http://global.org.br/programas/processar-manifestantes-com-lei-de-seguranca-nacional-e-lei-de-organizacao-criminosa-e-uma-violencia-contra-a-democracia-brasileira/>. Acesso 12 jan 2016

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LACLAU, Ernesto e Chantal MOUFFE (1987 [1985]). **Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1987

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 2. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LIMA, Antonio Bosco de. **Estado, educação e controle social: introduzindo o tema**. In. Antonio Bosco de Lima (org.). **Estado e Controle Social no Brasil**. Uberlândia: Composer; Fapemig; GPEDE, 2009.

LOPES, Eudóxia Camila Cerqueira; LIMA, Antonio Bosco de; SHIMAMOTO, Simone Vieira de Melo. **As políticas de gestão educacional no município de Uberlândia/MG: concepções de democratização**. In. Antonio Bosco de Lima (org.). **Estado e Controle Social no Brasil**. Uberlândia: Composer; Fapemig; GPEDE, 2009.

MELLO, Rodrigo. **Entre o consenso e o conflito ou qual o lugar dos movimentos sociais na relação entre teoria social e democracia?** Revista Brasileira de Sociologia, vol. 2, nº 04, p. 273-291, jul/dez 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e Conflito na Teoria Democrática: para além do “agonismo”**. Lua Nova, São Paulo, 92: 13-43, 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n92/a02n92.pdf> Acesso em 09 jun 2015

MIGUEL, Luis Felipe. **Promessas e limites da democracia deliberativa**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo , v. 16, n. 46, p. 175-177, Junho, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 jan 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000200011>.

MOUFFE, Chantal [et al.]. **Desconstrucción y pragmatismo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. Revista Política e Sociedade.** n° 3, 11-26 – outubro de 2003. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763> Acesso em 08 jun 2015

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia.** Dossiê Democracias e Autoritarismos. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31108.pdf> Acesso em 01 jul 2015

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político.** Lisboa: Ed. Gradiva, 1996.

NOBRE, Marcos (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica.** Papirus: Campinas, 2008.

OAKESHOTT, Michael. Ser Conservador. Gabinete de Estudos Gonçalo Begonha: Portugal, 2012.

OAKESHOTT, Michael. **El Racionalismo en la Política.** Publicado originalmente en Cambridge Journal, vol. 1, 1947, e incluido posteriormente en Michael Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, prologado por Timothy Fuller, edición ampliada (Liberty Press, Indianapolis, 1990 [Primera edición, Londres y Nueva York: Methuen & Co. Ltd., 1962]). Disponível em http://www.cepchile.cl/dms/archivo_878_627/rev48_oakeshott.pdf Acesso em 01 jul 2015

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PEIXOTO, Natália. **Especialistas condenam uso de leis mais duras e criminalização das manifestações.** IG São Paulo. Política. Nov/2013. Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-11-02/especialistas-condenam-uso-de-leis-mais-duras-e-criminalizacao-das-manifestacoes.html>. Acesso em 12 jan 2016.

PETERS, Gabriel. **Habitus, reflexividade e neo-objetivismo na teoria...** Revista Brasileira de Ciências Sociais - vol. 28, n° 83, p. 47-71. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbc soc/v28n83/04.pdf>. Acesso em 10 jan 2016

PRESSBURGER, Miguel. **Direitos humanos e serviços legais alternativos.** In. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo 2.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

PRZERWORSKI, Adam. **Ama a incerteza e serás democrático.** Trad. De Roseli Martins Coelho. Novos Estudos Cebrap, São Paulo nº 9, p. 36-46, jul. 84.

RAMOS, Maria Lídia de Oliveira. **O Direito de Manifestação.** In. Revista de História (Fac. De Letras da Universidade do Porto), vol. 9, 1989, págs. 351-391. Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6419.pdf>. Acesso em 04 jan 2016

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; [et al.]. **Neoconstitucionalismo.1.** ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: sociedade moderna tardia.** Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

SILVA, Antonio Ozaí da. **O pensamento conservador.** Revista Espaço Acadêmico – nº 107, Abril de 2010. ISSN 1519-6186. Disponível <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/9912/5472> Acesso em 15 jul 2015

SOUSA, António Francisco. **Liberdade de Reunião e de Manifestação no Estado de Direito.** Direitos fundamentais & Justiça. Ano 6, nº 21, p. 27-38, out/dez 2012. Disponível em http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Estrangeira%202_OK.pdf. Acesso em 05 jan 2016.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como Liberdade: O Direito achado na Rua – Experiências populares emancipatórias de criação do Direito.** 16 jun 2008, 338 pág, Tese – UnB. Brasília, 2008. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/teses/a_pdf/tese_jose_geraldode_direito_achado_rua.pdf. Acesso em 10 jan 2016

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. **Pierre Bourdieu: a teoria na prática.** RAP Rio de Janeiro 40(1):27-55, Jan./Fev. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n1/v40n1_a03.pdf. Acesso em 25 abr 2015

VASCONCELLOS, Marcos de. **Manifestações não são crimes contra a segurança nacional, decide juiz.** Conjur. Resquícios da Ditadura. São Paulo. Jun/2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/manifestacoes-nao-sao-crimes-seguranca-nacional>. Acesso em 12 jan 2016.

