



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

A ideia de dignidade entre o Ocidente e as culturas de modernidade recente: Uma Macro-comparação da Compreensão do Direito à Dignidade nos Países do BRICS

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA
Doctorado en Ciudadanía y Derechos Humanos

A IDEIA DE DIGNIDADE ENTRE O OCIDENTE E AS CULTURAS DE
MODERNIDADE RECENTE:
Uma Macro-comparação da Compreensão do Direito à Dignidade nos Países
do BRICS

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

Barcelona
2017

UNIVERSITAT DE BARCELONA
Doctorado en Ciudadanía y Derechos Humanos

A IDEIA DE DIGNIDADE ENTRE O OCIDENTE E AS CULTURAS DE
MODERNIDADE RECENTE: Uma Macro-comparação da Compreensão do
Direito à Dignidade nos Países do BRICS

Memória apresentada por Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho para
obtenção do grau de Doutor pela Universitat de Barcelona UB.

Tese doutoral orientada pelo Dr. Gonçal Mayos Solsona

Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona
(Assinatura do Orientador)

Barcelona
2017

UNIVERSITAT DE BARCELONA
Doctorado en Ciudadanía y Derechos Humanos

[FOLHA DE AVALIAÇÃO]

Nome: Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

Título: A IDEIA DE DIGNIDADE ENTRE O OCIDENTE E AS CULTURAS DE MODERNIDADE RECENTE: Uma Macro-comparação da Compreensão do Direito à Dignidade nos Países do BRICS

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata a defesa em nível de Doutorado e o julgou nos seguintes termos:

Prof^a. Dr^a. Tereza Freixes Sanjuán – Professora Catedrática de Direito Constitucional da Universidade Autônoma de Barcelona - UAB

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Antonio Madrid Perez – Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona - UB

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – Professor de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Julgamento: _____

Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL:

Coordenadora do Programa de Doutorado em Cidadania e Direitos Humanos:

Prof.^a Dr.^a Carmen Revilla Guzmán

*Para Saulo,
com amor e admiração
A meu vovô Bezinho,
meu maior exemplo de vida*

O mundo é privado de uma justiça completa, mas em nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que podemos eliminar.

[Amartya Sen]

AGRADECIMENTOS

Há doze anos atrás quando sai da pequenina Conceição do Mato Dentro, no interior de Minas Gerais, sequer me imaginaria defendendo uma tese doutoral em uma das universidades mais prestigiadas da Europa. Agradeço a Deus por essa oportunidade singular. O contingente e o necessário, para que isso acontecesse, transcende, quiçá divinamente, quaisquer capacidades apenas individuais. Por isso, preciso agradecer às pessoas que contribuíram com maior peso nessa longa jornada.

Começo pelo querido Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona. Ao me receber de maneira tão humana e convidativa em seus círculos de discussão e pesquisa, integrou-me em universos interculturais, interdisciplinares e macrofilosóficos que me elevaram não só como pesquisadora, mas também como pessoa. As inúmeras reuniões para orientação, os ricos diálogos sobre questões as mais profundas e relevantes, e as importantes indicações bibliográficas constituem parte fundamental desse trabalho. Foram tempos árduos de pesquisa e esforço nos três anos que vivi em Barcelona. Sua acolhida, inclusive complementada com a amizade que desenvolvi com sua maravilhosa esposa e filho, foram fundamentais para que eu pudesse permanecer firme na tarefa tantas vezes solitária da vida intelectual. A relação orientador-orientando, se levada a sério, é uma interação humana das mais proficuas. Meu grande *maestro* ativamente a conduziu com exemplar responsabilidade.

Aos professores Dr.^a Maite Barrios, Dr.^a Georgina Guilera, Dr.^a Carmen Revilla Guzmàn, Dr. Gerardo Pisarello e Dr. Marcel Cano, com os quais estudei durante meu primeiro ano em Barcelona, meu muito obrigada. Seus ensinamentos contribuíram de maneira definitiva para meu desenvolvimento acadêmico. De igual forma, agradeço aos Dr. Carlos Remotti, Dr.^a Teresa Freixes e Dr.^a Alessandra da Silveira, por me proporcionar a participação em debates acadêmicos no âmbito europeu que em muito contribuíram para as minhas pesquisas doutorais e para minha carreira como docente.

Aos colegas de doutoramento que se transformaram em verdadeiros amigos. Em especial, Pilar Esquiroz e Ianko Moyano, meu carinhoso agradecimento. À Senhora Imma Murcia por toda atenção e gentileza na secretaria da Faculdade. Aos meus amigos que me acolheram como família aqui em Barcelona, Maria Puigdomenech, Jaume Mayos, Elisabethey, e Erivany, pela amizade.

Ao Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto, por sua vez, por me dar acesso irrestrito a sua valiosa biblioteca particular. Mas também pelos conselhos e senso de humor inabalável e vivaz. A Prof.^a Dr.^a Leila Borges Dias Santos, pelo carinho e atenção, inclusive de uma perspectiva da historiografia, que me dedicou. Ao mestrando Ricardo Martins Spindola Diniz, que trabalhou comigo como assistente de pesquisa nos últimos meses de elaboração do produto final desta tese: com sua sempre pronta e dedicada colaboração me auxiliou a manter organizado o tratamento das fontes de pesquisa, na difícil tarefa da migração do pensamento ao papel.

A toda minha família, por compreender minha ausência nestes árduos anos, em especial ao meu avô Bezinho, a quem não pude dar o último abraço antes de sua partida. Sei que sempre olhará por mim, daquele lugar onde em nosso imaginário situamos as pessoas boas de coração e que na minha cultura chamamos de Céu. Assim, devo-lhe mais que um simples agradecimento. Um eterno muito obrigada; por me ajudar, e ser um exemplo de honestidade e humildade para mim. Ao meu pai, Wagner Safe, por ter se desdobrado por mim e meus irmãos e ter me proporcionado ir a Belo Horizonte iniciar meus estudos superiores. À minha mãe, Carminha, e meus irmãos, Wander e Jorge, que contribuíram para forjar quem sou hoje: uma pessoa forte. Às minhas avós, Diva e Maria Júlia, de quem espero ter herdado não apenas o nome, mas a doçura.

A minha sogra, Isabel de Oliveira, pelo carinho; e meu sogro, José Antônio Pinto Coelho, pela companhia nesse último ano, animando a escrita das últimas páginas dessa tese com um café sempre bem quentinho, acompanhado de uma bem humorada pergunta: “Acabou?”. À Romilda

Fernandes, por sempre conseguir deixar tudo organizado em casa, facilitando as tarefas diárias.

A Raíssa e Iara, minhas grandes amigas, por entenderem minha ausência em importantes momentos de suas vidas. Espero que daqui em diante me permitam recuperar o atraso. E aos meus amigos Ricardo e Fernanda, Platon e Patrícia, e Erivelton e Enelice, pelo apoio e pela convivência em Goiânia; e a Alexandre e Fabiana, em Uberlândia.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES), na pessoa da técnica responsável pela gestão de fomento, Hannah Gomes. A CAPES permite que a Pós-graduação brasileira e a formação de pessoal para as ciências no Brasil avance de forma séria. Algumas instituições em nosso país realmente funcionam. A CAPES certamente é uma delas.

Ao meu amado marido Saulo. Quem se revelou ser a força que eu precisava para percorrer toda essa jornada sem descuidar do rigor na pesquisa. A admiração e o carinho que sinto por você são eternos, e muito transcendem o amor matrimonial. Para além de um excelente marido (e exímio cozinheiro!), o Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho é exemplo de excelência e dedicação acadêmicas. Conviver profissionalmente ao seu lado desde de minha vida graduação universitária foi e é dimensão imprescindível de minha formação. Mais além, seus escritos e pesquisas são uma inspiração para a busca por profundidade, seriedade e cuidado quanto à reflexão jurídica e filosófica. Sem seu apoio, tanto amoroso como profissional, paciência e incentivos constantes, eu não teria levado essa etapa até o fim, nem dela teria tirado tanto proveito, se não o tivesse ao meu lado.

Resumo: A tese aborda o fenômeno do BRICS como grupo das maiores economias emergentes do mundo. Enfoca o problema de se saber, para além das motivações econômicas e do uso meramente discursivo da linguagem dos direitos humanos, se é possível que o grupo desempenhe uma função consistente na promoção do desenvolvimento humano, por meio da capilarização inclusiva das condições materiais e sociopolíticas de vida digna. Por meio do emprego de estudos constitucionais comparados com abordagem jusfilosófica, investiga a função e o peso que a ideia de dignidade humana, possui na cultura e experiência constitucional dos países fundadores do BRICS. Para responder a essa questão, partindo de referenciais crítico-reflexivos, promove a testagem cruzada de três âmbitos da experiência constitucional de Brasil, Rússia, Índia e China: o nomológico; o acadêmico-erudito (por amostragem) e; o prático-operacional (por estudos de caso). Como alguns dos principais resultados, a tese constata existir forte capacidade de entendimento e diálogo no Bloco quanto a essa temática, em que pese a existência de peculiares e singulares razões para o hiato entre positivação e efetivação dos direitos concernentes à dignidade humana em cada qual desses países.

Palavras-Chave: BRICS; Dignidade; Direitos Humanos; Constitucionalismo.

Resum: La tesi aborda el fenomen del BRICS com a grup de les majors economies emergents del món. Enfoca el problema de donar a conèixer, més enllà de les motivacions econòmiques i de l'ús merament discursiu del llenguatge dels drets humans, la possibilitat que el grup exerceixi una funció consistent en la promoció del desenvolupament humà, per mitjà de la capil·larització inclusiva de les condicions materials i sociopolítiques de vida digna. Mitjançant la utilització d'estudis constitucionals comparats amb un abordatge jurídic y filosòfic, investiga la funció y el pes que la idea de dignitat humana, posseeix en la cultura i experiència constitucional dels països fundadors del BRICS. Per a respondre a aquesta qüestió, partint de referenciais crítics y reflexius, promou l'examen relacionant tres àmbits de l'experiència constitucional de Brasil, Rússia, Índia i Xina: el nomològic; l'acadèmic-erudit (per mostreig) i; el pràctic operacional (per estudis de casos). Com en alguns dels principals resultats, la tesi constata l'existència de forta capacitat d'enteniment i diàleg en el Bloc pel que fa a aquesta temàtica, malgrat l'existència de peculiars y singulars raons per la divisió entre positivització i efectivació dels drets que pertanyen a la dignitat humana en cada un d'aquests països.

Paraules-Clau: BRICS; Dignitat; Drets Humans; Constitucionalismo.

Resumen: La tesis aborda el fenómeno del BRICS como grupo de las mayores economías emergentes del mundo. Enfoca el problema de darse a conocer, más allá de las motivaciones económicas y del uso meramente discursivo del lenguaje de los derechos humanos, en la posibilidad que el grupo desempeñe una función consistente en la promoción del desarrollo humano, por medio de la capilarización inclusiva de las condiciones materiales y sociopolíticas de vida digna. Mediante el empleo de estudios constitucionales comparados con un abordaje iusfilosófico, investiga la función y el peso que la idea de dignidad humana, posee en la cultura y experiencia constitucional de los países fundadores del BRICS. Para responder a esa cuestión, partiendo de referenciales críticos y reflexivos, promueve el examen relacionando tres ámbitos de la experiencia constitucional de Brasil, Rusia, India y China: el nomológico; el académico-erudito (por muestreo) y; el práctico operacional (por estudios de casos). Como algunos de los principales resultados, la tesis constata la existencia de fuerte capacidad de entendimiento y diálogo en el Bloque en lo que atañe a esa temática, pese a la existencia de peculiares y singulares razones para la división entre positivación y efectivación de los derechos concernientes a la dignidad humana en cada uno de esos países.

Palabras Clave: BRICS; Dignidad; Derechos Humanos; Constitucionalismo.

Abstract: The present doctoral thesis approaches the phenomena of BRICS as the group of the world's biggest emergent economies. Its focus is the problem of knowing if, surpassing economical motivations and the merely rhetorical use of human rights language, it is possible that the group performs a consistent function at the promotion of human development, by the means of the inclusive capillarization of material and sociopolitical conditions of life with dignity. This thesis employs comparative constitutional studies from a legal philosophy perspective, searching the function and weight of the idea of human dignity at the culture and constitutional experience of the founding members of BRICS. To assert this, based in critical-reflexive referentials, it promotes the cross-testing of three fields of constitutional experience of Brazil, Russia, India, and China: legal texts; legal scholarship (by sampling); and legal practice (by case study). Some of its principal results are the confirmation of a strong capability for understanding and dialogue within the Block concerning human dignity, notwithstanding the existence of peculiarities and singular reasons for the hiatus between legalization and concretization of rights related to human dignity at each of the studied countries.

Key-words: BRICS; Dignity; Human Rights; Constitutionalism.

LISTA DE SIGLAS

ABGF: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias s.a;

AIs: Atos Institucionais (Brasil);

APN: Assembleia Popular Nacional (China);

BRICS: Brasil-Rússia-Índia-China-África do Sul;

CCC: Chinese Criminal Code;

CNJ: Conselho Nacional de Justiça (Brasil);

CNP: Congresso Nacional do Povo (China);

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CRPC: Constituição da República Popular da China;

EC: Emenda Constitucional (Brasil);

ECGC: Formerly Export Credit Guarantee Corporation of India Ltd.;

ECIC SA: Export Credit Insurance Corporation of South Africa;

EPU: Exame Periódico Universal (China);

EXIAR: Russian Agency for Export Credit and Investment Insurance;

FUNAI: Fundação Nacional do Índio (Brasil);

ONU: Organização das Nações Unidas;

PCUS: Partido Comunista da União Soviética;

RPC: República Popular da China;

SINOSURE: China Export & Credit Insurance Corporation

STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil);

STJ: Superior Tribunal de Justiça (Brasil);

STM: Superior Tribunal Militar (Brasil);

STP: Supremo Tribunal do Povo (China);

TJs: Tribunais de Justiça dos Estados (Brasil);

TREs: Tribunais Regionais Eleitorais (Brasil);

TRFs: Tribunais Regionais Federais (Brasil);

TSE: Tribunal Superior Eleitoral (Brasil);

TST: Tribunal Superior do Trabalho (Brasil);

URSS: União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 29 |
| 1. OS TERMOS DO BINÔMIO: OS BRICS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 45 |
| 1.1 A FORMAÇÃO DOS BRICS COMO “ALIANÇA GEOPOLÍTICA”: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DAS DIRETRIZES DO BLOCO A PARTIR DAS DECLARAÇÕES CONJUNTAS EMITIDAS ENTRE 2009 E 2016..... | 45 |
| 1.1.1 Análise das Declarações Conjuntas do primeiro ciclo das cúpulas do BRICS: 2009-2013 | 47 |
| 1.1.2 Análise das Declarações Conjuntas do segundo ciclo das Cúpulas do BRICS: 2014-2016..... | 60 |
| 1.1.3 O lugar do BRICS na Ordem Geopolítica Global..... | 69 |
| 1.2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À DIGNIDADE COMO NÚCLEO DO DISCURSO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO..... | 82 |
| 1.2.1 Os sentidos e compreensões pré-modernos de dignidade..... | 84 |
| <i>1.2.1.1 Breves considerações sobre a substância da dignidade na metafísica antiga e medieval.....</i> | <i>84</i> |
| <i>1.2.1.2 A inserção secularizada do tema da dignidade no cotidiano social moderno: revendo os estudos de Lynn Hunt.....</i> | <i>91</i> |
| 1.2.2 A consolidação da dignidade como ideia fundamental do pensamento político-jurídico moderno..... | 98 |
| <i>1.2.2.1 A ideia de dignidade a partir da matriz kantiana: respeito à autonomia da vontade e à não-redutibilidade objetal.....</i> | <i>99</i> |

| | |
|---|-----|
| 1.2.2.2 <i>Aportações da matriz hegeliana à ideia de dignidade: culturalidade da “vida ética” e reconhecimento.....</i> | 105 |
| 1.2.2.3 <i>O debate sobre a universalidade da dignidade humana na contemporaneidade política: os problemas da fundamentação intercultural dos Direitos Humanos em François Jullien.....</i> | 111 |
| 1.2.2.4 <i>Entendendo e mensurando as diferenças culturais na compreensão da dignidade: os parâmetros de comparação de Ronald Inglehart.....</i> | 117 |
| 1.2.2.5 <i>O sentido jurídico da Dignidade como macro-direito: análise da possibilidade de seu emprego como núcleo estruturante das experiências interconstitucionais atuais.....</i> | 124 |

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DA RÚSSIA..... 137

2.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL RUSSA..... 137

| | |
|---|-----|
| 2.1.1 O devenir da normatividade tradicional russa..... | 139 |
| 2.1.1.1 <i>O encontro da cultura eslava com a civilização bizantina.....</i> | 139 |
| 2.1.1.2 <i>O domínio mongol.....</i> | 141 |
| 2.1.1.3 <i>A era dos czares.....</i> | 142 |
| 2.1.1.4 <i>Aproximação com o Ocidente e decadência do Czarismo.....</i> | 143 |
| 2.1.2 As transformações soviéticas na cultura jurídico-política russa..... | 144 |
| 2.1.2.1 <i>A Edificação do modelo soviético e a ideologia marxista de uma sociedade igualitária sem direitos.....</i> | 145 |
| 2.1.2.2 <i>Do Socialismo Revolucionário ao Socialismo de Estado: o “estancamento” do modelo constitucional socialista e a estabilização das instituições extrativas soviéticas.....</i> | 151 |

