

As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro

António Manuel HESPANHA*

RESUMO: O presente artigo trata do discurso jurídico brasileiro e sua especificidade caracterizada por uma estratégia dos juristas, por um recorte especial relativamente a outras normatividades, pela emergência de temas e valores próprios e pelo uso de modelos argumentativos *sui generis*. Esta especificidade discursiva salienta uma concepção crítica e comprometida do direito.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Cultura jurídica. 2. Brasil. 3. Discurso crítico.

ENGLISH TITLE: Legal Cultures of Emerging Countries: The Brazilian Case

ABSTRACT: This article is on Brazilian legal discourse and its specificity, which is characterized by legal scholars' strategy, by a specific glance at other normativities and by the use of "sui generis" argumentative models. This discursive specificity highlights a critical and committed legal conception.

KEYWORDS: 1. Legal culture. 2. Brazil. 3. Critical discourse.

Comparar as formações discursivas do direito na Europa e na América Latina é hoje um bom exercício para confirmar que o discurso jurídico na Europa não é um discurso universal e para constatar que, hoje, nem sequer é um discurso inovador ou de vanguarda.

Um desenvolvimento desta questão teria exigências – de natureza metodológica,¹ de enquadramento conceitual geral, de aprofundamento empírico – que não é possível satisfazer nesta síntese, sobretudo dedicada a salientar as especificidades do discurso sobre o direito no Brasil contemporâneo.

* Professor emérito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor Honoris Causa pela UFPR. E-mail: amhmeister@gmail.com. Artigo originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

¹ Cf. o meu artigo “Uma história de texto”, em F. Tomás y Valiente, B. Clavero, J. L. Bermejo, E. Gacto, A. M. Hespánha, C. Alvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, 187-197, onde aponto as fontes inspiradoras: Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969; Peter Zyma, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980; Id. *Textsemiotik als Ideologiekritik*, Frankfurt, 1977; bem como algo de uma abordagem sistémica dos discursos.

A autonomização do discurso jurídico brasileiro como campo de análise assume que a América Latina emerge, hoje, como uma formação discursiva específica no campo do direito, caracterizada por uma estratégia particular dos juristas, por um recorte especial do campo do direito relativamente a outras normatividades, pela emergência de temas e valores próprios, pelo uso de modelos argumentativos *sui generis*. Se isso tem ou não a ver com características político-culturais da América Latina² é questão que deixo em aberto, mesmo porque assumo o discurso como um sistema simbólico relativamente fechado a determinações externas à prática discursiva.³ Também o ambiente brasileiro no plano do discurso dos juristas é muito sumariamente abordado, até porque faltam ainda estudos de detalhe e de síntese.⁴ Daí que apenas tentemos indicar umas pistas provisórias e problemáticas para ulteriores investigações.

A especificidade do discurso brasileiro de hoje pode sintetizar-se – algo simplifcadamente – salientando o peso que nele tem uma concepção crítica e socialmente comprometida do direito.

A difusão de estudos jurídicos críticos no Brasil data dos anos setenta, como uma parte do pensamento social e político “nacionalista”, crítico do imperialismo e, mais tarde, da ditadura militar. Embora um dos brasileiros mais conhecidos no movimento dos *critical legal studies* norte-americanos fosse brasileiro (Roberto U. Mungabeira, n. 1947),⁵ o pensamento jurídico crítico brasileiro decorre muito mais de um movimento interno de empenhamento dos intelectuais na política, que marcou as três últimas décadas do século XX. No domínio do pensamento jurídico – ou, talvez melhor, da atitude dos juristas perante o direito – foi muito importante o magistério de juristas

² V., por exemplo, Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros, “Direito Internacional dos Direitos Humanos e Filosofia na América Latina: Contribuições para uma Possível Fundamentação Crítica”, em http://www.usp.br/prolam/downloads/2005_2_5.pdf, com uma síntese das posições hoje correntes sobre o particularismo da situação político-social na América Latina, como origem e ambiente de uma cultura e filosofia latino-americanas.

³ V. nota 1.