VIEGAS, Fernanda. TJMG suspende liminar que proibia cerco da PM a manifestantes em BH. O Tempo. Belo Horizonte. Caderno Cidades. Publicado em 26/06/2014. Disponível em <http://www.otempo.com.br/cidades/tjmg-suspende-liminar-que-proibia-cerco-da-pm-a-manifestantes-em-bh-1.871956>. Acesso em 12 jan 2016

WACQUANT, Löic. **Esclarecer o Habitus.** Revista Educação & Linguagem. Ano 10, nº 16, Jul-Dez 2007, p. 63-71. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/EL/article/view/126/136>. Acesso em 10 jan 2016. DOI [dx.doi.org/10.15603/2176-1043/el.v10n16p63-71](https://doi.org/10.15603/2176-1043/el.v10n16p63-71)

WACQUANT, Löic. **O legado sociológico de Pierre Bourdieu.** Revista de Sociologia e Política nº 19: 95-110 NOV. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n19/14625.pdf> . Acesso em jun 2015

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan 2003.

WARAT, Luís Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas.** Revista Sequência. V. 03 n. 05 (1982). Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em 09 jun 2015

SCHERER-WARREN, Ilse. **Desafios para uma sociologia política brasileira: os elos entre movimentos e instituições.** Dossiê. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 17, nº 38, jan/abr 2015, p. 44-62. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/v17n38/1517-4522-soc-17-38-00044.pdf>. Acesso em 20 jan 2016

SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais na américa latina: caminhos para uma política emancipatória?** Cad. CRH, Salvador , v. 21, n. 54, p. 505-517, Dec. 2008 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792008000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792008000300007>.

WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (org.) **Demociacia Deliberativa.** São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

WEFFORT, F. **Qual democracia?** São Paulo: Cia das Letras, 1992.

WOLKMER, A. C. **Crise do direito, mudança de paradigma e ensino jurídico crítico.** Curso de curta duração ministrado junto ao Conselho Regional da OAB, Florianópolis, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

YOUNG, Iris Marion. **Desafios ativistas à democracia deliberativa.** Revista Brasileira de Ciência Política, nº 13. Brasília, jan-abr, 2014, p. 187-212. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n13/a08n13.pdf>. Acesso em 13 jan 2016

ŽIŽEK, Slavoj. **Introdução – O espectro da ideologia.** In. Žižek, Slavoj (org.). **Um mapa de ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996 (a).

ŽIŽEK, Slavoj. **Como Marx inventou o sintoma?** In. Žižek, Slavoj (org.). **Um mapa de ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996 (b)

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais.** Trad. Miguel Serras Pereira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

ANEXO

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Sétima Câmara Criminal *Habeas Corpus* nº. 0065243-95.2014.8.19.0000

Impetrantes: Dr. Marino D'Icarahy Junior – OAB/RJ 67.019

Dr. Raoni do Céo Brasil – OAB/RJ 171.489

Dr. Carlos Eduardo Cunha Martins Silva – OAB/RJ 145.531

Dr. Italo Pires Aguiar – OAB/RJ 163.402

Dr. Lucas da Silveira Sada – OAB/RJ 178.408

Drª. Raphela de Araújo Lima Lopes – OAB/RJ 178.237

Pacientes: Elisa de Quadros Pinto Sanzi

Igor Mendes da Silva

Karlayne Moraes da Silva Pinheiro

Aut. Coatora: Juízo de Direito da 27^a Vara Criminal da Comarca da Capital

Relatora: Des. Maria Angélica G. Guerra Guedes

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS PELA PRÁTICA, EM TESE, DO DELITO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DECISÃO DESTA COLENDIA CÂMARA QUE REVOGOU A CUSTÓDIA CAUTELAR INICIALMENTE DECRETADA PELO DOUTO MAGISTRADO DE PISO E LHES IMPÔS, ASSIM COMO AOS DEMAIS CORRÉUS, AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, PREVISTAS NOS INCISOS I, II E IV, DO ART.319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ULTERIOR DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO, POR PARTE DOS ORA PACIENTES, DA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO INCISO II, DO RETROMENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL, QUAL SEJA, PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR DE MANIFESTAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR COM FULCRO NO ART.312, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DOS IMPETRANTES, QUE, ALÉM DE ALEGAREM SE TRATAR DE “*ENCONTRO CULTURAL PACÍFICO*”, NO QUAL OS PARTICIPANTES “*SE REUNIRAM NÃO PARA PROTESTAR, MAS PARA CONGREGAR DE MODO CÍVICO, CULTURAL E ABSOLUTAMENTE RESPONSÁVEL*”, SUSTENTAM, OUTROSSIM, QUE OS PACIENTES NÃO FORAM INTIMADOS PARA SE MANIFESTAR ACERCA DO REQUERIMENTO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO FORMULADO PELO PARQUET, AO ARREPIO DO DISPOSTO NO ART.282, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1- Sem razão os impetrantes. Consoante se dessume dos documentos adunados aos autos pela douta autoridade ora indigitada como coatora, os ora pacientes, mesmo cônscios de que, dentre as medidas cautelares que lhes haviam sido impostas em substituição à prisão anteriormente decretada, estava a que os

proibia de participar de manifestação (prevista no inciso II, do art.319 do Código de Processo Penal), reuniram-se em ato público no qual se pode observar, pelos fotogramas acostados, fez-se expressa alusão àqueles fatos que ensejaram a custódia anteriormente imposta aos mesmos e aos demais corréus. Destarte, restou cristalino o descumprimento da decisão exarada por esta Colenda Câmara, e, por conseguinte, incontestável a motivação para a expedição de novo decreto prisional, agora, destaca-se, por descumprimento de decisão judicial e não pela prática de delito. Neste diapasão, afigura-se desinfluente o fato de se tratar de ato pacífico ou não, na medida em que o que ensejou a decretação da prisão, repete-se, não foi a prática de um ilícito, até porque, se o fosse, daria ensejo a nova *persecutio criminis*, mas sim o desrespeito aos Poderes Constituídos, ou mais especificamente no caso, ao Poder Judiciário.