| | |
|--|------------|
| 2.1.2.3 <i>A abertura e a queda: crise do modelo soviético e reformulação constitucional.....</i> | 154 |
| 2.1.3 O Direito Constitucional contemporâneo da Rússia..... | 161 |
| 2.1.3.1 <i>A Constituição da Federação Russa de 1993.....</i> | 162 |
| 2.1.3.2 <i>A estrutura constitucional das fontes do Direito russo contemporâneo.....</i> | 168 |
| 2.1.3.3 <i>A divisão de poderes e funções na ordem constitucional russa.....</i> | 171 |
| 2.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL RUSSA..... | 178 |
| 2.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Russa: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional..... | 179 |
| 2.2.2 Direitos Fundamentais e Dignidade no constitucionalismo russo: diferenças e discrepâncias ao nível dos discursos eruditos e das categorizações hermenêuticas..... | 189 |
| 2.2.2.1- <i>Os caminhos do pensamento constitucional russo contemporâneo: considerações com base nas relações entre política, geopolítica e jurídica na Rússia.....</i> | 189 |
| 2.2.2.2- <i>Ainda um ‘governo de homens’ sem um ‘governo das Leis’: a crítica à apropriação do público (e do privado) pelos fisiologismo político russo, segundo Diligensky e Chugrov.....</i> | 193 |
| 2.2.2.3- <i>Nova roupagem, mas mesmo conteúdo? Pensamento jurídico russo pós-abertura e o fenômeno da interpretação do novo com o horizonte compreensivo do antigo, segundo Mikhail Antonov.....</i> | 194 |
| 2.2.2.4- <i>Um contraponto às críticas internacionalistas: a busca por um caminho próprio da Rússia na proteção de direitos humanos, na perspectiva nacionalista moderada de Starzhanetskii.....</i> | 198 |
| 2.2.2.5- <i>A percepção do descompasso entre a “consciência jurídica-acadêmica” e “consciência popular” na Rússia, acerca dos direitos humanos, na análise de Abramovich Gordon.....</i> | 200 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.2.6- <i>A Corte Constitucional como guardiã da Constituição e do respeito ao direito à dignidade humana na Rússia, segundo a visão otimista de Trochev</i> | 201 |
| 2.2.2.7- <i>A possibilidade de um sentido cristão-ortodoxo de dignidade humana a informar a ordem constitucional russa, na visão de Lauri Malksoo</i> | 204 |
| 2.2.3 <i>Análise da efetividade das práticas russas de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na Rússia</i> | 207 |
| 2.2.3.1- <i>A situação concreta das minorias de gênero na Rússia</i> | 207 |
| 2.2.3.2 – <i>A situação concreta das minorias étnicas na Rússia</i> | 215 |
| 2.2.4 <i>Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na Rússia</i> | 225 |
| | |
| 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL INDIANA | 229 |
| 3.1 FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL INDIANA | 230 |
| 3.1.1 <i>A normatividade tradicional indiana</i> | 230 |
| 3.1.1.1 - <i>A multireligiosidade na cultura tradicional da Índia</i> | 234 |
| 3.1.1.2 - <i>As características normativas do Hinduísmo (A base tradicional hinduista)</i> | 235 |
| 3.1.1.3 - <i>O uno contra o múltiplo: a presença islâmica na cultura indiana</i> .. | 236 |
| 3.1.2 <i>A Colonização Britânica e a co-construção do Direito Moderno Indiano a partir da experiência da Common Law</i> | 240 |
| 3.1.3 <i>O proceso de independência da Índia e as bases do constitucionalismo indiano</i> | 245 |
| 3.1.4 <i>O Direito Constitucional contemporâneo da Índia</i> | 248 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.4.1 - A Constituição da República da Índia de 1950..... | 248 |
| 3.1.4.2 - A estrutura das fontes do Direito na ordem constitucional indiana..... | 250 |
| 3.1.4.3 - A divisão de poderes e funções na ordem constitucional indiana. | 258 |
| 3.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL DA ÍNDIA CONTEMPORÂNEA..... | 265 |
| 3.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Indiana: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional..... | 265 |
| 3.2.2 As discrepâncias ao nível do discurso erudito indiano: direitos fundamentais e dignidade nos diferentes olhares do constitucionalismo indiano..... | 273 |
| 3.2.2.1 - Os caminhos do pensamento constitucional indiano contemporâneo: a centralidade da construção jurisdicional no debate jurídico da Índia..... | 274 |
| 3.2.2.2 - Uma tendência geral de busca por compreensão da relevância e dos riscos da construção judicial de uma ordem constitucional voltada para a promoção da dignidade humana, segundo a ótica de Upendra Baxi..... | 279 |
| 3.2.2.3 - Variações laudatórias na análise do construtivismo judicial na proteção dos direitos de dignidade na Índia, nos discursos apologéticos de Vijayashri Sripati..... | 282 |
| 3.2.2.4 - A crítica da construção judicial da proteção aos direitos de dignidade no contexto constitucional indiano segundo as leituras de Chhatrapati Singh, Arup Surendanath e Balakrishnan Rajagopal..... | 286 |
| 3.2.2.5 - A confrontação com a dura realidade social e as insuficiências do modelo judicial de promoção constitucional do direito à dignidade nas críticas radicais de Ranbir Singh, Rajeev Dhavan e Shylashri Shankar.... | 292 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.2.6 – <i>A proposta de configuração de um sentido propriamente indiano para o direito à dignidade, os direitos humanos e o pensamento constitucional, nas leituras de Ravi Rajan, Patnaik, Singhvi e Vishnu.....</i> | 297 |
| 3.2.3 <i>Análise da efetividade das práticas indianas de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na Índia.....</i> | 303 |
| 3.2.3.1 – <i>A situação concreta das minorias de gênero na Índia.....</i> | 303 |
| 3.2.3.2 – <i>A situação concreta das minorias étnicas na Índia.....</i> | 312 |
| 3.2.4 <i>Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na Índia.....</i> | 320 |
| | |
| 4. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CHINESA CONTEMPORÂNEA..... | 325 |
| 4.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA..... | 325 |
| 4.1.1 <i>A normatividade tradicional chinesa.....</i> | 328 |
| 4.1.1.1 – <i>Os Períodos Dinásticas e a formação do ‘li’ e do ‘fa’.....</i> | 330 |
| 4.1.1.2 – <i>Confucionismo, legalismo e taoísmo: as bases da normatividade tradicional chinesa.....</i> | 334 |
| 4.1.2 <i>A peculiar modernização socialista da China.....</i> | 338 |
| 4.1.2.1 – <i>Uma experiência de modernização nacionalista – Kuomintang... </i> | 339 |
| 4.1.2.2 – <i>A China soviética.....</i> | 343 |
| 4.1.2.3 – <i>A Revolução Cultural e a República Popular da China.....</i> | 346 |
| 4.1.2.4 – <i>As progressivas reformas rumo à fusão entre Socialismo e Capitalismo de Estado.....</i> | 349 |
| 4.1.3 <i>O Direito Constitucional contemporâneo da China.....</i> | 352 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.3.1 – A Constituição da República Popular da China de 1982..... | 352 |
| 4.1.3.2 – A estrutura das fontes do Direito Chinês contemporâneo..... | 354 |
| 4.1.3.3 – A divisão de poderes e funções na ordem constitucional chinesa..... | 360 |
| 4.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA..... | 364 |
| 4.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Chinesa: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional..... | 364 |
| 4.2.2 Os Direitos Fundamentais de Dignidade no constitucionalismo chinês: diferenças e discrepâncias ao nível dos discursos eruditos e das categorizações hermenêuticas..... | 374 |
| 4.2.2.1 – Os caminhos do pensamento constitucional chinês contemporâneo: as variáveis sobre a abertura chinesa ao discurso da dignidade e dos direitos humanos..... | 374 |
| 4.2.2.2 – A construção de um conceito autêntico de dignidade humana na China e suas implicações na redução do déficit de substancialismo constitucional segundo Zhang, Wei, Wang, Li e Jiang..... | 379 |
| 4.2.2.3 – Os desafios da construção de uma cultura constitucional chinesa de respeito a dignidade humana na tríplice superação da tradição milenar, da tradição socialista e da tradição ocidental, segundo Chen e Liu..... | 386 |
| 4.2.2.4 – Estudos destinados a pensar as formas, práticas e ajustes concretos para o incremento da proteção do direito à dignidade, nas análises de Yang e Zhan..... | 392 |
| 4.2.2.5 – Os discursos laudatórios sobre o papel do Partido Comunista Chinês na configuração da proteção dos direitos humanos na China, segundo Ye e Xieling Zhang..... | 394 |
| 4.2.2.6 – Ceticismo quanto ao discurso ocidental dos direitos humanos e as marcas de um olhar marxista na atualização do debate sobre direitos humanos na China, segundo as leituras de Yunhu, Sun e Wu..... | 396 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.3 Análise da efetividade das práticas chinesas de proteção do direito à dignidade: estudo dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na China..... | 401 |
| 4.2.3.1- <i>A situação concreta das minorias de gênero na China.....</i> | 401 |
| 4.2.3.2 – <i>A situação concreta das minorias étnicas na China.....</i> | 410 |
| 4.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na China..... | 418 |

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DO BRASIL.....

423

5.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....

424

| | |
|---|-----|
| 5.1.1 O devenir da normatividade tradicional (europeia) no Brasil..... | 424 |
| 5.1.1.1 - <i>O Brasil Colônia.....</i> | 426 |
| 5.1.1.2 - <i>O Brasil Império.....</i> | 431 |
| 5.1.2 O Brasil República..... | 434 |
| 5.1.2.1 - <i>A Era da República.....</i> | 434 |
| 5.1.2.2 - <i>A Ditadura Militar no Brasil.....</i> | 442 |
| 5.1.3 O Direito Constitucional Contemporâneo do Brasil..... | 443 |
| 5.1.3.1 - <i>A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....</i> | 443 |
| 5.1.3.2 - <i>A estrutura constitucional das fontes do Direito brasileiro contemporâneo.....</i> | 447 |
| 5.1.3.3 - <i>A divisão de poderes e funções na ordem constitucional brasileira.....</i> | 453 |

5.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....

464

| | |
|--|-----|
| 5.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Brasileira: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional..... | 464 |
| 5.2.1.1 – <i>A dignidade no texto constitucional brasileiro.....</i> | 464 |
| 5.2.1.2 – <i>O sentido da dignidade no contexto constitucional brasileiro.....</i> | 474 |
| 5.2.2 As discrepâncias ao nível do discurso erudito brasileiro: Direitos Fundamentais e Dignidade nos diferentes olhares do Constitucionalismo brasileiro..... | 477 |
| 5.2.2.1 – <i>Os caminhos do pensamento constitucional brasileiro contemporâneo: uma constituição cidadã num país de desigualdades, entre a ode e a crítica da centralidade do direito à dignidade.....</i> | 477 |
| 5.2.2.2 - <i>Os desafios da efetivação do Estado Democrático Social de Direito numa cultura constitucional de modernidade tardia e o (des)respeito à dignidade humana, segundo Lenio Streck.....</i> | 478 |
| 5.2.2.3 – <i>O paradoxo discurso-práxis dos direitos humanos e sua importância na cultura constitucional brasileira, segundo Oliveira Faria e Lima Lopes.....</i> | 483 |
| 5.2.2.4 – <i>Dignidade para além do mínimo existencial e a ameaça do “Estado de exceção econômico”, na ótica de Gilberto Bercovici.....</i> | 486 |
| 5.2.2.5 – <i>As dimensões de dignidade na ordem constitucional brasileira na abordagem conceitualista abstrata de Ingo Sarlet.....</i> | 489 |
| 5.2.2.6 – <i>A dignidade humana e sua influência na construção da cidadania ética na cultura constitucional brasileira, segundo Eduardo Bittar.....</i> | 494 |
| 5. 2. 2. 7 – <i>Por uma concepção jurídica da dignidade humana que evite um retrocesso jusnaturalista na cultura jurídica brasileira, segundo João Maurício Adeodato.....</i> | 496 |
| 5.2.2.8 – <i>O impasse entre o perigo da trivialização e a necessidade de operacionalidade do conceito de dignidade no direito brasileiro segundo Luis Roberto Barroso e João Costa Neto.....</i> | 499 |

| | |
|--|-----|
| 5.2.2.9 – <i>A necessidade de operacionalidade do princípio da dignidade humana na experiência constitucional brasileira segundo Luiz Roberto Barroso</i> | 500 |
| 5.2.3 Análise da efetividade das práticas brasileira de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas no Brasil..... | 504 |
| 5.2.3.1 – <i>A situação concreta das minorias de gênero no Brasil</i> | 504 |
| 5.2.3.2 – <i>A situação concreta das minorias étnicas no Brasil</i> | 511 |
| 5.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito no Brasil..... | 519 |
| CONCLUSÕES | 527 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 547 |

INTRODUÇÃO

A presente tese tem como mote fundamental uma investigação sobre a presença, a função, e o peso do discurso relativo à dignidade da pessoa humana como direito fundamental, na macrocomparação relativa às culturas constitucionais dos quatro países fundadores do bloco das maiores nações economicamente emergentes do mundo, o BRICS. Tomando a tratativa constitucional da dignidade como um fenômeno de matriz originalmente ocidental, discute-se acerca da efetiva assimilação e dos peculiares sentidos que esse discurso possui no sistema constitucional, já bastante globalizado, de cada um desses Estados, frente as suas respectivas e singulares tradições normativas, com vistas, notadamente, a entender as possibilidades de conversação sobre temas sócio-humanitários entre os mesmos, bem como as potencialidades e problemas de uma experiência autenticamente voltada à efetividade da dignidade humana como elemento de organização e nucleação dos direitos fundamentais básicos na constitucionalidade contemporânea de Brasil, Rússia, Índia e China.¹

Pode-se considerar que a recente formação de um grupo geopolítico das cinco maiores economias emergentes do mundo, o BRICS (grupo formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), exige uma reflexão sobre os encontros e desencontros dos universos social, antropológico, político, histórico e cultural que sustentam, cada qual uma mundivisão, ou seja, uma macro-compreensão, acerca dos valores fundamentais norteadores do convívio humano, em todas essas nações. Essa macro-compreensão acaba por produzir nesses países uma cultura constitucional igualmente singular e própria, pese a comum experiência de modernização globalizante (pelo menos no plano nomológico e ainda que também com peculiaridades) pela qual passou cada um. A interação das respectivas culturas tradicionais com a cultura ocidental, nos diferentes ciclos históricos de globalização

¹ A tese não analisará especificamente a África do Sul, tendo em vista notadamente a necessidade de recorte do campo epistemológico e do volume de informações e dados a merecerem tratamento na investigação. Por isso, focou-se nos quatro países fundadores do inicialmente chamado BRICs.

ocidentalizante, desde as primeiras grandes navegações europeias, produziu complexos significacionais diferenciados acerca do Estado e seu papel na organização do convívio.

Criado em junho de 2009, na chamada cúpula de Ecaterimburgo, os BRICS se identificam como um grupo de países emergentes, ou seja, em desenvolvimento ou de modernidade tardia². Pese a inquestionável motivação econômica de base, desde sua origem, temas e questões voltadas ao desenvolvimento humano e ao compromisso humanitário dessas nações fazem parte das conversações oficiais do bloco. Para além do discurso e do *mise-en-scène* típico das relações protocolares internacionais, a recorrente remissão à temática humanitária faz sentido no contexto do BRICS ainda que interesses econômicos tenham proeminência. Isto porque, dentre outros motivos, em que pese a magnitude e potência de suas economias, esses países ainda possuem graves problemas sociais internos, tais como a desigualdade, precariedade dos serviços básicos, déficits no reconhecimento e promoção de direitos, que devem, ou deveriam buscar ser superados.

Apesar de parte considerável dos autores dedicados ao Direito Internacional ainda não considerarem o BRICS como um Bloco Econômico, nessa tese utilizaremos indistintamente, ora o termo Grupo, ora o termo Bloco para nos referirmos ao BRICS, por entendermos que já o é e, ainda que não fosse, caminha em direção à sua efetivação como Bloco, ainda que de forma singular em relação aos parâmetros atuais do Direito Internacional, como veremos.

Não obstante, tendo em vista a enorme diversidade das bases culturais-tradicionais de cada um dos quatro países analisados³, justifica-se

² A concepção de “desenvolvimento tardio” ou “modernidade tardia” que aqui empregamos encontra-se devidamente tratada no tópico 1.2.5 desta tese.

³ Se tomarmos por base a classificação de Samuel Huntington (HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações; e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 50-54) conjugada com os estudos comparativistas de René David, (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4.ed. -. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9 *et seq.*) os países do BRICS, derivariam cada qual de uma civilização não-europeia: a oriental (China), a hindu (Índia), a ortodoxa (Rússia), a africana (África do Sul) e a latino-americana (Brasil). De nossa parte, discordamos apenas

a pergunta sobre as dificuldades, mal-entendidos, e ruídos comunicacionais referentes à tratativa das questões sócio-humanitárias pelo bloco. Se tal tema é abordado pelo bloco apenas como estratégia discursiva, este problema se torna rarefeito. Se, porém, e como deveria ser, intenta-se “levar a sério” (parafrazeando Dworkin) a realização dos direitos imbricados nas temáticas abordadas pelo bloco, então tais ruídos advindos das diferentes culturas constitucionais construídas em cada qual podem se fazer em algumas questões, ensurdecedores.⁴ Esta tese, então, busca enfrentar o desafio de avaliar a capacidade de conversação entre esses Estados quanto ao núcleo do debate jushumanitário na constitucionalidade contemporânea, centralizado no macro-princípio da dignidade humana.

Complementarmente, o mergulho compreensivo nas constitucionalidades dessas nações permitiu uma investigação acerca das discrepâncias quanto ao papel e alcance do macro-princípio da dignidade, entre o previsto nas normas e discursos constitucionais oficiais e as efetivas ocorrências em suas experiências sócio-jurídicas. Quanto a isso, buscou-se, tal como explicaremos a seguir, testar e contrastar diferentes âmbitos de linguagem relacionados à cultura constitucional e à experiência constitucional nesses países.

A atual globalização, aceleradora e uniformizadora dos processos produtivos e tecnológicos, tornou por demais próximos e compartilhados os problemas das nações européias e os das nações emergentes, em que pese o eventual desencontro de contextos e de perspectivas a respeito.⁵

quanto ao fato de que nos parece equivocado entender a civilização latino-americana contemporânea como uma civilização apartada do Ocidente.

⁴ Grande demonstração dessa ideia se baseia no fato de que este grupo, tal como outros, se inicia travando um diálogo sobre questões eminentemente econômicas, mas quando nos aprofundamos um pouco mais e saímos do reducionismo econômico e passamos a questões de maior complexidade cultural, podemos ver que temos que levar a sério o peso da diversidade cultural de todos os envolvidos. Um exemplo dessa difícil tarefa foi sem dúvida a criação do Banco de Desenvolvimento do BRICS, que terá também por escopo a promoção do desenvolvimento sustentável dentro deste grupo.

⁵ A identificação desse desencontro não deixa de ter uma representação significativa na própria história dos estudos jurídicos em torno dos países em desenvolvimento. Como explicam Trubek e Santos, o primeiro momento ou fase do movimento que ficará conhecido como *Law & Development* consistiu na articulação por parte de governos e instituições internacionais preocupadas com o desenvolvimento humano e de seus respectivos intelectuais de projetos sistemáticos de reformas jurídicas, com base no pressuposto de que

Independentemente, é imperioso destacar que os países do BRICS possuem problemas comuns a eles próprios; decorrentes, sobretudo, dos recentes processos de modernização nos quais se viram engajados. Essa origem compartilhada dos atuais problemas enfrentados por cada um serviu como orientação para a constituição do bloco, no sentido de se buscar estratégias comuns para a solução de problemas comuns, com vistas à continuidade do desenvolvimento sócio-econômico, já em andamento. Não obstante, nossa tarefa foi a de avaliar, nesta questão, se, para além da globalização econômica, no plano de uma, por assim dizer, “globalização da justiça”⁶, os (des)encontros entre os países estudados e as contradições internas a suas próprias experiências, quanto à tratativa constitucional da dignidade, não seriam impeditivas de uma coerência mínima dos países do bloco com aquilo que suas Declarações Conjuntas, analisadas nessa tese, indicam. O desenvolvimento metodológico desse debate se encontra na primeira parte do primeiro capítulo dessa tese.

o Direito, enquanto instrumento, pode tanto promover como padronizar o desenvolvimento, de certa maneira reduzido à dimensão econômica, e de que são as instituições jurídicas ocidentais, então avançadas como propriamente “modernas”, aquelas que melhor cumprem esse papel. Seu segundo momento, por sua vez, se marca com o crescente interesse das ciências econômicas pelo tema e com a criação do Banco Mundial, movimentando bilhões de dólares para suportar a transplantação completa de sistemas jurídicos de culturas “desenvolvidas” a culturas “em desenvolvimento”. Para os autores, em alguma medida, o primeiro e o segundo momentos, ocorridos entre 1960 e 1990, partilham dos mesmos equívocos, centrados na opinião de que transplantar ordens normativas inteiras (de caráter acentuadamente liberal) fosse algo tão simples e mesmo inquestionavelmente desejável, por sua vez fundada no pressuposto de que o direito se reduziria a um mero instrumento. (TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: The third moment in Law and Development theory and the emergence of a new critical practice. *Law and Development: Forty Years after ‘scholars in self-estrangement’ – A Preliminary Review*. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (eds.) *New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006). Essa problemática, por evidente, não passou despercebida, gerando diversas críticas (inclusive e famosamente do próprio Trubek), tanto acadêmicas como políticas, de atores localizados nos mais diversos âmbitos, tanto institucionais como geográficos, a suscitar, posteriormente na reformulação do debate (iniciando, com o século XXI, um terceiro momento), abandonando noções simplistas como as de que existiria uma e única fórmula mágica para o desenvolvimento, e de que essa fórmula teria sido descoberta no “Norte global”, e incentivando a construção de diálogos justamente entre os países em desenvolvimento, isto é, do “Sul Global”, ou “diálogos Sul-Sul”, do qual, inclusive, o BRICS pode ser considerado um exemplo. (Cf. PAHUJA, Sundhya. Beheading the Hydra: Legal Positivism and Development. *Law, Social Justice & Global Development Journal*, n. 1, 2007), para uma contextualização e análise dos avanços e problemas dessa terceira fase.

⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, 2004.

Assim, quanto aos problemas sócio-econômicos atuais ocorre que, quanto a uma das temáticas centrais do discurso político ocidental contemporâneo, a saber, o desafio da efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e do complexo de direitos fundamentais a ela inerentes⁷, os países do BRICS não só se encontram, mas também se desencontram. Encontram-se porque assumem discursivamente que os direitos humanos, civis e sociais, são o fundamento constitucional dos respectivos Estados. Porém, desencontram-se, tanto ao compreenderem e valorarem esses direitos com grau não desprezável de peculiaridades e distinções, quanto ao possuírem diferenças nas experiências concretas de tratativa jurisdicional e efetivação por políticas públicas desses direitos.

Assim, um outro complexo de dualidades, tratado como ponto de partida problemático e como variável de análise nessa tese, constitui-se a partir da tendência marcante do pensamento ocidental moderno, pautada na trivialização linguística generalizada de que o verdadeiro fundamento de legitimação e validade do Estado de Direito, e dos direitos humanos em particular, não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação

⁷ Fruto da cultura ocidental, a ideia de dignidade humana só vem a florescer, como veremos, na modernidade, em que pesem todas as contribuições anteriores. É a partir do pensamento de Immanuel Kant, que pensadores e juristas dos países que se mostram mais receptivos à noção e identificam as bases de sua fundamentação, bem como de sua conceituação (Cf. SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana. Por que a essência não chegou ao conceito?* Belo Horizonte: Mandamentos, 2011, p. 14-15). Não são raros no contexto europeu-brasileiro estudos consolidados por eminentes pensadores acerca da temática da dignidade humana como macro-direito, ou valor fundante do Estado de Direito. Por exemplo: na Alemanha, Häberle (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 89-152); na Itália Becchi (BECCHI, Paolo. *Kant diverso. Pena, natura, dignità*. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 2 et seq.); em Portugal, Miranda (MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. -. São Paulo: Quartier Latim, 2009, p. 167-176); e no Brasil, Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. -. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20-25), Silva (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 144-149), Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31 et seq.), Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeo, dez., 2010, p. 16-19), bem como Rocha (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*, Belo Horizonte, MG, n. 4, ano 1, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51781>>. Acesso em: 8 de março de 2016, p. 03 et seq.).

religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica como essência racional imutável.⁸ Se os Direitos Humanos são uma criação humana, significa, para o Ocidente, dizer que o seu fundamento não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais seriam secundárias (na leitura tendencialmente universalista desta secularização).⁹ Não obstante, não se pode olvidar a historicidade inerente à existencialidade dinâmica de culturas e identidades que conforma ontogeneticamente o sentido da dignidade e o próprio sentido da vida nas diferentes situações de mundo, a desaguar na complexidade cultural dos fenômenos de tratativa dos direitos fundamentais nas diferentes culturas constitucionais (em um sentido mais interculturalista da secularização ocidental).¹⁰

Soma-se nesse debate a por muitos alegada tendência do Ocidente a ser universalista.¹¹ Vocação que desagua historicamente na proclamação de direitos humanos como direitos universais, ainda que de origem ocidental. Ocorre que o modo como esse universal (se é que assim pode ser considerado)

⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (USP), 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2015, p. 08.

⁹ SARLET, 2010, p. 97. É certo que a concepção kantiana de dignidade humana merece e vem sendo atualizada em diversos aspectos. A despeito de constantemente se partir de Kant, o debate atual tem ultrapassado as ideias desse pensador. Para Paolo Becchi, por exemplo, um homem pode ser realmente lesado na sua dignidade todas as vezes que um comportamento externo é capaz de feri-lo no respeito que ele próprio tem de si, na medida em que haja intromissão no âmbito totalmente privado da auto-representação (BECCHI, 2010, p. 6). Destacam-se, ainda, as observações de Ingo Sarlet e Thiago Fensterseifer (SARLET, Ingo Wolfgang; Thiago Fensterseifer. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. MOLINARO; MEDEIROS; SARLET; FENSTERSEIFER. (orgs.) Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 180-181), que, temperando o excessivo caráter *apriorístico* da concepção kantiana, defendem haver uma lógica histórica nas dimensões da dignidade humana, as quais podem ser compreendidas a partir de uma perspectiva da transformação dos direitos humanos fundamentais, já que esses, em larga medida, simbolizam a própria materialização da dignidade humana em cada etapa histórica e em cada âmbito cultural.

¹⁰ Cf. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos direitos humano-fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: *Filosofia do Direito*. FARIAS; SOBREIRA FILHO; OLIVEIRA JR. (coords.) Filosofia do Direito. Florianópolis: FUNJAB, 2012, *passim*.

¹¹ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: Antropologia jurídica na modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

vem se realizando na particularidade e na singularidade de cada cultura e nacionalidade produz diferenciações de compreensão do que seja o complexo significacional norteador do Estado de Direito, em cada qual desses países, produzindo também compreensões e pesos diversos para o que seja a Dignidade da Pessoa Humana e seu papel no processo político-social. Ou seja, o *ser-aí* desse universal dos direitos humanos no mundo revela que o seu sentido efetivado na História (seu *em-si* e *para-si*) no momento presente é o de um projeto lançado pelo Ocidente e que, ao que se observa, somente pode legitimar-se se alcançar dialogalmente características interculturais superadoras da perspectiva meramente cosmopolita. No caso dos países do BRICS, compreender essas diferenças parece ser uma tarefa indispensável para que se possam compreender as potencialidades e as dificuldades desse bloco político internacional emergente.

A relevância de se pesquisar como a ideia de dignidade humana se configura em outras civilizações, que não a ocidental, advém, assim, além dos justificadores já apresentados, de dois fatores que se relacionam entre si: a) ser a dignidade humana uma noção *universalizante*¹², porém com existencialidade somente compreendida numa perspectiva cultural e conjectural-contextual¹³; e b) o objetivo de efetivação em escala global dos direitos humanos como desafio da comunidade internacional em um contexto interculturalista (sem descurar da possibilidade de sua manifestação patológica enquanto um discurso de justificação de práticas pós-coloniais¹⁴). Para que esse projeto universalizante tenha sustentação é imprescindível conhecer o modo como os povos emergentes compreendem o núcleo desses direitos (a dignidade) e o projeto próprio de expansão da efetividade desses direitos em suas respectivas relações sociais, bem como inquirir sobre o

¹² No sentido filosoficamente construído por François Julien, tal como analisado no tópico do primeiro capítulo especificamente dedicado a essa questão.

¹³ No sentido dado para os fenômenos sociais-culturais como eventualidades contextuais-conjecturais em Stuart Hall, *cf.* GOMÈZ I VENTURA, Ricard. La articulación contextual-coyuntural em Stuart Hall. *In: Cultura, Historia y Estado: pensadores em clave macrofilosófica.* MAYOS; GARCÍA; COELHO (eds.). Barcelona: La Busca, 2013.

¹⁴ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do jushumanismo ao jushumanismo crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, nº 2, p. 01-18, 2015.

caráter, ou poiético, ou autêntico,¹⁵ da assunção desse discurso nessas respectivas culturas constitucionais. Em outras palavras, é necessário saber se esse destaque concedido à pessoa humana, que faria dela fim de toda e qualquer instituição política, encontra de fato eco nessas civilizações; e de que modo esse ecoar repercute em suas realidades, estudadas a partir de uma ótica constitucionalista crítica.

Tendo em vista as insuficiências do discurso universalista dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito aos descompassos entre a globalização da economia e a globalização da justiça social¹⁶, a pesquisa tem como objeto a compreensão da forma como se deu a recepção da idéia ocidental de Dignidade pelas civilizações componentes do BRICS, principalmente no plano da linguagem constitucional. Portanto, quanto aos referenciais teórico-filosóficos, esta tese desenvolve-se na superação das perspectivas universalista abstrata e cosmopolitista-formal, em direção a uma abordagem interculturalista e macrofilosófica dos fenômenos relacionados à geopolítica e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, tratados nessa tese; bem como desenvolve-se no intento de superação das perspectivas formalista e positivista-abstrata do Direito, em direção a uma abordagem não-reducionista, interdisciplinar e concreta da experiência jurídica enquanto complexa junção de diferentes momentos da normatividade social, quanto à tratativa dos fenômenos constitucionais internos a cada país. Assim, esses referenciais permitem as testagens e cruzamento crítico de dados e informações, quanto aos diferentes âmbitos fenomênicos de conformação do objeto estudado. O desenvolvimento metodológico, tanto da configuração e dinâmica da ideia-força dignidade, quanto das diferenças e incrementos compreensivos que os referenciais adotados aportam, se encontra precipuamente na segunda parte do primeiro capítulo dessa tese.

¹⁵ No sentido que se pode construir para esse binômio de análise, a partir de Joaquim Carlos Salgado. Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, nº 2, p. 37-68, 1998.

¹⁶ SALGADO, 2004, p. 72.

Tendo em vista que os direitos são *o resultado da processualidade histórica da cultura*, ter-se-á as especificidades culturais de cada civilização componentes do BRICS como um contraponto construtivo do sentido específico que cada um desses Estados atribui à ideia de Dignidade. O lançar-se na processualidade histórica da formação da cultura constitucional em cada um desses países se fez, desta forma, duplamente importante. Primeiro, porque permitiu uma compreensão situada dos processos de modernização (se se quer: ocidentalização nomológica) desses países e uma consequente percepção do papel que jogam os direitos humano-fundamentais e a dignidade como um seu núcleo irradiador, nessas culturas constitucionais. Segundo, porque tal lançar-se permitiu uma comparação crítica capaz de incrementar as condições de autocrítica jusfilosófica da própria constitucionalidade brasileira, situação de mundo da qual parte esta autora. O desenvolvimento metodológico desse lançamento na formação da cultura constitucional de Rússia, Índia, China e Brasil se encontra nas respectivas partes primeiras dos capítulos segundo, terceiro, quarto e quinto dessa tese.

Na sequência metodológica das testagens, análises e reflexões desta tese, o ponto nevrálgico encontra-se justamente no exercício do contraste de três âmbitos da experiência constitucional. O primeiro desses âmbitos é justamente o nomológico. Quanto a ele, em cada respectivo capítulo, procedeu-se a uma descrição, já contextualizada, dos pontos de eclosão normativa da dignidade humana como categoria jurídica (tratada como princípio ou como direito fundamental) na constitucionalidade contemporânea dos países. O segundo âmbito estudado e contrastado foi, então, o da linguagem acadêmico-intelectual dos constitucionalistas nos e dos respectivos países. Assim, construiu-se e analisou-se criticamente uma amostra (que se pretendeu diversificada) da produção intelectual na Rússia, Índia, China e Brasil, acerca do tema da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos a ela relacionados, no plano do debate constitucional. O terceiro âmbito do cruzamento crítico realizado consistiu na abordagem de experiências concretas de efetivação dos direitos derivados do macro-princípio da dignidade. Quanto a esse âmbito, pesquisou-se a partir da seleção de duas

importantes e representativamente significativas minorias, cujas realidades embasaram *estudos de casos* em cada qual dos países, com foco na avaliação do estado de coisas quanto a efetiva proteção e transformação social frente aos direitos humano-fundamentais de tais grupos sociais, quais sejam: minoria de gênero (especificamente a situação da mulher) e minorias étnicas. O desenvolvimento metodológico desse cruzamento crítico de âmbitos fenomênicos se encontra nas partes segundas e terceiras dos respectivos capítulos segundo, terceiro, quarto e quinto da tese.

Os direitos do homem, bastião máximo dos valores ocidentais, os quais, dentro do imaginário civilizacional que os produziu, se apresentam como realizações universais, relativizam-se diante de perspectivas culturais construídas sob categorias e valores radicalmente diversos e sob um passivo de desigualdade social historicamente maior.¹⁷ Contudo, deve-se ter em mente que o reconhecimento do caráter multicultural da pluralidade e diversidade no mundo atual não pode resultar, a pretexto de se respeitar a alteridade, numa relativização total e absoluta dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁸, restando aí uma outra balança de análise ponderada na tese.

Norbert Rouland propõe a proscrição de duas atitudes por ele vistas como extremas. Interpretamos que a primeira consiste em simplesmente se renunciar à noção ocidental de direitos do homem em vista de sua modernidade e de seu caráter relativo (relativismo constitucional radical); a segunda é a transformação de tal noção no padrão universal de medida dos direitos do homem em outras culturas (universalismo constitucional abstrato). Segundo o autor, aquela atitude deveria ser afastada em virtude dos diversos acontecimentos ocorridos recentemente, tanto na Europa como em outros lugares, que mostraram com evidência que a noção ocidental de

¹⁷ Cf. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 34, n. 1, jan./jun. 2010, p. 99-115.

¹⁸ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismo: a plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. *Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação*, Brasília, 2010, *passim*.

direitos humanos pode ser um instrumento hábil na luta por libertação, empoderamento e emancipação de povos e de grupos sociais. Já a segunda atitude não deveria ser sustentada pelo fato de outras culturas terem inventado outros mecanismos de proteção e de construção de linguagens de reconhecimento e redistribuição, diferentes dos desenvolvidos pelo Ocidente, mas não necessariamente piores, bem como em razão de que uma postura realmente condizente com a dignidade pensada na superação do cosmopolitismo-formalista, não pode construir-se a partir de práticas de imposição (ainda que por cooptação) *top to down*.¹⁹

O caminho, então, nos parece ser o de re-significar, numa perspectiva dialogal e intercultural, o conceito de dignidade humana e direitos humanos, de modo a dotar-lhes de abertura para a identificação das outras culturas²⁰, enquanto autêntico macro-fundamento do convívio no mundo contemporâneo. E, nesse significar, deve ser prioridade dotar de efetividade as promessas de vida digna que invadem prodigamente as Constituições atuais, muitas vezes de forma vã.

O estudo comparado aqui desenvolvido proporcionou como resultado uma melhor compreensão dos complexos político-social e institucional dos povos estrangeiros hoje identificados com o Brasil na condição de maiores economias mundiais emergentes.

Há inequívoca demanda, no Ocidente e especialmente no Brasil, por fontes de referência acerca dos marcos institucionais de parceiros internacionais pertencentes a civilizações distintas, tais como China, Índia, Rússia e África do Sul. Os BRICS apresentam peso político e econômico

¹⁹ ROULAND, 2008, p. 271

²⁰ Adota-se aqui a distinção, muitas vezes negligenciada, entre os termos *cultura* e *civilização*. Enquanto *civilização* alberga a noção de sofisticação e de complexidade social, em contraste com formas sociais rudimentares, quando se está a tratar de *cultura* tal seletividade não ocorre. Tem-se, por exemplo, que, assim como o conjunto de atributos e produtos da sociedade parisiense compõem uma determinada cultura, o conjunto de atributos e produtos de uma tribo indígena amazônica, grupo organizado sob forma social rudimentar, também são aptos a comporem uma cultura. (cf. HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, SP, ano 58, n. 233, jul./dez. 2009, p. 235-264).

consideráveis na atual conjuntura internacional. A fluidez do diálogo e o desenvolvimento da cooperação não podem prescindir de um conhecimento das realidades culturais e constitucionais com as quais se está a tratar.

Outra demanda existente e altamente relevante (porém, infelizmente pouco explicitada pelas institucionalidades e mesmo pela intelectualidade brasileiras e europeias) diz respeito ao contraste crítico aqui construído entre o plano do discurso nomológico e o plano da vivência efetiva de direitos fundamentais nos estudos comparados. Já falamos acima da dupla funcionalidade dessa estratégia de estudo, mas cabe reforçar a sua potencialidade para funcionar como instrumento de autocrítica (no caso dessa autora, notadamente quanto à intelectualidade brasileira que se dedica ao Direito Constitucional).

Assim sendo, quanto ao contributo da tese ao estado da arte, em nosso entender, a pesquisa efetivamente realiza um incremento importante, inovador e necessário ao estado da arte dos debates em Direito Comparado e em Direito Constitucional Comparado, pois, primeiramente, realiza um mapeamento, sistematizante, do horizonte de significado de cada país a respeito da dignidade humana enquanto direito. No atual debate metodológico do Direito Comparado (e mesmo no caso do Direito Constitucional Comparado), tal designo ainda que contestado por alguns autores, não deixa de ser considerado como necessário e indispensável. Não há dúvidas de que mesmo os autores mais renomados do Direito Comparado, muitos deles citados nessa tese (tais como René David, Eric Agostin, Mario Losano, e Dário Vicente), param numa abordagem mais “clássica” da disciplina sem qualquer aprofundamento na temática da configuração e detalhamento nomológico dos direitos fundamentais nestas ordens constitucionais. A pesquisa, ademais, avança porque responde aos anseios dos atuais debates críticos em Direito Comparado, notadamente quanto a necessidade de uma comparação dialogal e diatópica. O trabalho, como se verá em seu desenvolvimento, não se restringiu à literatura europeia e foi ao encontro da produção jurídico-constitucional dos próprios países analisados (e da ótica dos juristas dos próprios países, acerca de suas respectivas tradições constitucionais), ainda

que enfrentando as dificuldades decorrentes das barreiras linguísticas, tendo em vista a diversidade desafiadora das matrizes analisadas. Ademais, como se viu, estudou-se o grau de efetividade do respeito à dignidade humana como Direito, descendo-se aos meandros das políticas públicas específicas em cada país, ainda que com as limitações impostas pela seleção dos estudos de caso.

A hipótese de trabalho inicialmente submetida à *testagem*, quando do início das investigações dessa tese há quatro anos, diz respeito à afirmação provisória de que a ideia de dignidade possui sentidos muito diversos em cada qual desses países, em razão do lugar cultural-civilizacional de cada qual deles²¹; possuindo, também diferença significativa de peso e alcance como ideia-força estruturadora da ordem político-jurídica em cada qual desses países. Como hipótese secundária da tese, propusemos que há também diferentes graus de realização da ideia de dignidade da pessoa humana, em cada um dos países do BRICS, no que tange aos diferentes planos da experiência sócio-cultural, desde o discurso jurídico oficial (constitucional e infraconstitucional), passando pelos discursos acadêmicos, até a *práxis* social cotidiana.²² Concluídas as pesquisas, e realizadas as testagens dessas

²¹ Ao assim fazer, o que tem consequências definitivas para a construção do modelo comparativo aqui utilizado, nós nos filiamos à perspectiva culturalista dos debates metodológicos internos à disciplina do Direito Comparado. Tal perspectiva, nas palavras de seu principal expoente, Pierre Legrand, nega o reducionismo funcional ao qual por vezes o Direito Comparado se vê sujeito, reabilitando o papel da facticidade e das singularidades, ao afirmar a diferença radical entre “comparativista” e “direito estrangeiro” e a necessidade de se avançar por uma lógica de desconstrução e reconstrução, isto é, que se valoriza a vigilância, o escrutínio e audácia enquanto virtudes investigativas, em contraste à padronização e instrumentalização do Direito. (LEGRAND, Pierre. Negative Comparative Law. *Journal of Comparative Law*, v. 10, n. 2, p. 405-454, s./a.).