⁴ De salientar, no entanto, o notável artigo de Roberto Fragale Filho & Joaquim Leonel de Rezende Alvim, “O movimento “critique du droit” e seu impacto no Brasil”, *Revisões de Direito GV*, 6.3(Jul.-Dez. 2007), p. 139 – 164 (<http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_8_pp.139-164_o_movimento_critique_du_droit_e_seu_impacto_no_brasil_roberto_fragale_filho_e_joaquim_leo_nel_alvim.pdf>, consultado, como os restantes sites, em 6.6.2013). V. também o número monográfico da revista *Droit et société*, 22(1992): “Transformations de l’État et changements juridiques: l’exemple de l’Amérique latine” (<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/dso22/dso22-00.htm>). Fundamentação teórica, Luís Alberto Warat (uma figura inspiradora da atitude jurídica crítica no Brasil), “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”, em Id., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou* (volume II), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004 (<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>) (escrito em 1982).

⁵ Cf. Unger Mungabeira *homepage*, 22.01.2012; <http://en.wikipedia.org/wiki/Roberto_Mangabeira_Unger>, 21.01.2012.

como Luís Alberto Warat⁶ e Roberto Lyra Filho,⁷ para citar apenas dois dos mais influentes.

Num país de cultura extensa e diversificada como o Brasil, mais do que apontar nomes de juristas que possam ser significativos de um pensamento de crítica ao formalismo jurídico,⁸ interessa mais sublinhar como uma parte significativa da cultura jurídica brasileira – tal como vem acontecendo noutros países latino-americanos, com realce para a Colômbia – se vem destacando dos paradigmas correntes na Europa e nos Estados Unidos.

Na origem dessa nova perspectiva crítica do direito está a ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social; não interessando tanto o sentido em que estes são concretizados, mas o simples fato de se reconhecer que o direito e os juristas devem responder aos problemas da sociedade. Com o fim do regime militar e com a entrada em vigor da nova Constituição, muitos experimentaram como que uma refundação do papel social e político do direito e dos juristas, no serviço às políticas sociais humanistas (direitos humanos) emancipadoras (direitos e políticas sociais).⁹

O contraste com a Europa¹⁰ passou a ser muito forte. Aqui, a teoria do direito e a dogmática jurídica tendem a ser naturalmente individualistas, liberais, formalistas, descomprometidas com os problemas sociais, neutras em relação às políticas sociais, complacentes com o autoritarismo do direito criado em instâncias sem vinculação democrática (Tribunal Europeu de Justiça, grandes firmas de advogados, elites

⁶ <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=21>.

⁷ <http://www.dhnet.org.br/dados/teses/a_pdf/tese_jose_geraldodireito_achado_rua.pdf>.

⁸ Em todo o caso, uma tentativa muito imperfeita. De entre os nomes mais influentes, há que citar os de José Eduardo Faria, que promoveu um diálogo entre o direito e os saberes sociais de sentido libertador; Luiz Fernando Coelho, por muitos considerado como um precursor do uso alternativo do direito, Roberto Lyra Filho, opondo ao direito hegemônico o pluralismo dos direitos subalternos; Luiz Alberto Warat, que importa para o Brasil a análise crítica do discurso jurídico, como era feita pelas escolas da análise crítica dos discursos, de M. Foucault, P. Bourdieu e J. Derrida; Gilberto Bercovici e Marcelo Neves, que, de forma diversa, têm cultivado uma aproximação desmistificadora e alternativa da dogmática constitucional; e, com destaque, Antonio Carlos Wolkmer, com uma longa obra de crítica ao pensamento jurídico formalista, de propostas no sentido de metodologias de ruptura e, sobretudo, de valorização das formas emancipatórias de pluralismo (Antonio Carlos Wolkmer, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, São Paulo, Saraiva (6. ed.). 2008). Também os historiadores do direito têm contribuído muito para uma crítica antiformalista do direito: cf., por todos, Ricardo Marcelo Fonseca, “A formação da cultura jurídica nacional e os cursos de direito no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879)”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Madrid, 8(2005), p.97/116; Id., *Introdução Teórica à História do Direito*, Curitiba, Juruá, 2009; José Reinaldo Lima Lopes, *O Direito na História*, São Paulo, Max Limonad, 2000. Roteiro sumário dos principais representantes Luciana Laura Tereza Oliveira Catana e Vinicius Roberto Prioli de Souza, “Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil”, em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil>>.

⁹ Cf. a revista *Constituição e democracia*: <http://www.fd.unb.br/site/publicacao.aspx?ch_menu=8&SessionID=peeggfea3wxzjzaryga0izun>.