2- Ademais, sequer há que se falar que a decisão emanada naqueloutra ação mandamental, na qual foi estabelecida a medida cautelar ora violada, não fora explícita quanto à vedação da participação dos pacientes em quaisquer tipos de ato público/manifestação. Neste aspecto, não se pode deixar de reconhecer que, a despeito de o julgamento, ao final, ter sido unânime, justamente para que não pairassem dúvidas não só acerca da medida cautelar que fora acrescida, como também exposta a efetiva necessidade de sua adoção, ao V. Acórdão se seguiram duas Declarações de Voto, das quais se pode extrair que a taxatividade da referida proibição restou latente e não fazia alusão a que tipo de manifestação fosse – se violenta ou pacífica, se cultural ou política, se cívica ou anarquista -, ou seja, não a qualificava.

3- Por outra banda, quanto ao fato de os pacientes não terem sido devidamente intimados para se manifestarem acerca do requerimento da decretação da prisão preventiva, em nada invalida o *decisum*, haja vista que o §3º do art. 282 do Código de Processo Penal, a que aludem os aguerridos impetrantes, diz respeito à hipótese diversa, que é a decretação da prisão cautelar, e não à prisão decorrente do descumprimento de medida anteriormente imposta, que é tratada pelo legislador no §4º do mesmo dispositivo legal, aplicável à hipótese.

4- Outrossim, ainda que assim não fosse, descuidam-se os impetrantes de que não se trata de descumprimento de medida judicial por omissão, ou seja, que os pacientes tenham deixado de cumprir alguma decisão judicial, e possam vir a justificar-se por não tê-la atendido. Trata-se, em verdade, de prática de ato comissivo por parte dos mesmos, em síntese, de ação praticada por estes, ressalte-se, em franco desrespeito à decisão deste Colegiado, que, por óbvio não admite escusa e só reforça o acima assinalado, que é o desrespeito aos Poderes legalmente constituídos, e, por conseguinte, um ato atentatório ao próprio Estado Democrático de Direito.

5- Constrangimento ilegal não configurado. ORDEM QUE SE DENEGA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº **0065243-95.2014.8.19.0000**, em que figuram como Impetrantes os advogados susonominados, pacientes Elisa de Quadros Pinto Sanzi, Igor Mendes da Silva e Karlayne Moraes da Silva Pinheiro e Autoridade Coatora o Juízo da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital;

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **maioria** de votos, em **denegar desta ordem**, nos termos do voto da Relatora, vencido o insigne Desembargador Siro Darlan de Oliveira, que a concedia.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2014.

Desembargadora **Maria Angélica G. Guerra Guedes**
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Elisa de Quadros Pinto Sanzi, Igor Mendes da Silva e Karlayne Moraes da Silva Pinheiro, apontando como autoridade coatora o r. Juízo da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital, e no qual objetivam o restabelecimento do *status libertatis* dos pacientes.

Sustentam os combativos impetrantes que o só fato de os mesmos terem participado de “*um encontro cultural pacífico organizado pelo Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação – SEPE/Rio de Janeiro, no último dia 15/10/2014, nas proximidades da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*”, não configura descumprimento da medida cautelar diversa da prisão, prevista no inciso II, do art.319 do Código de Processo Penal, anteriormente imposta por este Colegiado em substituição à prisão que lhes havia sido decretada pelo r. juízo a quo.

A inicial veio instruída com os documentos do anexo 1.

Informações prestadas pela douta autoridade coatora às fls. 27/45

O ilustre Procurador de Justiça Riscalla J. Abdenur, em seu parecer de fls. 51/58, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório. Passa-se ao voto.

Consoante se infere dos autos, os ora pacientes e outros 20(vinte) corréus encontram-se respondendo a ação penal pela prática, em tese, do delito previsto no art.288, do Código Penal.

Certo é que, a requerimento do *parquet*, o douto magistrado de piso decretou a prisão cautelar de todos os envolvidos, sob o fundamento de que a mesma se fazia necessária para a garantia da ordem pública, eis que o delito pelo qual os mesmos restaram denunciados fora praticado durante as manifestações populares ocorridas nesta

Cidade, e provocou não só enormes transtornos aos cidadãos, obstando, por diversas vezes, o direito de ir e vir que lhes é constitucionalmente assegurado, como também deu ensejo à prática, em tese, de diversos injustos ainda em apuração.

Contudo, irresignadas com a custódia cautelar dos agentes, dentre os quais os três pacientes desta ação mandamental, as defesas interpuseram diversas ordens de *habeas corpus*, tendo este Colegiado, naquela distribuída sob o nº 0035621-68.2014.8.19.0000, impetrada em favor dos 23(vinte e três) denunciados, na Sessão de Julgamento realizada no dia 12/08/2014, por unanimidade, concedido parcialmente a ordem para revogar a custódia cautelar de todos os envolvidos e impor-lhes as medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos I, II e IV do Código de Processo Penal.