²² Igualmente, no início da pesquisa, a proposta metodológica de testagem se delineava nos seguintes termos: a análise e interpretação das Constituições desses países será o ponto de partida para se traçar um panorama do peso dignidade humana como ideia-força em cada um dos Estados do BRICS. O segundo percurso metodológico consistirá em compreender de que forma desse discurso institucional, estruturado sobretudo na linguagem do Direito, interage com as matrizes culturais tradicionais de cada um desses Estados, o que será realizado notadamente pelo entrecruzamento do discurso institucional com a linguagem da Religião, da Cultura e da Filosofia, em cada qual desses países. Não passa despercebido o alerta feito por Mario Losano de que “o contraste entre direito vigente e direito vivo, *law in the books* e *law in action*, é uma das principais dificuldades que o comparatista encontra quando trata dos grandes sistemas jurídicos modernos”. (LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 544-545). Assim, é necessário estar atento a eventuais disparidades entre o discurso constante em textos oficiais e as *práxis* sociais reais que de fato exercem o papel regulador das sociedades estudadas, pois, como se sabe, o fenômeno normativo-axiológico é bem mais amplo e complexo que um mero saber operativo de descrição da norma vigente. Cabe, por óbvio, registrar, conforme

hipóteses, podemos, de tudo o exposto nesta introdução e detalhado nas conclusões, sintetizar a tese, agora atualizada, nos seguintes termos: *i)* Os BRICS tem uma motivação originária econômica, mas os termos em que a conversação do grupo se desenvolveu nos seus primeiros oito anos (2009-2016) denota um caminho singular de cooperação internacional e para além do plano econômico, de modo que as questões relacionadas ao desenvolvimento humano e promoção da dignidade humana passaram a fazer parte dos diálogos e atividades do Bloco; *ii)* Possui o BRICS um potencial para ser uma alternativa crítica e contra-hegemônica ao modelo de padronização de estratégias de desenvolvimento, com uma possibilidade, a partir da efetiva assunção dessa postura pelo bloco, para se tratar a sério, para além, do mero discurso, as temáticas jushumanitárias; *iii)* Na conversação entre os BRICS, ainda que as tradições culturais entre esses países sejam diversas e díspares, é possível e se está efetivando um diálogo, com bom nível de entendimento, acerca das temáticas envolvendo o complexo de direitos garantidores da dignidade humana (aqui há uma correção clara, a partir dos resultados alcançados, em relação à hipótese inicial); *iv)* A capacidade de entendimento entre esses países sobre as questões envolvendo direitos humanos e dignidade da pessoa humana não exclui, porém, a constatação de sentidos peculiares e singulares que essas categorias jurídico-constitucionais assumem frente às especificidades da cultura e da experiência constitucional de cada um desses países; *v)* Tais especificidades, advindas notadamente das diferentes tradições e experiências de modernização globalizante, exigem, para sua compreensão e tratamento adequado, uma superação dialética da estrutura conceitual cosmopolita de dignidade, de inspiração kantiana, em direção a aborgagens capazes de lidar, notadamente através de lógicas de reconhecimento, com a interculturalidade e o respeito às culturas, na tratativa da dignidade em sede de conversação internacional; *vi)* A essa perspectiva interculturalista da dignidade, deve somar-se uma postura crítica de tratativa da temática, capaz de diferenciar discursos e tratativas meramente poéticas, utilitaristas ou

exposto nessa introdução, que o modelo metodológico finalmente empregado contou com aprimoramentos nessa proposta inicial.

espetaculosas²³ da temática da dignidade por parte dos países, daquelas abordagens e *práxis* jurídico-constitucionais realmente voltadas para a realização em sério dos direitos relativos à vida digna, de forma capilarizada e inclusiva; *vii*) A realização da testagem pelo cruzamento crítico dos âmbitos do discurso nomológico-institucional, da linguagem acadêmico-constitucionalista e da *práxis* aferida por estudos de casos específicos revelou uma forte disparidade entre o que se declara nesses países como direitos devivados da dignidade como categoria constitucional nuclear, e o que de fato se consegue efetivar na vida social acerca de tais direitos; *viii*) Verificou-se que há motivos comuns a Brasil, Rússia, Índia e China para esses hiatos entre declaração e efetividade, mas que, ao mesmo tempo, há em cada um deles, em razão das especificidades de suas tradições e culturas constitucionais, razões peculiares e singulares a cada um para esses hiatos entre esses planos da experiências constitucional em relação à dignidade da pessoa humana (essas peculiaridades estão detalhadas no desenvolvimento da tese e sintetizadas nas conclusões, com suas respectivas consequências).

Por fim, algumas advertências, ainda que já evidenciadas por inferência de todo o exposto acima, precisam ser reforçadas.

Primeiramente, esta tese não é uma tese em Filosofia, mas também não é uma investigação estritamente em Direito Constitucional ou Direito Internacional. É uma tese desenvolvida no campo investigativo interdisciplinar da “Cidadania e Direitos Humanos”, área do Programa de Pós-Graduação ao qual se vincula. Assim, buscou produzir ilações interdisciplinares retroalimentadoras e aprofundadoras do debate, entre os campos da Filosofia Política, da Filosofia do Direito, da História, do Direito Constitucional, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Do ponto de vista de sua identidade epistêmica, consideramos que esta tese se desenvolve

²³ No sentido condizente com o conceito de “sociedade do espetáculo” de Gui Debord. (Cf. DEBORD, Gui. *A Sociedade do Espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 1997). Uma interessante digressão do conceito para o campo do Direito pode ser encontrada na análise de Marçal Justen Filho. (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas* Aragão, Alexandre; Marques Neto, Floriano (org.). Belo Horizonte: Forum, 2008, p.65-85.

em um estilo investigativo que chamamos de *estudos constitucionais comparados de caráter jusfilosófico*.

Quanto ao estilo de registro das citações e referências bibliográficas desta tese, informamos que utilizamos o sistema de notas em rodapé, combinado com o sistema autor-data, ambos previstos no internacionalmente conhecido *Chicago Manual of Style*²⁴, em nosso caso, da seguinte forma: na primeira citação de uma obra, informa-se em nota a referência completa; nas demais a referência continua em nota, mas com o registro em autor-data. Isto, visando, ao mesmo tempo, permitir rápido acesso às informações sobre as obras citadas, sem carregar demasiadamente a fluidez da leitura.

Outra advertência é que desde o início a pesquisa enfrentou conscientemente o desafio da amplitude do tema-problema investigado e dos riscos de uma derivação panorâmica das análises. Entretanto, com as amarrações metodológicas construídas, entendemos que a pretensão das ilações macrocomparativas desenvolvidas converteu-se de um possível ponto fraco (notadamente quando encarada sob o olhar reducionista e hiperespecializante), justamente no ponto forte e diferenciador da tese. A perspectiva macrofilosófica proposta junto ao Grupo de Pesquisa da Universidade de Barcelona ao qual se vincula o supervisor e a autora do trabalho serviu de norte encorajador do intento, mas ao mesmo tempo estruturador das condições de realizá-lo com o rigor que uma tese exige. Assim, essa tese enfrentou sim “palavras-mundo” e “realidades-mundo”²⁵, hipercomplexas, globais, e concomitantemente dotadas de um emaranhado de nuances locais. Onde alguns poderiam ver fraqueza do trabalho, vemos sua força e potencial importância.

²⁴ UNIVERSITY OF CHICAGO. *Chicago Manual of Style*. Disponível em: <http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

²⁵ MAYOS SOLSONA, Gonçal. Prólogo. In: *Cultura, Historia y Estado: pensadores em clave macrofilosófica*. MAYOS; GARCÍA; COELHO. (eds.) Barcelona: La Busca, 2013.

1. OS TERMOS DO BINÔMIO: OS BRICS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 A FORMAÇÃO DOS BRICS COMO “ALIANÇA GEOPOLÍTICA”: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DAS DIRETRIZES DO BLOCO A PARTIR DAS DECLARAÇÕES CONJUNTAS EMITIDAS ENTRE 2009 E 2016.

Com criação oficial iniciada em junho de 2009, na chamada cúpula de Ecaterimburgo, os BRICS: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (incluído posteriormente) formam o grupo dos países emergentes, ou seja, de desenvolvimento tardio. A união entre esses países pode ser considerada como um diálogo entre grandes potências que tem uma capacidade de desenvolvimento muito maior do que os demais, mas que, no entanto, ainda possuem graves problemas internos, notadamente de desigualdade social e de infraestrutura que tais potências emergentes buscam superar.

Curiosamente a nomenclatura BRICS surgiu por primeira vez em uma sala de reuniões onde se desenvolvia um estudo econômico que buscou prever o cenário econômico dos países que tinham o maior potencial de desenvolvimento. O líder deste estudo, o economista Jim O’Neill, funcionário do banco Goldman Sachs, projetou em seus estudos quais seriam as grandes potências que despontariam no séc. XXI. Isso ocorreu em 2001, porém em 2009 os próprios países começaram a buscar um maior acercamento para poderem estreitar as relações, a princípio eminentemente provenientes de estratégias econômicas.²⁶

Em 2011, após superada uma primeira reação, calcada em especulações a respeito de possíveis grupos concorrentes aos postos de destaque no cenário internacional vindouro, e em meio a uma segunda fase marcada pelo ceticismo intelectual, por um lado, e a adoção de estratégias preventivas de consolidação de acordos bilaterais entre Estados Unidos e

²⁶ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/sobre-o-brics/informacao-sobre-o-brics>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

União Europeia e países individualmente abordados dos BRICS, em uma lógica de *divide et impera*, por outro, o próprio Jim O'Neill voltando ao fenômeno por ele mesmo vislumbrado quase uma década antes declarará seu espanto para com os desenvolvimentos e densificações das relações entre os Estados-membros.

A realidade dessas relações de cooperação resultou em uma agenda que a cada dia se torna mais concreta e faz com que aumente a interação entre os países.

O processo de formação do bloco se deu sobretudo por meio da realização de encontros conjuntos entre os países. Desde o ano de 2009, são realizadas Cúpulas anualmente, e a cada ano em um dos BRICS. Até o presente ano foram realizadas oito Cúpulas, quais sejam: 1ª Cúpula do BRICS ocorrida em Ecatimburgo- Rússia no ano de 2009; 2ª Cúpula BRICS que aconteceu em Brasília capital federal do Brasil em 2010; 3ª Cúpula BRICS que teve sede em Sanya na China em 2011; 4ª Cúpula BRICS, ocorrida na capital da Índia, na cidade de Nova Déli no ano de 2012; 5ª Cúpula BRICS, em Durban, na África do Sul em 2013; 6ª Cúpula BRICS, na cidade de Fortaleza no Brasil, em 2014; 7ª Cúpula BRICS que teve sede na cidade de Ufa na Rússia, no ano de 2015; e a 8ª Cúpula BRICS, que ocorreu na Índia em 2016.

A retórica performática das Declarações e a ausência de estruturas normativas próprias do BRICS (Tratados e outros instrumentos do gênero) podem levar, em uma leitura apressada, a interpretar as Declarações Conjuntas produzidas a cada Cúpula como meros instrumentos de uma ilusão geopolítica voltada para cercar de legitimidade os anseios hegemônicos dos membros mais agressivos do grupo. Entretanto, em razão da ostensiva publicidade, acompanhada de notável articulação organizacional, diferenciando-se em uma série de fóruns de debate e encontros interministeriais, acarretando significativos gastos orçamentários e mobilização social para governos de Estados imersos em dificuldades de cunho socioeconômico, difícil acreditar que semelhante encenação passasse incólume perante as opiniões públicas nacionais.

Nesse contexto, as Declarações aparecem como fonte relevante de análise, ao centralizarem os esforços do grupo, em um misto de enunciações tanto programáticas quanto retrospectivas, ao mesmo tempo em que promovem uma particular e distinta versão do que se pretende para o futuro da ordem internacional. Em suma, consistem elas num momento de reflexão sobre as ideias-força norteadoras do BRICS. Ademais, tais documentos configuram o registro das principais atuações e posturas conjuntas seja intra-BRICS, seja em contribuição e interação com os temas em voga da esfera pública internacional, seja em relação a demais países, de maneira pontual. Em outras palavras, é momento de expressão pública em que o BRICS se faz aparecer tanto para si como para o restante do mundo.

Assim, analisaremos as Declarações Conjuntas, de acordo com a divisão em Ciclos, correspondente à realização de uma Cúpula em cada País do Grupo. Assim, as Cúpulas de 2009 a 2013 fazem parte do primeiro Ciclo, já as Cúpulas de 2014 a 2016 correspondem ao segundo Ciclo. Importante destacar que, o segundo Ciclo não foi finalizado, restando serem realizadas as Cúpulas referentes aos anos de 2017 e 2018 para seu encerramento.

As Declarações Conjuntas, elaboradas pelos países do BRICS a cada Cúpula consistem em importantes documentos para a análise crítica do discurso elaborado pelo Bloco.

1.1.1 Análise das Declarações Conjuntas do primeiro ciclo das cúpulas do BRICS: 2009-2013

A 1ª Cúpula do BRICs ocorreu no dia 16 de junho de 2009 na Rússia e participaram Luiz Inácio Lula da Silva representando o Brasil, o anfitrião da Cúpula Dmitry Medvedev da Rússia, Manmohan Singh da Índia e Hu Jintao líder da China. A Cúpula teve seu primeiro encontro oficial com a formação original, ou seja, Brasil, Rússia, Índia e China, o acrônimo BRICs ainda tem seu “s” minúsculo e somente será mudado na 3ª Cúpula, com a inclusão oficial da África do Sul.

Como resultado desse primeiro encontro oficial, além de várias discussões sobre temas, tais como, a participação em organismos internacionais, o comércio internacional, a crise econômica que começou em 2008, foi redigido um documento²⁷ no qual chegaram a conclusões importantes para dar continuidade ao plano de cooperação.

Com efeito, um dos aportes desse primeiro documento foi referente à situação do Bloco na economia no cenário global e a importância de se buscar uma maior estabilidade do sistema monetário desses países, além de uma maior representatividade nas instituições financeiras internacionais, posto que o desenvolvimento econômico desses países deve refletir, por conseguinte, em nível de representatividade:

3. Estamos comprometidos com o avanço da reforma das instituições financeiras internacionais, de forma a refletir as transformações da economia mundial. As economias emergentes e em desenvolvimento devem ter maior peso e representação nas instituições financeiras internacionais, cujos diretores e executivos devem ser indicados por intermédio de processo aberto, transparente e com base no mérito. Acreditamos, também, na necessidade de um sistema monetário estável, confiável e mais diversificado.²⁸

Dentre os assuntos abordados nas conclusões da 1ª Cúpula BRICs, alguns temas de preocupação internacional estão presentes. O dever da comunidade internacional buscar um modo de minimizar os efeitos da crise é um deles, mas não se limita a “tempos de crise” e economia e mercado, a implementação do conceito de “Desenvolvimento Sustentável” passou a ser

²⁷ Cf. BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. I Cúpula: Declaração Conjunta (2009). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/73-primeiro-declaracao>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

²⁸ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Outro tema importante mencionado no documento produzido na 1ª Cúpula refere-se à necessidade de uma reforma econômica que deve obedecer a alguns princípios: “4. Estamos convencidos de que a reforma da arquitetura financeira e econômica deve basear-se, inter alia, nos seguintes princípios: processo decisório e de implementação democrático e transparente no âmbito das organizações financeiras internacionais; sólida base legal; compatibilidade entre as ações de instituições regulatórias nacionais eficazes e de organismos internacionais de regulamentação; fortalecimento do gerenciamento de risco e das práticas de supervisionamento.

um dos objetivos assumidos (pelo menos retoricamente) por cada um dos países BRICs.²⁹

Constou também a primeira menção referente à ajudas e cooperações no âmbito social e humanitário:

10. Reafirmamos o compromisso de aumentar a cooperação entre nossos países em áreas de interesse social e de fortalecer os esforços para prestar assistência humanitária internacional e reduzir os riscos de desastres naturais. Tomamos nota da declaração sobre segurança alimentar global lançada hoje como uma grande contribuição dos países do BRIC aos esforços multilaterais para criar as condições sustentáveis para este objetivo.³⁰

A 2ª Cúpula BRICs, ocorreu nos dias 15 e 16 de abril de 2010, em Brasília. Neste encontro estavam presentes todos os líderes dos países, os mesmos do ano anterior, bem como, o líder da África do Sul que acompanhou os trabalhos da 2ª Cúpula, apesar de seu ingresso à época ainda não estar oficializado o que somente teve seu turno no ano seguinte.

Com relação ao documento produzido na Cúpula anterior, podemos notar alguns avanços para além das questões de mercado e economia internacional. Isso se expressa, por exemplo, no seguinte trecho do documento:

8. Estamos convencidos de que as economias emergentes e os países em desenvolvimento têm o potencial de desempenhar um papel ainda maior e mais ativo como motor de crescimento econômico e de prosperidade, e de comprometer-se a trabalhar em conjunto com outros países para reduzir os desequilíbrios no desenvolvimento econômico global e promover inclusão social.³¹

A intensificação da colaboração do Bloco pode ser notada com a proposta de cooperação referente à Agricultura familiar e buscando garantir uma maior segurança alimentar entre os membros:

²⁹ A efetivação do “Desenvolvimento Sustentável” abarca alguns documentos e declarações, tais como, a Declaração Rio +20, a Agenda para o Século XXI e os acordos multilaterais sobre meio-ambiente.

³⁰BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/74-segunda-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

³¹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010).

17. Manifestamos a nossa satisfação com a Reunião de Ministros da Agricultura e de Desenvolvimento Agrário, em Moscou, onde discutiram maneiras de promover a cooperação quadripartite, com especial atenção à agricultura familiar. Estamos convencidos de que isso irá contribuir para a produção global de alimentos e para a segurança alimentar. Congratulamo-nos com a sua decisão de criar um sistema de base de dados agrícolas dos países BRIC, de desenvolver uma estratégia para garantir o acesso aos alimentos para as populações mais vulneráveis, de reduzir o impacto negativo da mudança do clima na segurança alimentar e reforçar a cooperação em agricultura, tecnologia e inovação.³²

Podemos inferir que, a concretização dessa política voltada para a alimentação básica pode não somente atingir as populações mais vulneráveis, como também diminuir a fome que ainda faz parte do cenário interno de alguns países em desenvolvimento³³.

O combate à pobreza é outro desafio apresentado pelo Bloco, a ser enfrentado não somente pelos BRICs, mas também por toda a comunidade internacional. No documento da II Cúpula fica clara a intensão de colorar esse problema em destaque:

18. Instamos a comunidade internacional a fazer todos os esforços necessários para combater a pobreza, a exclusão social e a desigualdade, tendo em conta as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos, pequenas ilhas e países africanos. Apoiamos a cooperação técnica e financeira como forma de contribuir para a consecução do desenvolvimento social sustentável, com proteção social, pleno emprego e políticas e programas de trabalho digno, dando especial atenção aos grupos mais vulneráveis, como os pobres, as mulheres, os jovens, os migrantes e as pessoas com deficiência.³⁴

Mister apontar que o plano de cooperação que apoie políticas públicas e fomento de programas que visem a garantia de um trabalho digno e de atenção às minorias, citado no Documento como ação a ser construída, pode ser, quiçá a médio prazo, uma das contribuições que os BRICS podem fazer dentro do próprio grupo, de grande valia no que diz respeito a promoção da prosperidade, um dos desafios propostos pelo Bloco.

³² BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010).

³³ A análise referente a esse tema terá seu lugar nos capítulos específicos destinados a cada país componente dos BRICS, analisados nesta tese, que tenham esse problema como um reto a ser superado.

³⁴ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010).

No sentido de buscar maior concretização da união dos países emergentes, se propôs, na parte final do documento, manifestações como "a publicação conjunta de nossas respectivas instituições estatísticas nacionais [...]; [e] um estudo de viabilidade para o desenvolvimento de uma enciclopédia comum BRIC".³⁵

A III Cúpula BRICS foi promovida no dia 14 de abril de 2011, em Sanya, China. Estiveram presentes os líderes das cinco potências emergentes, dessa vez o anfitrião foi Hu Jintao Presidente da República popular da China, Jacob Zuma, Presidente da África do Sul³⁶ e Dilma Rousseff, Presidente do Brasil. Os líderes da Rússia e da Índia continuaram os mesmos.