¹⁰ Cf. Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine Soziologische Untersuchung Privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976.

acadêmicas), hostil – em contrapartida – em relação ao “direito maioritário” dos Estados democráticos, sobretudo se este for portador de intenções interventoras, redistributivas, compensatórias das desigualdades efetivas entre os cidadãos. Longe de se esforçar por uma maior clarificação do direito,¹¹ a doutrina europeia parece viver bem num conveniente crepúsculo em que as escandalosas desigualdades que o direito permite passem despercebidas.

No Brasil, em contrapartida a percepção das desigualdades sociais e de cidadania tornou-se tão forte e cotidiana que o senso comum deixou de achar suportável a neutralidade perante a tarefa de mudar as coisas. O ativismo político que caracteriza fortemente o Brasil criou um panativismo social. Porque se tornou claro que o livre jogo das forças sociais estabelecidas não conseguirá corresponder à demanda social de justiça, de cidadanias de bem-estar. Foi sobretudo isso que atingiu a teoria jurídica, a dogmática jurídica, o ensino do direito e a ética dos que trabalham com o direito. Ao mesmo tempo, tudo isso se vive num momento de euforia, de autoconfiança, de entusiasmo nacional, tanto mais que a imagem do primeiro mundo – e do seu direito – se corrói cada vez mais, pela evidência da sua decadência e incapacidade de invertê-la. A doutrina europeia e norte-americana continua a ser citada e usada; mas recebida de forma pragmática e “impura”, usada de forma tópica, por vezes para obter resultado que não têm muito a ver com a sua lógica original.¹²

Na sequência da queda das ditaduras militares latino-americanas – mas também da queda do socialismo real –, a esfera pública latino-americana foi rapidamente ocupada por uma pluralidade de movimentos comunitários, sociais e, até, religiosos, com um forte poder de sugestão sobre a academia, que também tinha pagado um pesado tributo à ditadura das juntas militares.

Numa sociedade percebida como estando dominada por grupos de hípercidadãos (Marcelo Neves), que reduzem os restantes à categoria de nanocidadãos, a ética dos juristas tende a assumir mais militantemente a causa dos interesses subalternos, do interesse público, da garantia da efetividade dos programas sociais e das políticas públicas. Esse espírito de missão, uma missão que é entendida mais como nacional do que como social, contamina as melhores escolas públicas de direito, designadamente os

¹¹ “Mais luz!”, como pedia Goethe nos seus últimos momentos.

¹² Diego Lopez Medina (*Teoría impura del derecho*, Bogotá, Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004; *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2009) destaca como este uso instrumental da doutrina, à primeira oportunista, se explica, não por oportunismo ou superficialidade, mas antes corresponde a uma leitura da doutrina orientada para problemas.

seus estudantes. Uma vista de olhos pelas bancas de livros nos pátios das faculdades ou pelas estantes das livrarias dos campos universitários confirma o espírito que se percebe facilmente numa aula ou num curso: o direito ou responde às demandas sociais ou não se justifica (pior, ou deve desaparecer). Ao jurista cabe não apenas aplicar neutralmente o direito, mas usá-lo de forma empenhada e proativa como instrumento de um supremo projeto comunitário. Isso explica também a proximidade entre direito, políticas cidadãs e participação popular, nos quadros de um modelo deliberativo e participativo da democracia.

Embora antigos e novos conservadores mantenham na academia posições importantes, a agenda universitária (concretamente, nas escolas de direito)¹³ passou a pertencer a uma nova geração – professoras, estudantes de graduação e de pós-graduação advogados *pro bono*, juízes que frequentam a universidade, como docentes ou doutorandos.¹⁴ Têm sido eles que têm trazido para os cursos e as atividades universitárias¹⁵ os novos temas da vida comunitária, com destaque para os da cidadania, da defesa democrática e progressista da constituição, da proteção dos mais fracos, da erradicação da violência doméstica, do machismo e da homofobia, dos direitos humanos e sociais, do desenvolvimentos econômico e social, da defesa das minorias étnicas, da ação afirmativa, da preservação do ambiente, da luta pelo primado do interesse público, do funcionamento justo e eficiente dos serviços e das políticas públicas, da luta contra a corrupção, da independência nacional etc.