Destaco, por oportuno, que, no susomencionado *mandamus*, fora concedida a liminar estabelecendo as cautelares previstas nos incisos I e IV do Código de Processo Penal, o que o Colegiado, ulteriormente, por ocasião do julgamento do mérito, entendeu não ser suficiente para a garantia da ordem pública, fundamento único da prisão, pelo que fez acrescer àqueloutras cautelares anteriormente impostas, também a prevista no inciso II do retromencionado dispositivo legal, qual seja, a proibição de participar de manifestação, gize-se, justamente a cuja violação se examina na hipótese.

Ademais, ressalto, também, que, a despeito de o julgamento ter sido unânime, ambas as Desembargadoras que funcionaram como Vogal, disponibilizaram Declarações de Voto nas quais se pode observar, de forma cristalina, que a proibição não se limitava a atos violentos, como querem fazer crer os ora imputantes, mas a todo e qualquer ato de manifestação, seja pacífica ou não.

Neste aspecto, não descuidaram as Vogais, dentre as quais a ora Redatora do presente Acórdão, de não só fundamentar a imposição da cautelar que foi acrescida, mas também de expor a *ratio* da mesma, justamente para afastar eventual alegação de que se estaria obstando o direito de manifestação, fazendo destacar que se estava apenas restringindo-o, gize-se, de forma temporária e fundamentada, e, ressaltar-se, em uma de suas inúmeras formas.

Desta feita, o fato de os ora pacientes mesmo cônscios da proibição que lhes fora imposta, terem sido flagranciados participando de manifestação, faz reconhecer ter havido, por parte dos mesmos, descumprimento da cautelar prevista no inciso II, do art.319 do Código de Processo Penal.

Neste diapasão, e ao revés do sustentado na preambular do presente *mandamus*, consoante as fotografias adunadas pela dnota autoridade coatora, no denominado “*encontrado cultural pacífico*” a que se referem os imputantes, fez-se explícita alusão aos fatos que ensejaram a custódia dos pacientes, com a utilização, v.g, de faixa mencionando os atos de que os mesmos participaram e que deflagraram a *persecutio criminis* a qual respondem, prometendo que eles não serão esquecidos [sendo certo, ainda, que nas referidas fotos, abaixo das faixas com tais dizeres, pode-se observar os pacientes/manifestantes, com mordaças e megafones].

Ou seja, foram flagranciados em evidente ato público de manifestação, razão pela qual entender, como aduzido na impetração, que se trata de *mero evento cultural* é desconsiderar, escamotear, o descumprimento a decisão aqui exarada.

Outrossim, sequer há que se falar que a decisão emanada naqueloutra ação mandamental não fora explícita quanto à vedação da participação dos pacientes em quaisquer tipo de ato público/manifestação, na medida em que, consoante se extrai da leitura das declarações de votos nela apresentadas, a taxatividade da referida proibição restou latente, não havendo pois que se perquirir, se “pacíficas”, “culturais”, violentas ou não.

Noutro giro, quanto à aduzida falta de adequação/necessidade da segregação cautelar impostas aos ora pacientes, a que se referem os impetrantes, faço destacar, mais uma vez, que a mesma deve ser observada, e o foi, por ocasião da decretação da custódia preventiva, onde, consoante se infere de todo acima assinalado, este Colegiado afastou-a, julgando suficiente, à ocasião, a adoção das cautelares substitutivas à prisão.

Todavia, tem-se, agora, título prisional decorrente de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta, ou seja, de decisão judicial, que gera natural esmaecimento do caráter excepcional de que se reveste a custódia preventiva.

Colaciono, por oportuno fragmento da obra de **PACELLI¹** acerca do assunto:

“Em caso de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta, a prisão preventiva transmuda-se em medida mais que possível, mas até mesmo provável, diante da graduação progressiva que a Lei nº12.403/11 estabeleceu para as cautelares pessoais, em tutela aos direitos individuais de investigados ou processados, mas sem descurar da necessidade de se garantir a efetiva guarda à persecução”

Por fim, e por último, quanto ao fato de os pacientes não terem sido devidamente intimados para se manifestarem acerca do requerimento da decretação da prisão preventiva formulado pelo *parquet*, em nada invalida o *decisum*, haja vista que o §3º do art. 282 do Código de Processo Penal, citado pelos aguerridos impetrantes, diz respeito à hipótese diversa, que é a decretação da prisão cautelar, e não, como dito alhures, à prisão decorrente do descumprimento de medida anteriormente imposta, que é tratada pelo legislador no §4º do mesmo dispositivo legal, aplicável à hipótese.

Ademais, ainda que assim não fosse, descuidam-se os impetrantes, outrossim, de que não se trata de descumprimento de medida judicial por omissão, ou seja, que os pacientes tenham deixado de cumprir alguma decisão judicial, e possam vir a justificar-se por não tê-la atendido.

Trata-se, em verdade, de prática de ato comissivo por parte dos mesmos. Em síntese, de ação praticada por estes em franco desrespeito à decisão deste Colegiado, o que não é escusável e só reforça o acima consignado, que é o desrespeito aos Poderes legalmente constituídos, e, por conseguinte, um ato atentatório ao próprio Estado Democrático de Direito.

¹ PACELLI, Eugênio. COSTA, Domingos Barroso. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória – A reforma da Lei nº12.403/11*. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2013, p.113.