Tendo por tema “Visão ampla, Prosperidade compartilhada”, a III Cúpula trouxe algumas metas importantes para o fortalecimento da interação entre os BRICS. Podemos verificar essa intenção no presente trecho:

O século XXI deve ser marcado pela paz, harmonia, cooperação e desenvolvimento científico. [...] conduzimos discussões francas e aprofundadas, alcançando abrangente consenso sobre o fortalecimento da cooperação no BRICS, bem como sobre a promoção da coordenação em questões internacionais e regionais de interesse comum.³⁷

Nesta Cúpula, um mote importante do discurso elaborado pelo Bloco expressou-se pelo seguinte objetivo: “[...] contribuir para o desenvolvimento da humanidade e para o estabelecimento de um mundo mais justo e equânime”. Para tal, propõe-se uma maior interação e cooperação dentro do grupo, de modo a estarem “determinados a reforçar a parceria BRICS para o desenvolvimento comum e avançar, de forma gradual e pragmática, na cooperação intra-bloco”.³⁸

Ademais, o documento da III Cúpula também traz como elemento caracterizador do Bloco a ideia de primar pelo respeito às “normas

³⁵ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010).

³⁶ A África do Sul teve sua primeira participação oficial como membro dos BRICS.

³⁷ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/75-terceira-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

³⁸ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011).

universalmente reconhecidas pelo direito internacional”, que tenham por objetivo proporcionar dentre outros pontos o estímulo das boas práticas de relações internacionais como meio para alcançar resultados concretos no âmbito internacional:

Com base em normas universalmente reconhecidas pelo direito internacional e com espírito de respeito mútuo e decisão coletiva, a governança econômica global deve ser reforçada, a democracia nas relações internacionais deve ser estimulada, e a voz dos países emergentes e em desenvolvimento deve ganhar maior ressonância nas relações internacionais.³⁹

Reitera-se o apoio ao “desenvolvimento e o uso de recursos energéticos renováveis”, bem como a importância “da cooperação e do intercâmbio de informações na área do desenvolvimento de fontes de energias renováveis”.⁴⁰

O “desenvolvimento Sustentável” continuou sendo um importante tema no diálogo de cooperação entre os BRICS, e a ideia de crescimento e desenvolvimento como condição fundamental para erradicar a pobreza, é apresentado, a nosso ver, como uma ideia-força estruturadora das propostas do Bloco:

20. Acelerar o crescimento sustentável dos países em desenvolvimento é um dos principais desafios para o mundo. Acreditamos que o crescimento e o desenvolvimento são fundamentais para enfrentar a pobreza e alcançar as Metas de Desenvolvimento do Milênio. Erradicar a pobreza extrema e a fome é um imperativo moral, social, político e econômico da humanidade e um dos maiores desafios globais que o mundo enfrenta hoje, especialmente os países de menor desenvolvimento relativo na África e em outros continentes.⁴¹

Neste documento resultante da III Cúpula há sinalizações de compromissos no âmbito da proteção social quando, por exemplo, enfatiza-se o objetivo de “[...] reforçar o diálogo e a cooperação nos domínios da proteção

³⁹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011).

⁴⁰ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011). Além das energias renováveis, o BRICS aponta como meta: “ A energia nuclear deverá a ser elemento importante na composição da matriz energética dos países do BRICS. A cooperação internacional no desenvolvimento seguro da energia nuclear para fins pacíficos deve ter continuidade em condições de estrita observância dos pertinentes requisitos e padrões no que se refere ao projeto, construção e operação de usinas nucleares”.

⁴¹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011).

social, trabalho decente, igualdade de gênero, juventude e saúde pública, incluindo a luta contra o HIV / AIDS”.

Ao final do documento, o Bloco propõe a elaboração de um “Plano de Ação”, com o intuito de consolidar a cooperação dentro do BRICS, estabelecendo-se como desafio o desenvolvimento de uma “agenda própria”, com o objetivo de dar maior solidez as interações entre os países.⁴²

A IV Cúpula dos BRICS, aconteceu em Nova Déli, capital da Índia, no dia 29 de março de 2012. O tema daquele ano foi "BRICS Parceria para a Estabilidade Global, Segurança e Prosperidade". As parcerias pensadas para desenvolvimento comum e de cooperação dentro do bloco, alicerçados na “solidariedade, cooperação, compreensão e confiança mútuas”, marcaram os debates.⁴³

O discurso produzido na Declaração Conjunta da IV Cúpula enfatizou o potencial dos diálogos e da cooperação intra-BRICS, que “representam 43% da população do mundo, para a promoção da paz, segurança e desenvolvimento em um mundo multipolar, interdependente e cada vez mais complexo e globalizado”. O Bloco defende que a riqueza e diversidade culturais de dimensões transcontinentais presente nos países componentes se traduz em uma maior valia em termos de bloco econômico e de relações internacionais.⁴⁴ Os BRICS, então marcam uma posição no sentido da construção de um reequilíbrio Norte-Sul e Oriente-Occidente, no entendimento global.

⁴² BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011). Tal como, dispõe o documento da III Cúpula do BRICS: “27. Analisamos os progressos da cooperação no BRICS em vários campos e compartilhamos a percepção de que essa cooperação tem sido enriquecedora e mutuamente benéfica e que há um vasto campo para o estreitamento da cooperação no âmbito do BRICS. Estamos concentrados na consolidação da cooperação intra-BRICS e no desenvolvimento de uma agenda própria. Estamos determinados a traduzir nossa visão política em ações concretas e endossamos o Plano de Ação em anexo, que servirá como base para a cooperação futura. Revisaremos a implementação do Plano de Ação durante nossa próxima Reunião de Cúpula”.

⁴³ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/76-quarta-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

⁴⁴ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012).

Como não poderia deixar de ser, frente aos efeitos das crises financeiras Americana e Europeia um dos temas mais importantes tratado nessa Cúpula foi o de ressaltar a relevância de estabelecer um sistema monetário internacional equilibrado e justo e com maior representatividade por parte dos países em desenvolvimento, tal como destaca o seguinte trecho da Declaração Conjunta:

8. Reconhecemos a importância da arquitetura financeira global para a manutenção da estabilidade e da integridade do sistema monetário e financeiro internacional. Em consequência, demandamos uma arquitetura financeira mais representativa, com a ampliação da voz e da representação de países em desenvolvimento e o estabelecimento de um sistema monetário internacional justo e aprimorado, que possa atender o interesse de todos os países e apoiar o desenvolvimento de economias emergentes e em desenvolvimento. Essas economias têm apresentado um expressivo crescimento, contribuindo de forma significativa para a recuperação da economia global.⁴⁵

O projeto de maior impacto trazido pelos BRICS nessa Cúpula foi a proposta de criação de um Banco de Desenvolvimento do BRICS, que seria voltado eminentemente para o “Desenvolvimento Sustentável” e para fomento de Projetos de infraestrutura para países em desenvolvimento:

13. Consideramos a possibilidade de estabelecimento de um novo Banco de Desenvolvimento voltado para a mobilização de recursos para projetos de infra-estrutura e de desenvolvimento sustentável em países do BRICS e em outras economias emergentes e países em desenvolvimento, com vistas a suplementar os esforços correntes de instituições financeiras multilaterais e regionais de promoção do crescimento e do desenvolvimento internacionais. Instruímos nossos Ministros de Finanças a examinar a viabilidade e possibilidade de implementação dessa iniciativa e a estabelecer um grupo de trabalho conjunto para realizar os estudos necessários e reportá-los na próxima Cúpula.⁴⁶

O “Desenvolvimento Sustentável” e o Combate à Fome tanto para as presentes gerações quanto para as gerações vindouras dos países de desenvolvimento tardio, foram dois pontos de destaque na reafirmação dos compromissos assumidos pelo Bloco:

28. A aceleração do crescimento e desenvolvimento sustentável, em conjunto com segurança alimentar e energética, encontram-se entre

⁴⁵ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012).

⁴⁶ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012).

os desafios mais importantes da atualidade e são centrais para o tratamento do desenvolvimento econômico, erradicação da pobreza, combate à fome e desnutrição em muitos países em desenvolvimento. Faz-se premente a criação de empregos necessários à melhoria dos níveis de vida. O desenvolvimento sustentável é também um elemento-chave de nossa agenda para a recuperação global e investimentos para estimular o crescimento futuro. Temos essa responsabilidade para com nossas futuras gerações.⁴⁷

Nesse contexto de equilíbrio Sustentável, um tema que passou a ter espaço nas discussões foram o da “ Economia Verde”, o da Erradicação da Pobreza e o da Organização Institucional para promoção do Desenvolvimento Sustentável:

34. Afirmamos que o conceito de “economia verde”, ainda a ser definido na Rio+20, deve ser entendido no contexto mais abrangente de desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza, como um meio para se alcançar essas prioridades de maior hierarquia e não um fim em si mesmo. Deve-se dar às autoridades nacionais flexibilidade e espaço político para que façam suas próprias escolhas com amplo leque de opções, e definam caminhos rumo ao desenvolvimento sustentável, baseado no estágio de desenvolvimento do país, estratégias nacionais, circunstâncias e prioridades. Resistimos a introdução de barreiras de comércio e investimento, independentemente de seu formato, vinculada ao desenvolvimento da economia verde.⁴⁸

A forma como o assunto foi abordado na Declaração denota claramente uma postura do Bloco no sentido de marcar posição de forma crítica e autônoma quanto aos temas da agenda internacional. O bloco quer manter-se no diálogo e entendimento global, mas com autonomia e condições de igualdade e protagonismo.

Ademais, como era de se inferir, com a evolução e o estreitamento das relações intra-BRICS, podemos ver no “Plano de Ação” da IV Cúpula o alargamento das áreas a entrarem em pauta no BRICS:

17 – Novas áreas de cooperação a serem exploradas: *(i)* Cooperação multilateral em energia no âmbito do BRICS. *(ii)* Avaliação acadêmica geral sobre a futura estratégia de longo termo para o BRICS. *(iii)* Diálogo do BRICS sobre Políticas para a Juventude. *(iv)* Cooperação sobre temas relacionados à População. ⁴⁹

⁴⁷ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012).

⁴⁸ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012).

⁴⁹BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012). Nesse sentido, dispõe o documento da IV Cúpula: “Tomamos nota dos substantivos

As novas áreas de cooperação presentes neste “Plano de Ação”, começaram a ganhar espaço na V Cúpula BRICS, que ocorreu no dia 27 de março de 2013, foi sediada na África do Sul por primeira vez, na cidade de Durban e teve a presença de seus representantes, Vladimir Putin Presidente da Rússia e Xi Jinping Presidente da China, que participaram por primeira vez neste ano, além da Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, o Primeiro-Ministro da Índia, Manmohan Singh e o anfitrião Jacob Zuma, Presidente da África do Sul.⁵⁰

O tema desse encontro foi "BRICS e África: Parceria para o Desenvolvimento, Integração e Industrialização". E, de fato muitas questões relativas a propostas de parcerias que pretenderam o desenvolvimento da África foram listadas como compromisso por parte do Bloco.

A realização da V Cúpula marcou o fim do primeiro ciclo de Cúpulas, concluiu-se a realização desses encontros em cada um dos países do Bloco. O fim deste ciclo foi importante para intensificar as relações de cooperação dentro do Bloco e de reafirmar compromissos assumidos em Cúpulas anteriores, notadamente com relação ao direito internacional e o apoio às Nações Unidas:

A V Cúpula concluiu o primeiro ciclo de Cúpulas BRICS e nela reafirmamos o nosso compromisso com a promoção do direito internacional, do multilateralismo e do papel central das Nações Unidas. Nossas discussões refletiram nossa crescente solidariedade intra-BRICS, bem como o nosso objetivo comum de contribuir positivamente para a paz, a estabilidade, o desenvolvimento e a cooperação globais. Consideramos também o nosso papel no sistema internacional como sendo baseado em abordagem inclusiva de solidariedade compartilhada e cooperação com todos os povos e nações.⁵¹

esforços realizados para aprofundar a cooperação intra-BRICS em inúmeros setores. Estamos convencidos de que há um grande estoque de conhecimento, know-how, capacidades e “boas práticas” disponível em nossos países que podemos compartilhar e a partir do qual podemos construir uma significativa cooperação para o benefício de nossos povos. Com esse objetivo, endossamos o Plano de Ação para o próximo ano”.

⁵⁰ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/77-quinta-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

⁵¹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

Durante a V Cúpula algumas metas a médio e longo prazo, sobre questões econômicas e políticas, foram discutidas, com o objetivo de: “desenvolver progressivamente o BRICS em mecanismo completo de coordenação presente e de longo prazo, sobre ampla gama de questões-chave da economia e da política mundiais”.⁵²

Os BRICS além de buscar cada vez mais estreitar as relações intra-BRICS manifestaram nesta Cúpula, a intenção de ter um diálogo aberto com países em desenvolvimento e organismos internacionais, com finalidade de cumprir os compromissos acordados na Declaração resultante da III Cúpula do BRICS.

3. Encontramo-nos abertos a incrementar nosso engajamento e cooperação com os países não membros do BRICS, e, em particular, com as Economias Emergentes e Países em Desenvolvimento, e organizações internacionais e regionais relevantes, como previsto na Declaração de Sanya”.⁵³

Um dos focos do Bloco seria, então, a África, como região com grande potencial para realização de ações conjuntas do Bloco, tanto no plano econômico, como no plano social.

Realizou-se, inclusive, um Retiro com os Líderes Africanos de diversas Nações, cujo tema foi “Liberando o potencial da África: Cooperação entre BRICS e África em Infraestrutura”, onde foram debatidos assuntos importantes que corroboraram para o avanço dos diálogos de cooperação para com os países africanos. A discussão sobre a questão sanitária na África teve muita notoriedade, posto que esses países tem os priores índices de pobreza, desnutrição e doenças no mundo inteiro. Esse Retiro foi considerado “[...] uma oportunidade para os líderes do BRICS e líderes africanos debaterem como reforçar a cooperação entre os países do BRICS e o continente africano”.⁵⁴

⁵² BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

⁵³ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013). A Declaração de Sanya se refere ao documento produzido na III Cúpula BRICS.

⁵⁴ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

O desenvolvimento da África teve maior visibilidade nesta Cúpula, e seguindo a proposta da Nova Parceria para o Desenvolvimento de África (NEPAD), os países do BRICS se comprometeram da seguinte forma:

Procuraremos estimular o investimento em infraestrutura, com base no benefício mútuo, para apoiar o desenvolvimento industrial, a criação de emprego, o desenvolvimento de competências, segurança alimentar e nutricional, bem como a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentável na África.⁵⁵

Além da preocupação para com o Continente Africano, um dos grandes avanços em termos de cooperação intra-BRICS foi verificar a viabilidade de um Banco de Desenvolvimento que fosse efetivo. Esta viabilidade foi aferida no relatório dos Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais, nos seguintes termos:

10. Em junho de 2012, em nossa reunião em Los Cabos, encarregamos nossos Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais de explorar a construção de uma rede de segurança financeira por meio da criação de um Arranjo Contingente de Reservas (ACR) entre os países do BRICS. Concluíram que o estabelecimento de um arranjo contingente de reservas autogerido teria um efeito de precaução positivo, ajudaria os países do BRICS a evitar pressões de liquidez de curto prazo, forneceria apoio mútuo e reforçaria adicionalmente a estabilidade financeira. Contribuiria, igualmente, para o fortalecimento da rede de segurança financeira global e complementaria os acordos internacionais existentes como uma linha de defesa adicional. Entendemos que o estabelecimento do Arranjo Contingente de Reserva (ACR) com um tamanho inicial de US\$ 100 bilhões é factível e desejável, sujeito aos marcos legais internos e as salvaguardas pertinentes. Instruímos os nossos Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais a continuar a trabalhando para o seu estabelecimento.⁵⁶

O Banco de Desenvolvimento tem por escopo autogerir o mencionado ACR (Arranjo Contingente de Reservas) concretizando uma maior cooperação financeira e para o desenvolvimento dos países do Bloco.

Outro fator relevante nessa Cúpula foi a preocupação do Bloco com a situação dos conflitos na Síria. Os países BRICS condenaram “[...] o aumento das violações de direitos humanos e do direito humanitário internacional como resultado da continuidade da violência”.

⁵⁵ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

⁵⁶ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

Ademais, percebe-se, no plano intra-BRICS, que os próprios membros do Bloco sofrem com a pobreza, a desigualdade social entre outros problemas que o desenvolvimento econômico em descompasso com o desenvolvimento sociocultural ocasionaram. Por isso, o compromisso de enfrentar esses problemas é relevante para o processo de desenvolvimento do próprio BRICS:

38. Acreditamos que os objetivos de desenvolvimento internacionalmente acordados, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs), visam às necessidades dos países em desenvolvimento, muitos dos quais continuam a enfrentar desafios ao desenvolvimento, incluindo pobreza e desigualdade generalizadas.⁵⁷

Um dos compromissos assumidos pelos países do Grupo na Declaração Conjunta foi o de “[...] promover uma parceria mais forte para o desenvolvimento comum” do Bloco. Incluiu-se para a adoção do “Plano de Ação de e-Thekwini” que acrescentou à programação várias reuniões para tratar de temas pertinentes ao desenvolvimento e cooperação do BRICS.⁵⁸

Buscando consolidar a cooperação intra-BRICS e avançar a tratativa de temas importantes em termos de cooperação entre os países, foram incluídas novas áreas que passaram a fazer parte da agenda dos BRICS:

Novas áreas de cooperação a serem exploradas: Fórum BRICS de Diplomacia Pública; Cooperação BRICS sobre Anti-Corrupção; Empresas estatais/companhias estatais dos BRICS; Agências Nacionais Responsáveis por pelo Controle de Drogas; Secretariado

⁵⁷ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

⁵⁸ O Plano de Ação de e-Thekwini consistiu em uma programação de reuniões com diversos Membros e Líderes dos países BRICS e de outros países, dentre elas podemos destacar: Reunião de Ministros das Relações Exteriores do BRICS à margem da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU); Reunião de Altos Representantes Responsáveis por Segurança Nacional dos BRICS, Reuniões dos Ministros de Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais à margem das reuniões do G20, do Banco Mundial/FMI, bem como de reuniões específicas, quando solicitadas; Reuniões de Ministros de Comércio dos BRICS à margem de eventos multilaterais, ou reuniões avulsas, quando solicitadas, Reunião de Ministros da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário dos BRICS, precedida por reunião preparatória de peritos sobre agro-produtos e questões de segurança alimentar e de Reunião do Grupo de Trabalho de Peritos em Agricultura; Reunião de Ministros da Saúde dos BRICS e reuniões preparatórias, Reunião dos Funcionários dos BRICS responsáveis por população, à margem de eventos multilaterais relevantes; Reunião consultiva de Altos Funcionários dos BRICS à margem de foros internacionais relevantes relacionados ao desenvolvimento sustentável, meio ambiente e clima, quando solicitada, entre outras reuniões. O objetivo de todo esse Plano de Ação é fomentar a cooperação e o desenvolvimento nos países do BRICS. (BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta - 2013).

1.1.2 Análise das Declarações Conjuntas do segundo ciclo das Cúpulas do BRICS: 2014-2016

A VI Cúpula BRICS foi realizada no Brasil, com sede na cidade de Fortaleza, no dia 15 de julho de 2014. O Documento resultante desse encontro foi denominado a Declaração e Plano de Ação de Fortaleza.⁶⁰

Essa VI Cúpula inaugurou o segundo ciclo de Cúpulas BRICS, o tema deste ano foi: “ ‘Crescimento Inclusivo: Soluções Sustentáveis’, condizente com as políticas macroeconômicas e sociais inclusivas implementadas pelos nossos governos e com o imperativo de enfrentar desafios à humanidade postos pela necessidade de se alcançar simultaneamente crescimento, inclusão, proteção e preservação”.