Nesse contexto cultural, passa a existir uma enorme esperança no poder do Estado e do Direito como fatores de resgate social, nestes países em que constituições novas e democráticas incluíram princípios avançados de promoção do bom-governo. Nesse quadro, o enfraquecimento da Constituição e qualquer tipo de desjurisdefinição aparecem como tentativas de reentregar a sociedade à ordem conservadora estabelecida. Gilberto Bercovici, um prestigiado constitucionalista de São Paulo, desqualificou assim o enfraquecimento do constitucionalismo brasileiro que resultaria do revisionismo europeu das doutrinas do primado da Constituição: “Os defensores de tais teorias no Brasil esquecem que a desjurisdefinição no Brasil será entendida de

¹³ Anova vivência universitária tem, em geral, muito a ver com a influência de grandes pedagogos – como Ivan Illitch, Paulo Freire, Darcy Ribeiro –, muito influentes na reflexão sobre a missão cidadã e emancipadora da Universidade nos países em desenvolvimento.

¹⁴ Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez, “O ensino do Direito, a formação do jurista e as escolas superiores”, *Jus Navigandi* (escrito em 06.2005); v. ainda Roberto Fragale Filho, “Quando a empiria é necessária?”, em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Roberto%20Fragale%20Filho.pdf,cons>. 6.6.2013.

¹⁵ Incluindo, intervenção no foro: Lucas Borges de Carvalho, “Idéias para uma nova assistência jurídica de base estudantil: acesso à justiça e crise do ensino jurídico”, *Jus Navigandi* (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3501>).

forma diferente na Europa e nos Estados Unidos. Como tem sido muito bem sublinhado por Marcelo Neves, o nosso problema não é o da desjurisdificação, mas antes o da jurisdificação da realidade constitucional. Aqui, a desjurisdificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem os privilégios e as desigualdades”.¹⁶ Outro constitucionalista de referência, Luís Roberto Barroso, segue a mesma linha de rejeitar a troca da constitucionalização por um novo direito pluralista, difuso e democraticamente deslegitimado

[...] 4. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e desinstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziu-o ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição. 5. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país.¹⁷

Esse novo ambiente acadêmico tem usado massivamente a *internet* como meio de difusão, inundando o universo de referências de milhares de textos tratando os novos temas e, por vezes, ensaiando teorias ou dogmáticas apropriadas, frequentemente sugeridas pelas ciências sociais, pela literatura, pela psicanálise ou diretamente induzidas de referências diretas à realidade social.¹⁸

¹⁶ Gilberto Bercovici, *Canotilho e a constituição dirigente [...]*, cit., p. 18.

¹⁷ Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 6, setembro, 2001 1-32 (disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>), “Conclusão”, in fine.

¹⁸ Um dos repositórios mais importantes desta literatura é *Jus navigandi* (<<http://jus.com.br/>>); mas muitas Faculdades de Direito (e movimentos sociais) mantêm os seus próprios repositórios de doutrina jurídica emergente.

O ativismo social e político do novo constitucionalismo brasileiro contrasta hoje fortemente com a diluição do europeu, em que se tende, cada vez mais, a sujeitar a constituição à “oportunidade”, à “necessidade”, aos “constrangimentos económicos e financeiros”, aos “acordos” de resgate financeiro”, às “leis dos mercados”. No Brasil, pelo contrário, os constitucionalistas têm desenvolvido uma série de instrumentos dogmáticos que fomentam a irradiação do “núcleo ideológico” da Constituição, como Carta Magna da cidadania:¹⁹

- (i) impondo os padrões de justiça e igualdade às relações entre privados;²⁰
- (ii) assinalando que os bens públicos constitucionalmente definidos limitam a liberdade contratual e de propriedade;²¹
- (iii) defendendo a hierarquia superior dos direitos humanos e dos direitos sociais em relação a direitos de recorte meramente individualista e liberal;²²
- (iv) exigindo que o âmbito dos direitos constitucionais inclua a disponibilização dos meios processuais para os usar, com generalidade e igualdade, o que inclui a preocupação com o acesso à justiça, mas também com a tutela da efetividade das políticas sociais do Estado por parte de Ministério Público;²³
- (v) criando uma doutrina compreensiva da inconstitucionalidade, denominada de “inconstitucionalidade ideológica”, que declara ferido de inconstitucionalidade

¹⁹ Cf. Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, “Democracia procedimental e jurisdição constitucional”, (disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf>). Elaboração de conjunto: Luis Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito” (2005) (<<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>); Cláudio Pereira de Souza Netto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte, Forum, 2012.