À conta de tais considerações, não vislumbrando na espécie o alegado constrangimento ilegal a que aludem os impetrantes, direcione meu voto no sentido de DENEGAR A ORDEM.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2014.

Desembargadora **Maria Angélica G. Guerra Guedes**
Redatora Designada

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 56.961 - RJ (2015/0040180-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

RECORRENTE : ELISA DE QUADROS PINTO SANZI (PRESO)

RECORRENTE : IGOR MENDES DA SILVA (PRESO)

RECORRENTE : KARLAYNE MORAES DA SILVA PINHEIRO (PRESO)

ADVOGADOS : NILO BATISTA

CLÁUDIO COSTA

RAFAEL FAGUNDES E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS*. FORMAÇÃO DEQUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDAS CAUTELARES (ART. 319, I, II E IV, DO CPP). ULTERIOR DESCUMPRIMENTO. PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR DE MANIFESTAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, COM FULCRO NO ART. 312, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ENCONTRO CULTURAL E PACÍFICO. SUSPENSÃO DO PROCESSO DETERMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO. LIMINAR RATIFICADA.

1. É manifesta a ilegalidade da segregação cautelar, tendo em vista que a simples presença em manifestação pacífica, de fim cultural, sem a ocorrência dos atos de violência verificados anteriormente (ainda em apuração), não configura motivação suficiente para comprovar o descumprimento de medidas cautelares já impostas e ensejar a prisão cautelar. Trata-se de direito previsto nos arts. 5º, VIII, XVI e XVII, e 220 da Constituição Federal, que acaba por prevalecer em detrimento de uma restrição imposta contrária a esses princípios. A proibição imposta estava relacionada a fato supostamente criminoso, e o evento cultural ao qual compareceram os pacientes transcorreu de forma pacífica, sem atos de vandalismo e violência.

2. A prisão cautelar é desproporcional à pena que eventualmente pode ser imposta aos pacientes em caso de condenação pela prática do crime previsto no art. 288 do Código Penal (1 a 3 anos, podendo dobrar em caso de quadrilha ou bando armado).

3. A suspensão da ação penal foi determinada pelo Tribunal estadual até o julgamento final de impetração originária, o que somente ocorreu em data recente (16/6/2015), quando foi denegada a ordem e cassada a liminar. Durante todo o período de suspensão do processo não houve a realização de nenhum ato processual, sendo certo que não consta nenhuma apreciação judicial quanto à necessidade de manutenção da segregação cautelar, permanecendo um dos recorrentes preso até a data em que foi deferida a liminar nestes autos (22/6/2015), tudo a evidenciar o constrangimento ilegal a que foram submetidos os recorrentes.

4. Está consolidado o entendimento jurisprudencial de que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade, se presentes e demonstrados os requisitos estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedente.

5. Recurso ordinário provido para revogar a determinação de prisão cautelar dos recorrentes, fixando-se as seguintes medidas cautelares: a) obrigação de comparecimento mensal ao Juízo processante, nas condições por ele fixadas, para informar e justificar atividades; b) proibição de ausentar-se da comarca ou do País sem prévia autorização judicial; c) proibição de comparecer a manifestações públicas; d) assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo. Ratificada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Matheus Tessari Cardoso pelos recorrentes, Elisa de Quadros Pinto Sanzi, Igor Mendes da Silva e Karlayne Moraes da Silva Pinheiro.

Brasília, 05 de novembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

CÂMARA DOS DEPUTADOS
PROJETO DE LEI N^º , DE 2013
(do Sr. Carlos Sampaio)

Acrescenta o §2º ao art. 163, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O artigo 163, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 163

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se o autor do dano se aproveita de manifestação pacífica e do uso de máscaras, ou objeto que cubra o rosto, com o objetivo de tornar impossível sua identificação.”

Art. 2º Renumere-se o atual parágrafo único, do art. 163 da referida lei, para §1º.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICACÃO

Este projeto de lei pretende punir aqueles que se aproveitam do anonimato proporcionado pelas manifestações para provocar danos ao patrimônio público ou privado, contribuindo, assim, para a deslegitimização e o descrédito das manifestações; para a produção de danos ao comércio, às residências e ao patrimônio público; para o acirramento dos ânimos e o aumento do risco da produção de danos pessoais a todos os manifestantes e aos policiais que acompanham os protestos.

A atitude de indivíduos isolados que se misturam aos protestos com o fim de depredar coisas móveis e imóveis, públicos ou privados, vem provocando inúmeros prejuízos à sociedade como um todo. Os comerciantes são obrigados a fechar as

portas de suas lojas ao menor sinal de qualquer manifestação, porquanto o risco de depredação e saque é constante. Pessoas interessadas apenas na manifestação são levadas a não comparecer ou a abandonarem o evento, uma vez que os indivíduos movidos por propósitos violentos colocam sua própria integridade física e moral, senão sua vida, em risco. Os serviços públicos acabam sendo atingidos, e a própria política de segurança pública é atingida pela explosão de agressividade provocada por indivíduos agindo por meio da massa anônima.

O uso de máscaras com objetivo de protesto, com fins pacíficos e em manifestações pacíficas é perfeitamente legítimo. Por isso, não se pretende, aqui, punir o seu uso.

A verdadeira intenção é aumentar a punição daqueles que provocam dano, valendo-se tanto da ocasião que a manifestação proporciona, quanto das máscaras, com o fim de causar prejuízos privados ou públicos.