O primeiro ciclo de Cúpulas dos BRICS resultou em diversas iniciativas multilaterais, notadamente nas relações de cooperação intra-BRICS que tem o objetivo de se expandir para outros segmentos. Com efeito, afirmam compartilhar sob a mesma ótica do “[...] compromisso com o direito internacional e com o multilateralismo, com as Nações Unidas como seu centro e fundamento”.⁶¹

Esses compromissos reconhecidos “constituem importante contribuição para a paz mundial, a estabilidade econômica, a inclusão social,

⁵⁹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013).

⁶⁰ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/224-vi-cupula-declaracao-e-plano-de-acao-de-fortaleza>. Acesso em: 29 de novembro de 2015.

⁶¹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014).

a igualdade, o desenvolvimento sustentável e a cooperação mutuamente benéfica com todos os países”.⁶²

Na Declaração e o Plano de Ação da VI Cúpula dos BRICS, realizada em Fortaleza, ficou decidido que naquela ocasião se realizaria uma sessão conjunta com os líderes das nações sul-americanas, visando à discussão conjunta do tema desse encontro: “Crescimento Inclusivo: Soluções Sustentáveis”. Essa ação se deu com o intuito de aprofundar a cooperação entre os BRICS e a América do Sul.

Foi afirmado o apoio dos BRICS aos processos de integração da América do Sul. Nesse tema, fica claro na Declaração que os BRICS apontam a União das Nações Sul-Americanas (UNASUL) como organização estrategicamente prioritária no contexto latino-americano (em detrimento, por exemplo, do Merco-Sul). O documento declara que a UNASUL é fundamental “na promoção da paz e da democracia na região, e na consecução do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza”.⁶³

A proposta dos BRICS é a de fomentar o permanente diálogo com as regiões geopolíticas, visando aumentar a sua influência em cada uma delas, para preparar as condições de participar e eventualmente liderar os principais processos de tomada de decisão política nessas regiões. Desta feita, o intento se deu no contexto sulamericano. Um contexto que possui um caráter geopolítico paradoxal no momento, pois, ao mesmo tempo em que os valores e mudanças fundamentais dos países sulamericanos são bastante semelhantes entre si, isso não garantiu uma rápida e eficaz institucionalização de políticas públicas conjuntas e consertadas na região, uma vez que as organizações internacionais regionais da América do Sul possuem ainda um peso proporcionalmente baixo, frente a outros atores da geopolítica sulamericana. A isso, soma-se divergências político-ideológicas atuais que são de difícil concertação, pois caminhos mais propriamente neo-liberais, como os

⁶² BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014).

⁶³ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014).

seguidos por Chile e Peru, chocam-se com escolhas mais propriamente anti-imperialistas e anti-capitalistas, como as de Bolívia e Venezuela, fazendo com que sociedades de valores, língua e culturas tão próximas se vejam reciprocamente como muito distantes, quanto aos projetos constitucionais atuais. Nesse contexto, é que se insere a atuação dos BRICS na região, buscando um ponto de equilíbrio e diálogo – e significando uma alternativa ao referente dos países do Norte, que ao mesmo tempo estrutura uma proposta e desenvolvimento e seja crítico à manutenção dos velhos imperialismos.

A declaração da VI Cúpula reafirma que os objetivos abrangentes de paz, segurança, desenvolvimento e cooperação são marcas dos BRICS desde a criação do bloco. É nesse contexto que se afirma:

Nesse novo ciclo, conquanto nos mantenhemos comprometidos com esses objetivos, comprometemo-nos a aprofundar nossa parceria com visão renovada, com base na abertura, inclusão e cooperação mutuamente benéfica. Nesse sentido, estamos prontos para explorar novas áreas em direção a uma cooperação abrangente e a uma parceria econômica mais próxima, com vistas a facilitar interconexões de mercado, integração financeira, conectividade em infraestrutura, bem como contatos entre pessoas”.⁶⁴

Mas o grande avanço do Bloco nessa Cúpula se deu no plano financeiro, com o anúncio da assinatura do Acordo constitutivo do Novo Banco de Desenvolvimento, com o propósito de mobilizar recursos para projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável nos BRICS e em outras economias emergentes e em desenvolvimento, como se vê da Declaração. A proposta do Banco é partir de “princípios bancários sólidos”, para daí atuar visando a fortalecer a cooperação entre os países do Bloco e complementar “os esforços de instituições financeiras multilaterais e regionais para o desenvolvimento global”⁶⁵. A ideia do Novo Banco de desenvolvimento é contribuir para o crescimento forte, estável e sustentável da economia do

⁶⁴ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014).

⁶⁵ “O Banco terá capital inicial autorizado de US\$ 100 bilhões. O capital inicial subscrito será de US\$ 50 bilhões, dividido igualmente entre os membros fundadores. O primeiro presidente do Conselho de Governadores será da Rússia. O primeiro presidente do Conselho de Administração será do Brasil. O primeiro Presidente do Banco será da Índia. A sede do Banco será localizada em Xangai. O Centro Regional Africano do Novo Banco de Desenvolvimento será estabelecido na África do Sul concomitantemente com sua sede”. (BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta - 2014).

Bloco, como maior capacidade de autonomia (ainda que relativa) frente a outros mercados e centros financeiros.

Quanto aos Direitos Humanos e às questões referentes à promoção da dignidade e do bem-estar social, na Declaração de Fortaleza o Bloco afirma o acordo e compromisso em “continuar a tratar a todos os direitos humanos, inclusive o direito ao desenvolvimento, de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. O compromisso declarado do Bloco é o de fomentar o diálogo e a cooperação “com base na igualdade e no respeito mútuo no campo dos direitos humanos, tanto no BRICS quanto em foros multilaterais – incluindo o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas”, foro em que os BRICS assumem cada vez mais papel protagonista no debate. A postura crítica dos BRICS fica marcada na afirmação de que o compromisso do Bloco é promover a dignidade e o bem-estar, “levando em conta a necessidade de promover, proteger e realizar os direitos humanos de maneira não seletiva, não politizada e construtiva, e sem critérios duplos”.⁶⁶

Quanto à definição de novas áreas de cooperação a serem exploradas pelo Bloco, destaca-se, dentre outras: a questão do reconhecimento mútuo na área do Ensino Superior; a questão do debate consertado de políticas públicas no campo do Trabalho e Emprego, da Seguridade Social e da Inclusão Social; e a questão do incremento a atuação conjunta a Política Externa.

Já a VII Cúpula BRICS ocorreu na Rússia, na cidade de Ufá, no dia 9 de julho de 2015, e teve como tema “Parceria BRICS – Um Fator Pujante de Desenvolvimento Global”. Participaram como representantes de cada país, Jacob Zuma da África do Sul, Dilma Rousseff do Brasil, Xi Jinping da

⁶⁶ Tal posicionamento se vê refletido nas afirmações do Bloco com relação a questões específicas, feitas no decorrer da declaração, como o caso do conflito na Ucrânia: “Expressamos nossa profunda preocupação com a situação na Ucrânia. Clamamos por um diálogo abrangente, pelo declínio das tensões no conflito e pela moderação de todos os atores envolvidos, com vistas a encontrar solução política pacífica, em plena conformidade com a Carta das Nações Unidas e com direitos humanos e liberdades fundamentais” e em questões como o combate ao crime organizado: “Reafirmamos nosso compromisso em continuar a enfrentar o crime organizado internacional, com pleno respeito aos direitos humanos, a fim de reduzir o impacto negativo sobre indivíduos e sociedades”. (BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta – 2014).

República Popular da China, Narendra Modi da Índia e o anfitrião Vladimir Putin da Rússia.⁶⁷

Neste ano, a Declaração de Ufá e o Plano de Ação por primeira vez compuseram documentos distintos, consoante à divisão analisaremos em primeiro lugar a Declaração de Ufá. Na VII Cúpula dos BRICS um dos temas abordados como prioritário foi o de ampliação e fortalecimento da cooperação intra-BRICS, notadamente com relação à afirmação dos princípios de “abertura, solidariedade, igualdade, entendimento mútuo, inclusão e cooperação mutuamente benéfica” para promover e consolidar parcerias estratégicas.

Ficou clara a pretensão de intensificar os esforços do Bloco para aumentar sua importância no cenário internacional. Buscando responder de modo mais adequado e efetivo aos “desafios emergentes, garantir a paz e a segurança, promover o desenvolvimento de maneira sustentável, enfrentando os desafios da erradicação da pobreza, da desigualdade e do desemprego”.⁶⁸

A Declaração de VII Cúpula avalia positivamente os avanços ocorridos desde a V Cúpula, principalmente com relação ao Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) e ao Arranjo Contingente de Reservas (ACR), que ocorreram com o Bloco, sob presidência brasileira.⁶⁹

Na Declaração da VII Cúpula dos BRICS, se realizou uma reunião com os Chefes de Estado e de Governo da União Econômica Eurasiática (UEE),

⁶⁷ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/252-vii-cupula-do-brics-declaracao-de-ufa>. Acesso em: 01 de dezembro de 2015.

⁶⁸ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁶⁹ Neste contexto do Banco de Desenvolvimento do BRICS, o bloco também propôs a criação de “uma plataforma de discussão conjunta para cooperação comercial entre os países do BRICS por meio do diálogo aprimorado entre as Agências de Crédito às Exportações dos BRICS, quais sejam: ABGF, ECGC, ECIC SA, EXIAR e SINOSURE”. E ainda, reafirmaram: “o papel importante desempenhado pelo Mecanismo de Cooperação Interbancária do BRICS na expansão da cooperação financeira e sobre investimentos dos países do BRICS. Apreciamos os esforços realizados pelos bancos membros para explorar o potencial de inovação do BRICS. Saudamos a assinatura do ‘Memorando de Entendimento sobre a Cooperação com o Novo Banco de Desenvolvimento’ entre nossos respectivos bancos/instituições nacionais de desenvolvimento”. (BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta - 2015).

como membros da Organização para Cooperação de Xangai (OCX) e com os Chefes de Estado que tinham a função de observadores internacionais da OCX. Os temas discutidos nessa reunião foram importantes, notadamente sobre os interesses recíprocos dessas organizações, e foram considerados como o estabelecimento de um “fundamento sólido para lançar um diálogo amplo e mutuamente benéfico”.

No plano do debate sobre Direitos Humanos, reafirmou-se a importância do “princípio de cooperação equitativa e mutuamente respeitosa dos Estados soberanos como a pedra angular das atividades internacionais para promover e proteger os direitos humanos”. E, neste sentido, se manifestou o Bloco:

Continuaremos a tratar todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento – na mesma medida e a dar igual atenção a todos. Faremos todos os esforços para apoiar o diálogo construtivo e não politizado sobre direitos humanos em todos os foros internacionais relevantes, inclusive nas Nações Unidas.⁷⁰

A preocupação por parte do Bloco para com as condições de aplicação e respeito indistinto às normas e princípios do direito internacional se torna notória, por considerar que “a violação de seus princípios fundamentais resulta na criação de situações que ameaçam a paz e a segurança internacionais”.⁷¹

Destacou-se nesta Cúpula dos BRICS a proposta de criação de um grupo de trabalho e cooperação de anticorrupção. Essa iniciativa demonstra a preocupação com este desafio global e que assola muitos Estados. E, respeitando a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), passaram a incluir a assistência jurídica mútua como parte desse plano de cooperação internacional de anticorrupção.⁷²

⁷⁰ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷¹ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷² Em outras palavras: “Estamos convencidos de que a corrupção é um desafio global que prejudica os sistemas jurídicos dos Estados, afeta negativamente o desenvolvimento sustentável e pode facilitar outros tipos de crimes. Estamos confiantes quanto ao papel crucial que a cooperação internacional desempenha no combate e na prevenção da corrupção”.

A VII Cúpula reconheceu “a natureza transnacional da imigração” e salientou a importância da cooperação intra-BRICS. Nesse sentido, por iniciativa da Rússia realizou-se durante a presidência de turno da Rússia, a primeira reunião ministerial do BRICS sobre migração. Se mostraram solidários às perdas de vidas dos imigrantes no Mediterrâneo, e clamaram à Comunidade Internacional a intensificação dos esforços e ajudas para resolver essa questão internacional. É neste contexto que se afirma:

60. Reafirmamos os direitos de todos, sem qualquer distinção, ao mais alto padrão alcançável de saúde física e mental e à qualidade de vida necessária para manter sua saúde e bem-estar, bem como a saúde e bem-estar de suas famílias.⁷³

O direito à educação foi objeto de debate dessa VII Cúpula. O BRICS afirma que existe uma relação diretamente proporcional entre: o investimento em educação, o desenvolvimento do capital humano e o nível de avanço do desempenho econômico. O Bloco enfatiza a prioridade de uma “educação igualmente acessível, de alta qualidade e duradoura para todos, em linha com a Agenda para o Desenvolvimento Pós-2015”. Alicerçado na máxima do direito à educação que a Declaração de Fortaleza afirma:

Realçamos a importância primária da educação superior e da pesquisa e clamamos pelo intercâmbio de experiências no reconhecimento de graus e diplomas universitários. Conclamamos que se trabalhe em direção à cooperação entre as autoridades do BRICS para o credenciamento e o reconhecimento. Apoiamos as iniciativas independentes para estabelecer a Rede Universitária dos BRICS e a Liga Universitária do BRICS.⁷⁴

Os Líderes dos Estados congratularam a assinatura do Acordo de Cooperação na Área da Cultura. Afirmou-se que esse acordo terá “um papel importante na expansão e no aprofundamento da cooperação nas áreas da arte e da cultura e na promoção do diálogo entre culturas, o que ajudará a aproximar as culturas e povos de nossos países”.⁷⁵

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷³ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷⁴ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷⁵ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

Foi realizado também o primeiro Foro Civil do BRICS, que consistiu em proporcionar um diálogo “entre as organizações da sociedade civil do BRICS, a academia, empresas e governos dos países do BRICS em uma ampla variedade de importantes questões socioeconômicas”⁷⁶. Ademais, ocorreu sob a presidência da Rússia o Foro Sindical.

No Plano de Ação, podemos verificar que foram identificadas novas áreas de Cooperação a serem exploradas: o diálogo dos BRICS sobre manutenção da paz; o estabelecimento do Conselho de Regiões do BRICS; e cooperação e intercâmbio de experiências entre profissionais de mídia dos BRICS.

A Índia sediou a VIII Cúpula dos BRICS nos dias 15 e 16 de outubro de 2016. O tema desta Cúpula foi “Construir Soluções Compreensivas, Inclusivas e Coletivas”. A Declaração Conjunta⁷⁷, por sua vez, se volta para uma série de afirmações estratégicas concernidas com a atual organização da ordem internacional, enfatizando a importância de se consolidar uma governança global de caráter multilateral para o desenvolvimento dos países emergentes. Ao concordarem (concordância que não deixa de ter uma dimensão constitutiva) sobre a influência dos BRICS no cenário global e sobre os benefícios diretos daí resultantes para as respectivas populações de cada membro (§ 3º), o grupo assumiu também explicitamente nesta Declaração o que, por já algum tempo, vinha sendo sugerido a título de previsão pela literatura secundária⁷⁸, isto é, a responsabilidade de gerar uma força contra-hegemônica a possibilitar o rearranjo dos atuais esquemas de poder da ordem global.

Nesse sentido, igualmente se antecipou na Declaração a previsão de realização de uma cúpula comum entre as lideranças do BRICS e dos membros da BIMSTEC (Bangladesh, Butão, Índia, Mianmar, Nepal, Sri Lanka,

⁷⁶ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015).

⁷⁷ BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VIII Cúpula: Declaração Conjunta. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/en/press-releases/14936-8th-brics-summit-go-india-october-15-16-2016-go-declaration-and-action-plan>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁷⁸ Cf. PAPA, Mihaela. BRICS as a Global Legal Actor: From Regulatory Innovation to BRICS Law? *Federalism.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, nº 20, 2014.

e Tailândia) (§ 5º). Ao mesmo tempo, se reiterou a visão comum do Bloco acerca de contínuas mudanças de dimensões profundas no mundo, em sua transição para uma “ordem internacional mais justa, democrática e multipolar” (§ 6º). A eleição da Organização das Nações Unidas como espaço principal de interação, discussão e cooperação entre os Estados soberanos é por repetidas vezes afirmada, porém acompanhada da pretensão por uma reforma de seu Conselho de Segurança, com vistas a maiores representatividade, efetividade e eficiência, em um contexto autodescrito como de anseios a respeito da segurança nacional frente a ameaças em uma escala globalizada (§§º 6-12), com o terrorismo, mais adiante, tomando parte considerável do âmbito da declaração (§§º 13-20, 57-63).

Isso vai acompanhado das considerações as mais diversas a respeito de variados organismos e instrumentos internacionais, desde a Organização Mundial do Comércio (§§º 34-35) ao Fundo Monetário Mundial (§º 30), e da Agenda para Desenvolvimento Sustentável 2030 aos compromettimentos oficiais de Assistência ao Desenvolvimento assinados por países desenvolvidos (§§º 21-22), marcadas por uma particular concepção, se se quiser revisionista, da operacionalização dessa conjuntura de mecanismos, ao afirmarem uma ordem de valores que, estruturada na relação entre direito e desenvolvimento, não deixa de estar em contraste para com as normativas inicialmente mobilizadas na anterior situação de hegemonia incontestada do binômio Estados Unidos-Europa.⁷⁹

Especial importância foi dada a questões concernentes ao direito a saúde, e à subsistência, enfatizando-se a importância da realização de pesquisas e o desenvolvimento de medicamentos e instrumentos de diagnóstico conjuntamente entre os países do grupo para a erradicação de epidemias e a efetivação do acesso universal à saúde (§º 73), e do aumento na produção e na distribuição de energia, inclusive no que diz respeito à sustentabilidade (§§º 68-70). Outras áreas são tangencialmente apontadas, como a agricultura (§§º 81-82), urbanização (§º 96), transporte público (§º 103)

⁷⁹ Cf. BRÜTSCH, Christian; PAPA, Mihaela. Deconstructing the BRICS: Bargaining, Coalition, Imagined Community, or Geopolitical Fad? *The Chinese Journal of International Politics*, v. 6, p. 299-327, 2013.

e informação e comunicação (§º 84), em geral com vistas a apresentar a densificação das interações entre as estruturas das organizações estatais de cada membro, especialmente entre os mais diversos ministérios.

A próxima Cúpula será realizada na China em 2017.

1.1.3 O lugar do BRICS na Ordem Geopolítica Global

A partir da análise feita dos Documentos das oito Cúpulas já realizadas pelo BRICS, cabe tecer algumas considerações críticas, buscando verificar o nível atual de desenvolvimento do BRICS enquanto grupo de economias emergentes e os sentidos desse caminhar do Bloco, com as devidas digressões entre o discurso e a práxis dos membros.

Para alguns teóricos do Direito Internacional, o BRICS não é considerado um Bloco. Neste sentido afirmam que ainda não existe um grupo plurilateral, existe apenas, no plano prático, tão somente cooperação entre eles.

A dogmática jurídica ao se deter sobre o tópico da Integração Econômica discrimina quatro tipos de Blocos Econômicos: *i)* Área de Livre Comércio, quando há redução nas taxas alfandegárias dos países membros; *ii)* União Aduaneira, quando existe dentro do Bloco uma Tarifa Externa Comum, mais conhecida como TES; *iii)* O Mercado Comum, quando existe Livre Circulação de Bens, Serviços e Pessoas; e *iv)* União Monetária, quando já superados as características anteriores passam a utilizar uma Moeda Única. Lembrando que via de regra, esses critérios são cumulativos. Critérios, contudo, pensados a partir da experiência jurídica eurocêntrica em que a “regionalidade” e uma tradição jurídico-constitucional comum são fatores determinantes, enquanto ponto de partida, para o caminho da integração econômica, confundida ou mesmo identificada concomitantemente com a configuração de supranacionalidades e a homogeneização de cima para baixo das realidades jurídicas das comunidades envolvidas. Um e outro fatores,

todavia, não se encontram presentes no caso dos BRICS, exigente, enquanto fenômeno presente, de um deslocamento da discussão, colocando em relevância normativa outras características que não aquelas cruciais para a formação da União Europeia. Aqui reside, pois, a inaplicabilidade desses critérios, em nosso entendimento, com relação à possível classificação “padronizada” do BRICS. A realidade desse bloco exige outras categorias de análise, pois as particularidades do BRICS como fenômeno geopolítico assim o exige.