²⁰ Questão, na Europa, aparece enredada nas restrições liberais ao princípio da eficácia horizontal da constituição (*Drittwerking*, como se o mundo dos negócios privados fosse um “terceiro” em relação à ordem constitucional da comunidade ...).

²¹ O que não é mais do que voltar à “doutrinal social de Igreja”... Este seria um dos aspetos da “constitucionalização do direito civil”: Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e direito civil: tendências*, in *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*, Rio de Janeiro, Editora OAB, 1999; Maria Celina B. M. Tepedino, “A caminho de um direito civil constitucional” em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>> e <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>; Luiz Edson Fachin, “A ‘reconstitucionalização’ do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”, em <http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf>; Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil: à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000; Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, em Gustavo Tepedino (Org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2001.

²² Note-se alguma influência da civilista portuguesa Ana Prata, muito lida no Brasil, que continua a defender vigorosamente que a “vontade negocial não é um aspeto intrínseco e prioritário da liberdade humana” (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Almedina, Coimbra, 1982).

²³ V. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho, Ronaldo Lobão, *Constituição e Ativismo Judicial*, Porto Alegre, Lumen júris, 2011; Daniel Sarmento, “O neoconstitucionalismo no Brasil” por Daniel Sarmento; Luiz Alberto de Vargas, Ricardo Carvalho Fraga, “O papel da assistência judiciária para a eficácia dos direitos sociais”, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6120>> (escrito em 12.2003); aplicação aos direitos sociais (saúde, educação, etc.); Howerstton Humenhuk, “Odireito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais”, em *Jus Navigandi* (escrito em 02.2002.) (<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2>>).

qualquer ato, norma, ou decisão jurídica que contrarie um princípio constitucional, expresso ou implícito;

- (vi) defendendo a chamada “Interpretação constitucional evolutiva dos direitos sociais”, para a qual qualquer direito fundamental já recebido na constituição goza de um caráter definitivo, da natureza de um inderrogável “*acquis civilizationnel*”²⁴ e, por outro lado, deve ser interpretado de forma progressiva, de acordo com o processo de avanço social, tal como for reconhecido pela ordem internacional mais progressiva.²⁵

Esse entendimento do caráter diretivo da Constituição atribui ao Judiciário um poder muito vasto para desenvolver a Constituição. No entanto, esse ativismo judiciário parece tender a assumir no Brasil um perfil bastante diferente do que assume na Europa. Enquanto na Europa a doutrina e o foro tendem a alinhar por padrões de julgamento orientados para aspetos técnicos, geralmente alheios às impuras problemáticas humanas e sociais e favoráveis ao direito reconhecido por um *jet set* de juristas cosmopolitas, a judicatura brasileira está muito ligada ao ciclo contemporâneo da cultura política pop latino-americana, social e politicamente comprometida, confiante nas virtualidades das formas civilizacionais aí emergentes.

Esse mesmo ativismo constitucional promove experiências de melhoria da qualidade da cidadania, bem como o seu acompanhamento e avaliação pelos juristas acadêmicos. Tal é o caso das experiências de democracia participativa, de administração pelos vizinhos, em comunidades de dimensão adequada, de facilitação da ação popular, de criação de foros não exclusivamente jurídicos para a acomodação de conflitos comunitários (semelhantes às *Comisiones de Justicia y Equidad, na Colômbia*),²⁶ de modalidades

²⁴ Também aqui o contraste com a Europa é enorme, estando as aquisições civilizacionais sujeitas a um juízo de viabilidade em face dos recursos de um modelo econômico que tem por aquisições civilizacionais, pelo contrário, a plena liberdade e os direitos adquiridos do capital (expressos na desregulação estadual, na inexistência de objetivos sociais ou comunitários [mesmo de sustentabilidade ambiental ou de boa gestão dos recursos], na redução da fiscalidade sobre as empresas ou titulares de rendimentos de capitais).