O que se tem observado é que indivíduos com o único fim de depredar e vandalizar patrimônio alheio usam a própria massa como proteção, tanto a sua identidade, quanto contra a ação da polícia. Assim, **acabam transformando os manifestantes pacíficos em verdadeiro escudo humano involuntário para seus próprios objetivos egoístas**. É possível, inclusive, que esses indivíduos venham a convocar manifestações públicas apenas para contar com esses escudos humanos. Isso é inaceitável.

Com o objetivo de dar resposta penal adequada e proporcional a esse tipo de uso das manifestações e dos seus participantes, é que propusemos a inclusão de uma causa de aumento de pena no caso de crime de dano.

O Código Penal prevê três tipos de situações em que se pode aumentar a pena atribuída ao autor de um crime: as qualificadoras, as agravantes e as causas de aumento de pena.

As qualificadoras são situações que não são elementos do tipo penal, mas circunstâncias que o tornam especialmente grave e provocam, em consequência, o aumento das suas penas mínima e máxima. Elas aderem ao tipo penal básico, criando um tipo penal derivado¹. Nucci define as qualificadoras da seguinte forma:

“São circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando ou diminuindo a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previstos pelo legislador”²

No caso do tipo penal do art. 163, elas estão previstas no atual parágrafo único, que prevê:

“§1º - Se o crime é cometido:

- I - com violência à pessoa ou grave ameaça;
- II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;
- III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;
- IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima”

Se, na conduta criminosa, essas circunstâncias se somam aos elementos do tipo penal básico (“destruir”, “inutilizar” ou “deteriorar” + “coisa alheia”), a pena mínima e a pena máxima são aumentadas.

As circunstâncias agravantes, por sua vez, só operam se elas não constituem elementos do tipo derivado, ou seja, se não foram previstas como qualificadoras. Elas estão previstas no art. 61, do Código Penal.

Já as causas de aumento fazem parte da estrutura típica do delito (ex: §4º, do art. 121, do Código Penal³), provocando um aumento de pena que pode levá-la acima do teto tanto do tipo penal básico (ex.: o caput do art. 163), quanto do tipo penal derivado ou qualificado (ex.: o inciso III, do parágrafo único, do art. 163). Essas causas de aumento de pena operam quando o autor, ao realizar a conduta prevista no tipo, realiza igualmente outras condutas e, portanto, incide em outras formas de proceder que merecem um apenamento maior.

No caso deste projeto, teríamos o crime de dano provocado por indivíduo utilizando-se das manifestações, como escudo humano, e de máscara, para impedir que a polícia o identifique em ação em uma manifestação, para poder impedi-lo de

¹ NUCCI, Guilherme Souza. Código Penal Comentado. 13ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 453.

² Op. cit., p. 482.

³ “§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.”

fazer o mesmo em uma futura manifestação. Ora, aqui, teríamos que esse crime poderia ser praticado com dano ao patrimônio privado (incidindo o tipo do caput), com dano ao patrimônio público (incidindo a qualificadora do inciso III), com violência ou

grave ameaça à pessoa (incidindo o inciso I), com emprego de substância inflamável ou explosiva (inciso II), ou com considerável prejuízo para a vítima ou por motivo egoístico (inciso IV).

Assim, o crime cometido por meio do uso de passeata e máscara, poderia produzir um aumento de pena em qualquer dessas situações. Ante o exposto, contamos com o apoio dos pares para a aprovação deste projeto.

Sala das Sessões, 12 de setembro de 2013.

**Deputado CARLOS SAMPAIO
PSDB/SP**

Supremo Tribunal Federal

15/06/2011 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV. (A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV. (A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO (A/S)

E M E N T A: **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO**

FUNDAMENTAL - ADMISSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - JURISPRUDÊNCIA

- POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA ADPF QUANDO CONFIGURADA LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL PROVOCADA POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (ADPF 33/PA e ADPF 144/DF, v.g.) - ADPF COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO - CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE MOTIVADA PELA EXISTÊNCIA DE MÚLTIPHAS EXPRESSÕES SEMIOLÓGICAS PROPICIADAS PELO CARÁTER POLISSÊMICO DO ATO ESTATAL IMPUGNADO (CP, art. 287) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF CONHECIDA. "AMICUS CURIAE" - INTERVENÇÃO PROCESSUAL EM SEDE DE ADPF - ADMISSIBILIDADE - PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - DOUTRINA - PRECEDENTES - PRETENDIDA AMPLIAÇÃO, POR INICIATIVA DESSE COLABORADOR PROCESSUAL, DO OBJETO DA DEMANDA PARA, NESTA, MEDIANTE ADITAMENTO, INTRODUZIR O TEMA DO USO RITUAL DE PLANTAS ALUCINÓGENAS E DE DROGAS ILÍCITAS EM CELEBRAÇÕES LITÚRGICAS, A SER ANALISADO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA - MATÉRIA JÁ VEICULADA NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, DE 1971 (Artigo 32, n. 4), DISCIPLINADA NA RESOLUÇÃO CONAD nº 1/2010 E PREVISTA NA VIGENTE LEI DE DROGAS (Lei nº 11.343/2006, art. 2º, "caput", "in fine") - IMPOSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DESSE ADITAMENTO OBJETIVO PROPOSTO PELO "AMICUS CURIAE" - DISCUSSÃO SOBRE A