Neste sentido, Carducci afirma quanto a uma possível classificação do BRICS, o seguinte:

Os países do BRICS não formam uma ordem legal supranacional, nem uma organização internacional, ou simples cúpulas interlocutórias. Sem necessariamente adotar uma epistemologia jurídica construtivista, os BRICS podem ser descritos como uma “rede jurídica” hábil para produzir um fluxo jurídico de transferências de políticas públicas, empréstimos constitucionais, diálogo constitucional enquanto um “Produtor de Conhecimento” e uma “Comunidade de Interesse”.⁸⁰

Os Documentos publicados, resultantes de cada Cúpula, não obrigam de forma expressa a realização de ações por parte das potências em desenvolvimento pertencentes ao bloco. Ou seja, os compromissos, metas e pontos que devam ser objeto de reformas não os obrigam mutuamente. Entretanto, tal característica só se apresenta como um problema, constituindo sério entrave se se supõe que os BRICS têm como objetivo o tipo de integração e homogeneização encontrados em organizações supranacionais, como a União Europeia. Perspectiva que é questionável de uma compreensão que se queira intercultural. Os BRICS formam um fenômeno de cooperação internacional em rede que possui um caráter singular e não pode ser classificado com base no padrão europeu de integração.

Afinal, cada um desses países possui histórias, concepções de vida, de política e de religião diferentes, e podem criar um diálogo de cooperação e ajuda no âmbito internacional inovador. Justamente em razão da

⁸⁰ CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel ‘hard’ EU regional structure – a comparative survey. *International Journal of Public Law and Policy*, v. 4, n° 1, 2014, p. 5.

complexidade dessas interações, os resultados podem se tornar algo de grande valia para os países individualmente, para o Bloco como um todo, e para a ordem internacional. O potencial do bloco é enorme e seu futuro incerto, mas com bons indicadores de continuidade e aprofundamento.

Observa-se que na medida em que as relações vão se consolidando dentro do Grupo, o entendimento sobre cooperação para o desenvolvimento vai ganhando novos matizes além do desenvolvimento econômico. E é assim que, via de regra a interação dentro do Grupo se aprofunda, não se limitando mais às questões de natureza eminentemente econômica. Busca-se, a partir desse momento, maior equilíbrio entre desenvolvimento econômico e Desenvolvimento Social.

A conversação sobre Desenvolvimento Social dentro de um Bloco, traz consigo uma questão de complexidade devido às várias particularidades e à diversidade cultural que envolve cada um dos países do BRICS.⁸¹ Sabemos hoje, que “poucos esperavam que de uma previsão financeira se originasse um grupo que poderia influenciar a agenda internacional em nível regional e global”.⁸²

Christian Brüttsch e Mihaela Papa, em sua análise sobre os BRICS, questionam se a dinâmica desse grupo poderia transformar as relações internacionais ou se acabaria diminuída em uma insignificante moda geopolítica passageira.⁸³ Possibilidades que comumente se traduzem na conjectura que se segue. Ponto comum de partida parece ser a referência ao acrônimo pensado por Jin O’Neill⁸⁴, enquanto origem quase que laboratorial do grupo. O ceticismo de muitos com relação à trajetória e desenvolvimento

⁸¹ Um exemplo dessa difícil tarefa foi sem dúvida a criação do Banco de Desenvolvimento do BRICS, que terá também por escopo a promoção do desenvolvimento sustentável dentro deste grupo.

⁸² CARLETTI, Anna. *A China, os BRICS e os países em desenvolvimento*. Carta Internacional. Publicação da Associação Brasileira de Relações Internacionais. vol. 8, nº 02, jul-dez, 2013, p. 22.

⁸³ BRÜTSCH, Christian; PAPA, Mihaela. Deconstructing the BRICS: Bargaining Coalition, Imagined Community, or Geopolitical Fad? *The Chinese Journal of International Politics*, Vol. 6, p.299–327, 2013, p.299.

⁸⁴ Cf. O’NEILL, Jim. *The growth map: economic opportunity in the BRICs and beyond*. Penguin Books Ltd, London, 2011.

do bloco é sustentado via de regra em sua aparente artificialidade, em razão de possuírem histórias e culturas muito dispares entre si, bem como interesses diferentes, e por vezes conflitantes.⁸⁵

Tais discrepâncias justificam o questionamento em relação a quais seriam as características básicas que fizeram com que estes países emergentes se unissem sob um interesse comum (e mesmo o que haveria de comum, para além das situações de países em desenvolvimento) e pudessem compor frentes duradouras de atuação em conjunto⁸⁶. Tais questionamentos são acompanhados por investigações em torno dos modos de comprovação da concretude do BRICS (especificamente em termos de influências e impactos domésticos nos membros individuais). Importante ressaltar que, até a última Cúpula ocorrida no Brasil, nenhuma das propostas de ação conjunta intra-BRICS tinha se realizado, estando várias ainda em andamento. Porém, temos hoje exemplos mais relevantes a revelar a efetividade dessa aliança geopolítica. O mais importante, no sentido de reforço das relações intra-BRICS, foi a criação do Banco de Desenvolvimento dos BRICS e a criação do mecanismo de reforço de reservas nos países do Grupo.

Para Renato Baumann existe ainda uma interação entre a postura cética e os anseios quanto às expectativas de ação em conjunto dos componentes dos BRICS. Quanto a essa posição o autor afirma que:

Ela parte da constatação de que três dos cinco países têm um histórico de problemas com seus vizinhos, que em diversas oportunidades levou a situações de conflito armado. Mais recentemente, a continuação não resolvida a situação entre a Rússia e a Ucrânia, e existe um potencial de conflito no mar da China. A paz entre a Índia e o Paquistão é sempre um equilíbrio instável. E a Índia já teve problemas fronteiriços com a China.⁸⁷

Nesse sentido, Baumann destaca que a possibilidade dos conflitos na Eurásia pode não só influenciar, como mesmo se transformar em um “dilema político/diplomático” intra-BRICS. Não se pode olvidar, afinal, que a

⁸⁵ BAUMANN, Renato. BRICS: Oportunidade e desafio para a inserção internacional do Brasil. In: *BRICS: estudos e documentos* / Renato Baumann [et al.]. – Brasília: FUNAG, p.21-54, 2015, p.21.

⁸⁶ Baumann aponta que essa atuação está relacionada a vários indicadores. (BAUMANN, 2015).

⁸⁷ BAUMANN, 2015, p. 24.

criação do BRICS se justificou em parte pela vontade de influenciar de modo conjunto e mais intensamente a governança global, ao buscar ser no cenário global uma via alternativa às ordens ditadas pelas principais economias ocidentais. Aqui, talvez, seja oportuna a reflexão referente às posturas dos países que compõem o grupo, no caso desses conflitos gerarem punições por parte de organismos internacionais a um de seus pares. Impossível afirmar o que poderá acontecer em um caso concreto. Assim, nessa situação hipotética, Baumann afirma que para a manutenção da coesão do Grupo BRICS, os demais membros deverão se manifestar a favor do referido Estado-membro.

A nosso ver, mais importante do que averiguar qual seria a postura dos membros do BRICS, diante de excepcionais conflitos transfronteiriços marcados pela belicosidade, é verificar a capacidade de articulação para a influência conjunta de decisões em questões do cenário corrente da ordem internacional, bem como, avaliar os resultados aferidos das reuniões e dos fóruns realizados intra-BRICS com o propósito de discutir a própria reprodução dessa conversação na estrutura jurídico-Estatal dos países membros. De modo que, no fundo, é a verificação da capacidade do BRICS de transformarem atos multilaterais em ações conjuntas que revela e revelará sua coesão e concreção mais efetiva enquanto grupo.

Cooper e Farooq defendem os benefícios dessa multilateralidade, em detrimento dos aspectos negativos consequentes, buscando verificar os pontos positivos do modelo de “Clube” informal. Em seus estudos, destacam que:

O que está faltando é mais clareza teórica para explicar as iniciativas institucionais multilaterais dos países emergentes – notavelmente os BRICS – cujos Estados-membros possuem interesses e aspirações conflitantes e divergentes. Suas diferenças não somente criam um “déficit de confiança”, mas também desafiam a cooperação e a coordenação, que poderiam ser mantidas no longo prazo. Primeiramente, os membros dos BRICS apresentam crescimento econômico desigual. Apesar da coesão política em alguns temas globais, os BRICS ainda lutam para operar como uma coalizão forte. Apesar dos interesses de política externa comuns entre os membros dos BRICS não poderem ser subestimados no que diz respeito ao tema da soberania, o padrão de votação dos BRICS nas Nações Unidas

também demonstra que, no interior do grupo, há interesses de política externa divergentes.⁸⁸

Tomando as devidas precauções em relação a questões conflitantes intra-BRICS, somando-se também as problemáticas referentes à geopolítica econômico-social e interesses particulares, Cooper e Farooq, concluem que, com a criação de um Banco próprio, a estrutura do BRICS se encaixa no modelo de clube informal:⁸⁹

Os países BRICS obtiveram sucesso na utilização do modelo de clube para lidar com os atritos, com uma grande medida de flexibilidade e resiliência na construção da cooperação através de uma iniciativa específica, instrumental e altamente visível. Para um grupo que tem sido frequentemente retratado como um grupo mais preocupado com o status do que com os resultados, este é um logro considerável, e desempenha uma imagem de ascensão de uma forma nova e mais solta de multilateralismo.⁹⁰

Neste ponto, é importante destacar as diversas e interessantes classificações propostas para o bloco. Nessa toada, Michele Carducci atribui ao BRICS, em consonância com a literatura secundária, três características principais, quais sejam: “a) baixo nível de endividamento que podem favorecer políticas de coesão”; “b) reservas de valores que podem favorecer o protagonismo financeiro global” e; “c) dinâmica demográfica com mais de 42% da população mundial de modo manter a demanda interna e o consumo”.⁹¹

Para Carducci, essas características tornam mais compreensíveis o fator econômico-jurídico presente nos países do Grupo, significativamente

⁸⁸ COOPER, Andrew F.; FAROOQ, Asif B. Testando a Cultura de Clube dos BRICS: A Evolução de um Novo Banco de Desenvolvimento. *In: Contexto Internacional* (PUC). Rio de Janeiro, vol. 37, no 1, janeiro/abril p. 13-46, 2015, p.17.

⁸⁹ O modelo de clube informal ao qual o autor atribui ao BRICS tem as seguintes características: “Este tipo de arranjo institucional demonstra um modelo de clube em que a participação é restrita, com os membros privilegiados para agir como definidores de agenda na formulação de políticas; além disso, proporciona bens exclusivos a seus membros e ‘age como um eixo que esbate as diferenças e assegura que a diversidade não conduz a divergências ou ao conflito’. O benefício exclusivo ajuda a assegurar a ação coletiva dentro dos grupos. Geralmente, clubes têm menos legitimidade, devido à sua exclusividade autosselativa. Ao mesmo tempo em que o pertencimento a um clube eleva os custos de deserção para seus membros, ele aumenta a utilidade do multilateralismo” (COOPER; FAROOQ, 2015, p. 21-22).

⁹⁰ COOPER; FAROOQ, 2015, p.38.

⁹¹ CARDUCCI, Michele. A realidade dos países BRICS e o papel do direito constitucional comparado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, nº 50, p. 205-217, out./dez., 2012, p. 206.

relativo ao grau significativo de intervenção do Estado na economia desses países. A esse respeito, o autor afirma que:

Em contextos caracterizados pela alta taxa de inflação, aliada ao elevado crescimento econômico, o Estado serve à defesa ao crescente protecionismo das economias ocidentais e à promoção de parcerias com áreas econômicas, prevalentemente, do Sul do mundo, a fim de estimular trocas comerciais e investimentos. Por consequência, a intervenção pública na economia, legitimada pelas Constituições desses países, garante um diversificado “capitalismo de Estado”, que controla os mercados internos e persegue uma coesão governada “pelo alto”. Em outros termos, “a mão visível” do Estado influencia a economia como as políticas constitucionais dessas realidades.⁹²

Nesse sentido, na realidade dessas potencias emergentes, “a dimensão e o condicionamento geopolítico-econômico influenciam, e não pouco, a arquitetura constitucional e, por conseguinte, as realidades políticas”.⁹³ É preciso desenvolver, e isso se torna a potencial meta motriz da experiência política nessas Nações.

Ao se sustentar a necessidade de uma abordagem desde uma perspectiva constitucional, os países do BRICS podem ser agrupados pelos problemas sociais que lhes são comuns em razão do desenvolvimento tardio e que apontam a questões determinantes para as políticas constitucionais. Para Carducci, essas questões determinantes relativas aos problemas sociais podem ser resumidas da seguinte forma:

Contradições internas difíceis de ignorar, dado que o *boom* econômico não corresponde ao progresso dos índices de desenvolvimento humano; disparidade territorial que poderia criar tensões sociais e comprometer a estabilidade política dos governos centrais. Em suma, estes “espaços macroterritoriais” (maiores que a dimensão *multilevel* da União Europeia) sofrem com problemas paralelos de diferenças, coesão territorial e social, de urbanização excludente etc., que merecem ser conhecidos e comparados. E os problemas não faltam nem mesmo nos setores chave para o desenvolvimento: baixo nível de alfabetização; problemática ambiental; aprovação de sistemas sanitários adequados; proteção dos direitos trabalhistas; instrução primária e superior; insuficientes conhecimento e aplicação de tecnologias de excelência e de ideias inovadoras; corrupção e organizações criminosas. Trata-se de setores onde a mudança somente pode ocorrer de maneira gradual, portanto, em patente contraste com a velocidade imposta pelas transformações em curso.⁹⁴

⁹² CARDUCCI, 2012, p. 206.

⁹³ CARDUCCI, 2012, p. 207.

⁹⁴ CARDUCCI, 2012, p. 207-208.

Nesse sentido, para Mihaela Papa, as dinâmicas em rede presentes no grupo ao mesmo tempo que podem funcionar como um potencializador dos esforços de cooperação para enfrentamento desses problemas, também não debilitariam a estadualidade do sistema de fontes de direito, nem implicariam em uma redução da soberania dos membros do grupo, para a construção das soluções singulares de cada qual aos problemas enfrentados em contextos tão complexos e diversos. A esse respeito Carducci afirma que:

De fato, se “esta dualidade” é entendida como o monopólio das fontes de direito e a exclusividade da produção de regras e interpretações, é evidente que o sistema BRICS, diferentemente dos regionalismos leve e profundo, não originou nenhum sistema paralelo de competitividade jurídica, ou mesmo de fontes substitutas, se comparadas àquelas de cada Estado individual. Dessa perspectiva, nós podemos dizer que os BRICS não contribuem para a construção das várias formas do constitucionalismo global porque elas são sustentadas por todas as outras formas de supranacionalismo. Assim sendo, os BRICS não desenvolvem uma simples expansão de uma já conhecida semântica constitucional. É um “outro lugar” que nos desorienta porque marca o vazio dessas coordenadas. De fato, comparado aos regionalismos “leve” e “profundo”, as vantagens competitivas dos BRICS restam em suas inconsistências constitucionais internas.⁹⁵

Especificamente no que diz respeito à questão da cooperação jurídica intra-BRICS, Mihaela Papa, afirma que:

Tematicamente, o mais próximo de cooperação jurídica é a cooperação no campo da Administração Pública e da governança. Foca-se em seis áreas: combate a corrupção e ética; *accountability* e transparência; *e-governance*; a entrega de serviços orientados para o cidadão; desenvolvimento de recursos humanos; e monitoramento e avaliação

⁹⁵ CARDUCCI, Michele. BRICS as Constitutional Inhomogenous Dynamics. *Federalism.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, nº 20, 2014, p. 9-10. [Tradução livre]. O autor ainda acrescenta um exemplo comparativo entre BRICS e União Europeia. Veja-se: “Este elemento fica claro ao ser comparado com a União Europeia. Por exemplo, o artigo 4.2 e 6 do Tratado da União Europeia após a reforma de Lisboa: em Europa se fala das “tradições constitucionais comuns dos Estados membros” e do “respeito das identidades nacionais”. É sabido que existem dois elementos que contribuíram para a construção do processo de integração e fortalecimento do “Contrato Constitucional”. No fenômeno dos BRICS, não há qualquer requerimento constitucional de homogeneização e nenhum ‘Contrato Constitucional’: e isso é assim porque os BRICS querem ser competitivos e representarem uma alternativa ao resto do mundo, sem vincular seus condicionamentos estruturais às suas várias identidades constitucionais. Paradoxalmente, sua falta de homogeneidade constitucional se transforma em uma vantagem competitiva global muito forte, porque não produz nenhum ‘custo’ como aqueles requeridos pelos ajustes estruturais do regionalismo. É compreensível porque não surge qualquer comprometimento de convergência de padrões de proteção de direitos humanos da agenda do BRICS. Durante suas cúpulas, os países do BRICS falam sobre direitos humanos, mas com referência a cada Estado individual, e não em termos de uma ‘herança comum’. Similarmente, ele chama pela promoção da liberdade enquanto expectativa ao acesso de bens e serviços, ou de necessidades básicas (educação, saúde etc. ...)”.

integradas. O que é facilitado por meio de encontros e secretariados virtuais.⁹⁶

Por tudo o que expusemos, estamos de acordo com Carducci, quando afirma que as propostas de cooperação jurídica intra-BRICS devem ser analisadas sob uma nova perspectiva comparativa, pois, se analisamos o BRICS a partir das teorias constitucionais que foram desenvolvidas no Século XX (que tiveram por objetivo descrever os vários fenômenos de internacionalização do direito constitucional ocidental naquele século), poderíamos concluir equivocadamente por uma inocuidade do BRICS. Se empregarmos na análise do bloco essas categorias constitucionais pensadas para o pano de fundo do processo de unificação da Europa, poderíamos descontextualizadamente dizer que:

[...] as relações internacionais dos BRICS não produzem qualquer efeito dentro dos Estados, seja em termos de “direito constitucional geral” (isto é, nas fontes do direito, como acontece no supranacionalismo substitutivo europeu) seja em termos de “cultura constitucional” (isto é, como um suplemento à interpretação judicial centrada em direitos, com base nas metas supranacionais a serem alcançadas).⁹⁷

Contudo, tais juízos estariam errando o alvo, entende Carducci. Assim, concordamos com o autor que, superada aquela perspectiva, o BRICS aparece como a marcar o fim da “universalidade do Direito Internacional Ocidental”, lançando o desafio de se repensar novas formas para a interpretação do fenômeno, em que a tradição constitucional ocidental necessita se entregar ao diálogo multipolar. Assim, é importante destacar que o modelo do BRICS, para Carducci:

[...] introduz ações cooperativas, com respeito ao pertencimento cultural e à tradição legal dos Estados-membros, não refletindo as

⁹⁶ PAPA, Mihaela. BRICS as a Global Legal Actor: From Regulatory Innovation to BRICS Law? *Federalism.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n° 20, 2014, p. 30. Importante destacar um posicionamento apontado por Papa de que todos esses países têm se irritado com argumentos universalistas, particularmente quando suas soberanias são desafiadas (por exemplo, ao tratar a Amazônia como “os pulmões do mundo” e não como um recurso brasileiro); quando o tratamento dos povos dentro de seus territórios é criticado (o registro de direitos humanos e democracia da Rússia); quando o comércio mundial favorece os interesses corporativos do Ocidente (por exemplo, no comércio de alimentos) ou quando se pede que eles isolem seus amigos “fora da linha” (o relacionamento da África do Sul com Gadafi). Contudo, o exercício do poder na era Ocidental do direito internacional tem sido indivisível dos valores liberais, seja pelos apelos de *soft power* ou pelo consentimento espontâneo ou pela execução por meio de condicionalidades políticas.