²⁵ Cf., Marco Antonio Sevidanes da Matta, “Interpretação constitucional evolutiva dos direitos sociais. Apontamentos sobre a mutação constitucional, a reserva do possível e o trabalho escravo no Brasil”, *Jus navigandi* (escrito em 06.2006) (<<http://jus.com.br/revista/texto/8839/interpretacao-constitucional-evolutiva-dos-direitos-sociais>>, 22.01.2012); v. também Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

²⁶ Como o de Caldas, Província de Oriente, na Colômbia (<<http://br.youtube.com/watch?v=ZzAqQgIRa4>>); o conjunto do programa abrange um vasto leque de instituições, desde municípios a universidades (v.g., the University of Miami, EUA), tendo dado origem a um Diplomado Internacional Justicia en Equidad y Culturas Urbanas, na Universidad Nacional de Colombia (<http://www.unal.edu.co/eventos/eventos_083_20070924.htm>). V. entrevistas vídeo sobre a justiça comunitária na Colômbia em <<http://br.youtube.com/watch?v=LvryMgVJc>>; <<http://br.youtube.com/watch?v=YStOL4fOIwQ>>; <http://br.youtube.com/watch?v=GjQoA_pxhI>.

desformalizadas de justiça,²⁷ de formas de extensão comunitária do ensino e da pesquisa jurídicos.²⁸

Esse contexto político cultural assenta, na verdade, num equilíbrio algo paradoxal entre uma tendência antipositivista, que propunha a substituição da referência à lei (positivismo legalista) pela referência a valores civilizacionais de sentido emancipador, e um positivismo constitucional, que opta pelo primado dos sentidos objetivos plasmados na Constituição e nas leis do Estado progressista. Numa primeira fase, supunha-se, algo otimisticamente, que os valores que se podiam descobrir por detrás da lei tinham um sentido emancipador e que, por isso, a “hermenêutica” (foi a etiqueta que designou esta orientação no Brasil) era automaticamente uma corrente mais progressista do que o direito do Estado. Isso adequava-se bem à situação política durante os governos conservadores e a ditadura militar. Hoje, percebe-se que a situação mudou e que, frequentemente, o direito do Estado pode estar à frente da consciência política do grupo dos juristas e dos juízes. O impulso para uma doutrina e para uma jurisprudência liberada dos constrangimentos da lei pode, assim, funcionar como uma espada de dois gumes, um promovendo um direito ainda mais emancipador, ou, em contrapartida, um direito vinculado a valores mais conservadores do que os do direito maioritário. O caráter paradoxal da situação tem sido notada,²⁹ mas, na metodologia espontânea dos juristas, a hermenêutica mantém a sua aura de movimento indiscutivelmente emancipador. Que, aparentemente, não se dá conta de que o reforço do poder dos juristas proporcionado pela confiança na bondade de uma hermenêutica jurídica “contramaioritária” pode não apenas voltar-se contra o direito maioritário, mas ainda substituir os sentimentos comunitários de justiça por uma ponderação de valores que uma elite especializada declara serem os mais vantajosos para a comunidade ou os realmente queridos por ela. Ou seja, novamente, um *Professorenrecht* nasceria da promessa de um *Volksrecht*.³⁰

²⁷ Destaque-se a experiência dos juizados federais especiais, em que uma boa parte do formalismo e mediação processual é dispensada (v. <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/21359>>); <http://www.bochenek.com.br/download/JUIZADOS_ESPECIAISFEDERAIS.pdf>).

²⁸ Cf. Aurélio Wander Bastos “Pesquisa Jurídica no Brasil: diagnóstico e perspectivas”, BuscaLegis.cj.ufsc.br, Revista N.º 23 Dezembro de 1991, p. 11-24 (disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25099-25101-1-PB.pdf>>, 22.01. 2012) Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).

²⁹ Luís Roberto Barroso, cit., p. 12; Lenio Luiz Streck, “Contra o neoconstitucionalismo”, em <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art11.pdf>>; Rodrigo de Souza Tavares, “Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese”, em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_souza_tavares.pdf>.

³⁰ Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2004. Aparentemente inspirado por uma transposição da teoria da bondade da escolha do grande número – v. outra aplicação em Cass Sunstein, *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford, Oxford University Press 2006 –, K.-H. Ladeur

Creemos que, qualquer que seja o desfecho desta tensão na política do direito, a especial sensibilidade do direito e do saber jurídico às culturas não especializadas e à cultura pop continuará a ser, por bastante tempo, um sinal diferenciador da sensibilidade dominante nos juristas brasileiros e, com isso, uma fonte de inspiração para a renovação da cultura jurídica da Europa.

civilistica.com

Recebido em: 8.9.2013,
mediante convite.

Como citar: HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Data de acesso.

dirige uma crítica muito vigorosa contra o caráter corporativo da ponderação, considerada como uma sobrevivência de uma lógica colonizadora da sociedade.