2

(DESEJÁVEL) **AMPLIAÇÃO** DOS PODERES PROCESSUAIS DO "AMICUS CURIAE" - **NECESSIDADE DE VALORIZAR-SE, SOB PERSPECTIVA EMINENTEMENTE PLURALÍSTICA, O SENTIDO DEMOCRÁTICO E LEGITIMADOR DA PARTICIPAÇÃO FORMAL DO "AMICUS CURIAE" NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA.**

MÉRITO: "MARCHA DA MACONHA" - **MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM)** - **A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO** DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO **E** NO DE TOMADA DE DECISÕES **NO ÂMBITO** DO APARELHO DE ESTADO - **CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL,** DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS **OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO** PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, **DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO - ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E OPONIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO AO PODER PÚBLICO E AOS SEUS AGENTES - VINCULAÇÃO DE CARÁTER INSTRUMENTAL ENTRE A LIBERDADE DE REUNIÃO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - DOIS IMPORTANTES PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **SOBRE A ÍNTIMA CORRELAÇÃO** ENTRE REFERIDAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: **HC 4.781/BA, REL. MIN. EDMUNDO LINS, E ADI 1.969/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS - O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS - ABOLIÇÃO PENAL ("ABOLITIO CRIMINIS") DE DETERMINADAS CONDUTAS PUNÍVEIS - DEBATE QUE NÃO SE CONFUNDE COM INCITAÇÃO À PRÁTICA DE DELITO NEM SE IDENTIFICA COM APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO - DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS - O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL - CARÁTER NÃO ABSOLUTO** DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (**CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º**) - **A**

3

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS - O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - INADMISSIBILIDADE DA "PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENTO" - NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE "LIVRE MERCADO DE IDEIAS" - O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO "FREE MARKETPLACE OF IDEAS" COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES - A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SÍMBOLO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENTO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA - AS PLURISSIGNIFICAÇÕES DO ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: NECESSIDADE DE INTERPRETAR ESSE PRECEITO LEGAL EM HARMONIA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO - LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NOS CASOS EM QUE O ATO ESTATAL TENHA CONTEÚDO POLISSÉMICO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cesar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em rejeitar as preliminares** de não-conhecimento da argüição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal **julgou procedente** a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.O

documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 5119959
Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 198

ADPF 187 / DF

4

entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos", **tudo nos termos** do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Senhor Ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na Comissão de Veneza, Itália, e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira e, pelos "amici curiae" Associação Brasileira de Estudos Sociais de Psicoativos - ABESUP e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, respectivamente, o Dr. Mauro Machado Chaiben e o Dr. Luciano Feldens.

Brasília, 15 de junho de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

FEDERAL**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS
DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV. (A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - IBCCRIMADV. (A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E
OUTRO (A/S)**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **ajuizada** pela eminente Senhora Procuradora-Geral da República, em exercício, Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na qual se postula seja dado, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos"** (fls. 14 - grifei). A Senhora Procuradora-Geral da República, em exercício, **ao fundamentar** a pretensão jurídica que deduziu perante esta Suprema Corte, **pôs em destaque** os seguintes aspectos **que dão suporte** à

2

presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 03/13): "3. **No espaço público brasileiro**, assim como em diversos outros países, **discute-se** cada vez mais **um tema** de inequívoco interesse social: **a criminalização das drogas**. Em tão importante debate público, há um lado que defende a legitimidade e a eficiência da estratégia criminal no combate às drogas, enquanto outro pugna pela legalização, ou, pelo menos, de algumas delas.

4. Na presente ação, não se objetiva questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro. **Almeja-se**, isto sim, **afastar uma interpretação** do art. 287 do Código Penal **que vem gerando** indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

5. Reza o art. 287 do Código Penal: 'Apologia de crime ou criminoso'

Art. 287. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.'

6. Nos últimos tempos, diversas decisões judiciais, **invocando** tal preceito, **vêm proibindo** atos públicos em favor da legalização das drogas, **empregando o equivocado argumento** de que a defesa desta idéia constituiria apologia de crime.

7. É certo que há também quem invoque, para proibir as manifestações em favor da legalização das drogas, o artigo 33, § 2º, da Lei 11.343/2006, **que tipifica** a ação de 'induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga'. **Contudo, não é possível deduzir** o pedido de interpretação conforme a Constituição de tal dispositivo **em sede** de ADPF, **tendo em vista** o princípio da subsidiariedade dessa ação (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), e o fato de que ser cabível, nessa hipótese, ação direta de inconstitucionalidade. (...).

3

8. Não se pretende discutir os erros ou acertos de decisões judiciais específicas, nem tampouco a licitude ou ilicitude da conduta de qualquer pessoa ou grupo particular, ou mesmo de qualquer evento público, porque não cabível em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Contudo, para evidenciar a ocorrência da interpretação legal ora questionada, vale recordar os casos recentes de censura judicial, imposta contra manifestações em favor da legalização da maconha.

9. De acordo com a anexa Representação, a chamada 'Marcha da Maconha', em que manifestantes defenderiam a legalização da referida substância entorpecente, foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB).

10. As decisões, em geral, têm se assentado na equivocada premissa de que, como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu consumo. (...):

.....
11. Este cenário, marcado por graves ofensas às liberdades democráticas, foi mencionado pelo Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no documento que elaborou a propósito dos fatos ocorridos no ano de 2008:

'50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação a propósito da adoção de medidas judiciais em maio de 2008 em nove cidades brasileiras diferentes proibindo a realização de demonstrações públicas que visavam a promover modificações no Direito Penal em vigor. Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas (as demonstrações públicas) constituiriam supostamente

4

apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda que, exceto no caso de formas de expressão que, nos termos do artigo 13 (5) da Convenção Americana, claramente constituam 'propaganda de guerra' ou 'apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo', marchas de cidadãos pacíficos em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão'.

12. É verdade que, nesta controvérsia, houve também decisões judiciais mais afinadas com a Constituição e com os seus valores democráticos, valendo ressaltar aquela proferida pelo Juiz do IV Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que deferiu 'Habeas Corpus' preventivo, impetrado por Nilo Batista e outros, em favor dos participantes da 'Marcha da Maconha' de 2009 no Rio de Janeiro (...):

.....
A Flagrante Afronta à Liberdade de Expressão

22. A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de idéias e o controle social do exercício do poder. De mais a mais, trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes.

.....
24. O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos (art. 5º, IV e IX e 220, CF), **rejeitando** peremptoriamente toda forma de censura. Esta insistência não foi gratuita. **Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito** a esta liberdade pública fundamental, **em que a censura** campeava e pessoas eram perseguidas por suas idéias. Por outro,

5

ela revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.

.....

26. Por isso, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas idéias, como também os direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões.

27. Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir.

(....).

28. Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também - e sobretudo - aquelas tidas como absurdas e até perigosas. **Trata-se**, em suma, **de um instituto contramajoritário**, que garante o direito daqueles **que defendem** posições minoritárias, **que desagradam** ao governo **ou contrariam** os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.

.....

30. E a hipótese em discussão é clara. O Estado brasileiro adota uma determinada política que envolve a proibição e a criminalização das drogas, e esta não pode estar imune à crítica pública, essencial para o funcionamento das sociedades democráticas.

31. O debate sobre temas políticos, como a legalização das drogas, representa o verdadeiro 'coração' da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial, e é contra ele que atenta a exegese do art. 287 do Código Penal ora impugnada.

Da Violação à Liberdade de Reunião

32. De acordo com o art. 5º, XVI, da Lei Maior, 'todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião'

6

anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.'

33. O Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão sobre a liberdade de reunião', **registrou que ela constitui** 'uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas'. **No voto que proferiu** naquele julgamento, o Ministro Celso de Mello assentou:

'(...) a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das idéias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar. Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

34. No caso, a interpretação questionada do art. 287 do Código Penal **viola gravemente** tal direito, **pois permite que seja tratada** como ilícito penal **a realização** de reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, **só porque voltada** à defesa da legalização das drogas. **35. É certo que a doutrina em geral** considera que existe um limite implícito à liberdade de reunião, que é a sua finalidade lícita. Porém, como salientado acima, é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas, na perspectiva do legítimo exercício da liberdade de expressão.

36. Evidentemente, seria ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas ilegais ou para instigar terceiros a usá-las. **Não é este o caso de reunião** voltada à crítica da legislação penal e de políticas públicas em vigor, em que se defende a

7

legalização das drogas em geral, ou de alguma substância entorpecente em particular." (**grifei**)

O Senhor Presidente da República, **nas informações que prestou** a esta Suprema Corte, **suscitou questão preliminar** pertinente **ao não conhecimento** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, **referente** à "impossibilidade de interpretação conforme a Constituição na presente ADPF" (fls. 103), **eis que**, segundo sustenta o eminente Chefe do Poder Executivo da União, "(...) Qualquer exegese que se busque contraria o sentido que o legislador buscou dar à norma (...)" . (fls. 104).

O Senhor Presidente da República, de outro lado, **requereu** a improcedência da ação, "haja vista que a configuração ou não do tipo penal, bem como de eventuais excludentes constitucionais de liberdade de expressão só podem ser verificadas no caso concreto e não a priori, no juízo do controle abstrato de constitucionalidade" (fls. 105).

O eminente Advogado-Geral da União, por sua vez, **ao pronunciar-se** nestes autos, **manifestou-se** pelo não conhecimento da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental **ou, caso**

8

conhecida, pela improcedência do pedido (fls. 107/117), fazendo-o em parecer que está assim ementado (fls. 107):

"**Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Manifestações em favor da descriminalização das drogas. Liberdade de expressão.**

Crime de apologia. Pedido de interpretação conforme.

Preliminar. Exegese que não se inclui no âmbito de incidência da norma. **Inexistência** de espaço de decisão para utilização da interpretação conforme. **Não conhecimento** da ação. **Mérito. Linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão, só verificável** no caso concreto. **Controle difuso** de constitucionalidade.

Manifestação pela improcedência do pedido." (grifei)

A dnota Procuradoria-Geral da República, ao pronunciar-se nesta causa (fls. 88), reportou-se aos fundamentos por ela anteriormente deduzidos na petição inicial, repelindo a questão preliminar arguida pelo Senhor Presidente da República e pelo eminente

Advogado-Geral da União (fls. 690/694).

Registro, finalmente, que admiti (fls. 143 e 669), como "amici curiae", a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP (fls. 120/121) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls. 634/639), cujos pronunciamentos, dando especial ênfase às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento, convergem, em seus aspectos essenciais,

9

no sentido exposto pelo autor **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Este é o relatório, de que se extrairá cópia **a ser encaminhada** a todos os eminentes Senhores Ministros deste Tribunal (**Lei nº 9.882/99**, art. 7º, "caput").