⁹⁷ CARDUCCI, 2014, p. 12-13. [Tradução livre].

organizações baseadas em critérios individualistas e mercantis que são concepções usuais do estilo Ocidental. A nova estrutura, ainda que originada por razões econômicas óbvias, parece ir rumo a uma concepção de relacionamentos entre Estados que parece ser muito mais pragmática do que dominante, fundada não nas identidades, mas nos reais interesses das várias comunidades étnico-culturais que vivem em suas próprias comunidades estatais. O lema dos BRICS não é “unidade na diversidade”, mas “divisão na unidade”. Se a fórmula anterior conseguiu legitimar vários regionalismos “leves” e “profundos” em nome de tradições constitucionais comuns ou em nome do funcionalismo de interesses econômicos, a nova perspectiva introduzida pelos BRICS parece superar o mito da assim chamada “regulação global” (a Governança Global da escola Anglo-Americana) que, precisamente em nome da “unidade na diversidade” leva à homogeneização e à “padronização” das formas legais e das garantias constitucionais (segundo a lógica da *Legal Origins Theory*). Rejeitando a “padronização”, os BRICS essencialmente rejeitam o mito da Governança Global e do ‘Constitucionalismo Global’ ele próprio.⁹⁸

Tal potencial do BRICS no cenário geopolítico global é favorecido pela realidade conjectural das últimas décadas, segundo Mihaela Papa. Nas palavras da autora, os BRICS retratam as transformações atuais na geopolítica e espelham a possibilidade de uma conversação sem hegemonia. Isso, porque:

Os BRICS enquanto entidade combinam o argumento contra a unipolaridade com a luta por reconhecimento de um jeito novo. A chave para a influência internacional dos BRICS é o “poder de um mundo sem superpoderes”. A noção de uma ordem única dominada hegemonicamente não é mais possível com as novas realidades econômicas e políticas onde os BRICS são os novos motores do crescimento. Enquanto coalizção política, os BRICS servem para provar que a China está estrategicamente contra ela própria se transformar em um novo superpoder, possivelmente ameaçando outrem, e sim se vendo como parte de uma ascensão coletiva de poderes conjuntos. O que, por sua vez, sinaliza o surgimento de uma ordem mundial inclusive de várias preferências estatais, com visões alternativas acerca do mundo tendo espaço para evoluir. A nova ordem mundial, como argumenta Acharya, é melhor descrita como um teatro multiplex, oferecendo uma amalgama de narrativas (ideias), diretores (poder) e ações (liderança) sob o mesmo teto. Interligada com o argumento da multipolaridade, tem-se um argumento pela diversificação do gerenciamento dos assuntos mundiais de modo a reconhecer o status e a relevância dos BRICS enquanto representantes de mais de 40% da população mundial. Os BRICS querem uma ordem mundial mais democrática argumentavelmente para corrigir seus próprios deficits democráticos. Em outras palavras, os BRICS buscam uma multipolaridade emancipatória.⁹⁹

⁹⁸ CARDUCCI, 2014, p. 12-13. [Tradução livre].

⁹⁹ PAPA, 2014, p. 17-18.

Nesse mesmo sentido, Renato Galvão Flôres Júnior defende que a estruturação do grupo BRICS apresenta razões para que sejam reavaliadas as próprias categorizações presentes nas teorias de direito internacional desenvolvidas no século passado, mas também que seja reavaliada a própria ânsia classificatória dos organismos e fenômenos internacionais que as teorias jurídica e política possuem.¹⁰⁰

No seguinte trecho, Flôres desenvolve de forma muito particular essa crítica:

Costumo dizer que, à semelhança de como é descrito na lenda medieval, os BRICS são o Unicórnio, ou seja, um ser (ou animal) tão raro e desconhecido que, ao aparecer, ninguém se dará conta de que se trata do próprio. Prefiro deixar, por enquanto, dessa forma, a caracterização do grupo. Do desespero em tentar classificar (o Unicórnio) e não o conseguir, é natural que se suceda a ânsia em avaliá-lo, cartesianamente, como um sucesso ou fracasso, categorias que fazem mais sentido se aplicadas a ações, políticas ou fatos consumados. É mais difícil e ilusório classificar um processo, uma forma evolutiva, que “erra” e obtém “êxitos”, busca, inova e se transforma, desafia uma análise com fortes pressupostos estáticos.¹⁰¹

Assim sendo, mais que um bloco, um grupo ou um clube o BRICS enquanto fenômeno geopolítico, é um processo dialógico em construção e não redutível ao referente maior dos fenômenos comunitários na perspectiva ocidental, que é a União Européia. Voltando às considerações de Flôres, podemos concordar que:

Conceitos icônicos, consolidados no século anterior, as Integrações Regionais e as Associações Internacionais povoam o nosso imaginário analítico, e nos impelem a imediatamente rotular qualquer grupo ou movimento conjunto de países na cena internacional como manifestação inequívoca de tais fenômenos. O BRICS não é nenhum deles; ao contrário, ele nos obriga a uma mudança mental nesse domínio.¹⁰²

Nessa mesma toada, para Sérgio Eduardo Moreira Lima, a união dos países do BRICS, se deu com o propósito de buscar diálogos sobre as questões que afetam diretamente o desenvolvimento em nível global. Assim, segundo a perspectiva do autor, o multilateralismo presente intra-BRICS contribui para

¹⁰⁰ FLORES JÚNIOR, Renato G.. BRICS: Abordagens a um progresso dinâmico. In: *BRICS: estudos e documentos / Renato Baumann ... [et al.]*. Coleção relações internacionais. Brasília: FUNAG, p.139-152, 2015, p.139.

¹⁰¹ FLORES JÚNIOR, 2015, p.141-142.

¹⁰² FLORES JÚNIOR, 2015, p.142.

a discussão, em âmbito internacional, sobre os problemas afetos ao desenvolvimento humano sustentável. Conclui Lima que:

A compreensão dos motivos que levaram países como Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul a reunir-se para buscar um diálogo “em relação aos problemas do desenvolvimento global” é importante para permitir a correta avaliação do que representa esse esforço comum em prol do aperfeiçoamento do sistema internacional, do multilateralismo e da capacidade de alcançar globalmente o desenvolvimento humano sustentável. O BRICS se consolida como mecanismo de coordenação e cooperação com agenda em expansão.¹⁰³

Nos parece correto afirmar que essa agenda em expansão do BRICS, que supera a questão econômica e avança cada vez mais para cooperações voltadas ao desenvolvimento social, não tem, no entanto, que caminhar rumo a uma estrutura constitucional comum ou unificada. Fica claro que o caminho do BRICS é o de uma constitucionalidade em rede, que preserva a singularidade, irredutível a uma unidade, de cada macro-país componente do bloco.

Em sentido semelhante a esse entendimento as aportações conclusivas de Mihaela Papa, a respeito do BRICS são as seguintes:

A dimensão interna da atuação dos BRICS enquanto ator global resta no exame tanto do papel do direito enquanto um meio para se atingir coesão como na evolução da cooperação no campo do direito. Os países do BRICS não aspiram harmonizar todas as leis, integrar-se pelo direito e criar uma identidade constitucional compartilhada semelhantemente à União Europeia. Eles são orientados para o pluralismo, e o direito dos BRICS está mais propício a se construir padronizadamente por meio da produção de *soft law* concomitantemente à evolução da cooperação do que por um planejamento geral tendo a *common law* como objetivo final. Nesse sentido, o fato dos BRICS serem “não-constitucionalistas” e terem incorporado o “pluralismo jurídico” não é uma barreira à produção jurídica. Práticas cooperativas ainda podem ser desenvolvidas na ausência de um objetivo legal comum, à medida em que os BRICS se engajam em redes jurídicas, gerando “fluxos jurídicos”, por meio de interações mútuas de transferências voluntárias de políticas públicas e empréstimos legais. Já que o funcionalismo é o principal meio de cooperações intra-BRICS, redes jurídicas são criadas tanto em campos de questões funcionais e nas áreas em que a cooperação entre profissionais jurídicos é necessária. Assim, os BRICS são uma plataforma visando tanto a transferência legal nas mais variadas formas (por exemplo, textos jurídicos, estruturas, argumentos, textos

¹⁰³ LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Apresentação. In: *BRICS: estudos e documentos* / Renato Baumann ... [et al.]. Coleção relações internacionais. Brasília: FUNAG, p.05-09, 2015, p.09.

dogmáticos e princípios) e a geração de novas ideias beneficiando cada país e o BRICS como um todo.¹⁰⁴

Desse modo, resta saber, porém, em que pese a irredutibilidade a um Direito ou cultura constitucional comum ou unificada (como é possível perceber, hoje, na Europa), se existe no BRICS as condições para uma conversação entre estas singulares e irredutíveis culturas constitucionais. Nesse contexto é que se faz necessário entender (frente ao caminhar do BRICS no sentido da centralidade do tema do desenvolvimento humano e desenvolvimento social) se, no plano das ordens constitucionais nacionais, a ideia de dignidade humana, como categoria que traduz para o âmbito da linguagem jurídico-constitucional estas noções, possui ou não o condão de se fazer presente na constitucionalidade desses países e servir de base para a conversação constitucional em rede entre eles, ainda que assumindo sentidos singulares em cada uma dessas Nações.

¹⁰⁴ PAPA, 2014, p. 27-28.

1.2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À DIGNIDADE COMO NÚCLEO DO DISCURSO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A discussão sobre a dignidade humana, como corolário dos direitos humano-fundamentais vem sendo objeto de vários estudos e pesquisas, que buscam tratar a dignidade sob uma perspectiva atual (talvez o único meta-relato sobrevivente no mundo contemporâneo), que intenta ser capaz de dialogar a nível intercultural. Corroborando com esse pensamento, Sarlet afirma que:

[...] somente o intercâmbio intercultural e transcultural, necessariamente franco e crítico, poderá conduzir à superação de visões parciais e, em certos momentos, até mesmo sectárias e excludentes a respeito da própria condição humana e dos direitos que lhe são inerentes[...].¹⁰⁵

O formalismo e o positivismo jurídico do século XIX e primeira metade do século XX depuraram a normatividade estatal de qualquer consideração sobre valores. Depois da Segunda Grande Guerra, tornou-se um consenso ético do mundo ocidental a reconstrução da conexão entre Política e Direito, por um lado, e valor e moralidade, por outro. O mundo moderno havia passado por sua pior fase até então, e urgiu a necessidade de reafirmar ideias que pudessem trazer, de algum modo, uma expectativa social de certa segurança humanitária para os cidadãos.

A preocupação por afirmar a reconstrução ético-moral de garantias para os cidadãos reacendeu o debate sobre a ideia de dignidade com muita força para o cenário político ocidental, permitindo seu maior alcance. A partir da década de 1970, as lutas por reconhecimento e redistribuição retroalimentaram o discurso da dignidade humana como direito. A causa da justiça e solidariedade social, da busca por garantia de um mínimo existencial a todos, a reivindicação por reconhecimento às minorias, sejam étnicas, de gênero ou alusivas a crenças, estilos de vida ou preferências político-

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 15-34, 2009, p.9.

ideológicas, todos esses movimentos, encontraram na ideia de um direito à dignidade um ponto em comum. Esse referente, então, acabou por desaguar no Direito Constitucional e em sua linguagem, a partir da década de 1980.

A partir daí se constatou que um dos problemas da ideia de dignidade é eminentemente de cunho substancial. Alguns autores argumentam que a falta de delimitação de seu conteúdo pode fazer com que a dignidade seja considerada um conceito vago. No que diz respeito à projeção conceitual da dignidade para o Direito, sabemos que muitas vezes fazemos uso de uma conceptualização negativa, em outras palavras, é mais fácil dizer o que a dignidade não é do que buscar formular um conceito que seja suficientemente adequado e funcional para a sociedade contemporânea.

Neste sentido é o entendimento de Luiz Roberto Barroso, ao afirmar ser o processo de conceptualização da Dignidade uma questão complexa, não somente no âmbito jurídico, mas também no âmbito da construção subjetiva dessa ideia no cotidiano social, dado que cada um de nós projetamos a nossa própria concepção do que seja a dignidade (e do que seja um tratamento digno), a depender de nossa situação ou condição de mundo.

É precisamente por essa dificuldade no processo de conceptualização da dignidade, que hoje em dia grande parte dos juristas busca um conceito funcional ou um sentido jurídico objetivo para a dignidade humana como princípio corolário dos direitos humano-fundamentais ou como um macro-direito humano fundamental no qual se incorporam vários direitos, que formariam um núcleo ou pilar humanitário estruturador das Constituições Contemporâneas.

A construção do debate sobre o desenvolvimento do conceito de dignidade, passa por uma transformação, de uma perspectiva cosmopolita eminentemente kantiana, para uma visão multiculturalista mais focada na culturalidade, no reconhecimento e na alteridade presentes na tradição dialética que vai de Hegel a pensadores como Honneth e Forst¹⁰⁶, por exemplo.

¹⁰⁶ Apenas como ilustração inicial, pode-se observar que, para Rainer Forst, a análise da dignidade consistir em uma normativa reconstruída historicamente, e não somente se

Assim, buscaremos traçar os contornos históricos que cunharam a dignidade como a entendemos hoje no ocidente e, posteriormente, faremos uma análise comparativa sobre a dignidade, notadamente no que tange à sua configuração como direito humano e princípio estruturador do Direito Constitucional Contemporâneo. Essa investigação nos ajudará na tarefa de entender, nos capítulos seguintes, qual é o papel, o peso e o alcance que tem o direito à dignidade na cultura constitucional dos países originalmente componentes do BRICS, a maioria deles, de matriz civilizacional não ocidental.

1.2.1 Os sentidos e compreensões pré-modernos de dignidade

1.2.1.1 - Breves considerações sobre a substância da dignidade na metafísica antiga e medieval

Como dito anteriormente, talvez a dignidade seja o único meta-relato que conseguiu sobreviver na contemporaneidade, quiçá seja por isso que

fundamentando em uma concepção religiosa para compreender a pretensão essencial da dignidade. Para o autor, existe um *status* na *dignidade do homem* que estabelece a correspondência do homem como homem indistintamente (independentemente de sua *identidade específica*). Forst aporta que se pensarmos desde uma perspectiva das *necessidades básicas* do homem, infere-se que um Estado social, enquanto *‘pilar humanitário’*, “que permitia uma ‘existencia humanamente digna’, es logico pensar que la dignidade humana exige tener los médios que permitan evitar caer en la pobreza, en la exclusión, en los tormentos”, mas não é o bastante fazer uma análise que se alicerça somente no componente passivo da dignidade humana, pois de deixa de lado uma questão importante. O componente ativo que destaca Forst, consiste em que uma pessoa que vive na pobreza não tem necessariamente sua dignidade vulnerada, “lo que vulnera en primer lugar la dignidad de los hombres es el *tener que* vivir en la pobreza, es decir, el *estar forzados* a ello, y el que sean otros hombres los que hayan causado este estado y que pudiendo solucionarlo, no lo hagan e ignoren o no atiendan suficientemente las demandas de los afectados”. Para o autor, quando tratamos do tema da dignidade “no debe pensar en situaciones (objetivas o subjetivas), sino en *relaciones* sociales, de procesos, interacciones y estructuras que producen situaciones, y en ele status que tienen en ellas los individuos”. Em suma, para Forst a meta que se pode alcançar efetivando a dignidade “es una estructura de la sociedad en la que los individuos pueden reconocerse como seres autónomos, y en la que lo puedan hacer un sentido político como conformadores de las instituciones que los vinculan”. (FORST, Rainer. *Justificación y Crítica: Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Série Ensayos: Katz edición, 2014, p. 113-128).

Barroso afirma que “no plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela [dignidade] na capacidade de encantar o espírito e ganhar adesão”.¹⁰⁷

Para podermos analisar mais detidamente a construção histórica da dignidade no decorrer da tradição ocidental, precisaremos voltar ao estoicismo, quando, todavia, não existia esse termo, mas onde podemos identificar algumas colaborações importantes que corroboraram para o surgimento desta ideia.

Em vários momentos desta época podemos verificar a presença de questões que viriam posteriormente, na ilustração, colaborar para a construção da ideia que seria denominada como Dignidade. É precisamente por isso, que Salgado afirma: “[...] a dignidade nasce na modernidade mas não é fruto exclusivo desse período”.¹⁰⁸

Segundo Hernando Valencia Villa, podemos observar a construção e desenvolvimento da ideia ocidental de dignidade humana, nos seguintes períodos históricos: na cidadania universal do estoicismo; no início da era cristã; na idade média e renascimento com a escola de direito natural; na teoria do contrato social do período barroco; nos discursos dos direitos do homem no século XVIII e; na codificação das liberdades fundamentais nas Constituições Nacionais modernas e em tratados internacionais firmados nos séculos XIX e XX.¹⁰⁹

A luta por cidadania universal (no sentido de não reduzida à *Polis*), ao final protagonizada pelos estoicos no mundo grego, pode ser considerada como pedra fundante da discussão da ideia que posteriormente seria denominada dignidade. Para os homens gregos livres que estavam legitimados a participarem ativamente das Instituições, a democracia ateniense poderia

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 09.

¹⁰⁸ SALGADO, Karine. *A Filosofia da Dignidade Humana: a contribuição do alto medievo*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, 2009, p. 09.

¹⁰⁹ VALENCIA VILLA, Hernando. *Derechos Humanos*. Madrid: Espasa Calpe, 2003. Nossa proposta aqui é analisar momentos pontuais que colaboraram em algum modo para o desenvolvimento da ideia de dignidade, não pretendemos exaurir cada fase histórica que passamos a analisar, tão somente nos limitaremos a percorrer, a título de panorama histórico, os momentos históricos que corroboraram para o desenvolvimento dessa ideia.

ser considerada uma grande invenção, porém, ficavam à margem as mulheres, os estrangeiros e os escravos.¹¹⁰

Podemos observar que os diálogos platônicos corroboraram para a consolidada concepção presente no mundo antigo, de que somente uma parte seleta da população estaria apta e, por conseguinte, tinha o poder-dever de participar nos temas que diziam respeito ao interesse público. Essa concepção teve seus enfrentamentos iniciais com os primeiros profissionais liberais, sofistas¹¹¹ e retóricos, que por sua vez defendiam uma concepção “polivalente, democrática e relativista” do homem imerso em sociedade.¹¹²

Paralelamente ao fenômeno de entropia no mundo grego com a caída das cidades-estado, podemos observar que Roma¹¹³ começa a construir seu grande império multicultural (vários povos, línguas e religiões). Desde uma perspectiva histórico-cultural do Ocidente, dos romanos até o século XVIII, “o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um *status* superior, uma posição ou classificação social mais alta”.¹¹⁴ *Dignitas*, de acordo com as investigações etimológicas de Mayos, provém de *Dignus*, “[...] -a, -um com a sinônimo de decet -uit, -ere (convê) i decus, -oris (decência, ‘honor’ i bellesa moral, decorus, indecorus) i significa: ‘que convê o escau a’, ‘que és digne de’ i ‘que mereix, que és mereixedor de’ ”.¹¹⁵

¹¹⁰ Importante destacar que os estrangeiros eram divididos em metecos e bárbaros. Os primeiros eram os estrangeiros da Polis que falavam grego, viviam geralmente em Atenas. Aristóteles e Protágoras são grandes exemplos da filosofia produzidas pelos Metecos. Já os últimos estrangeiros não tinham o conhecimento da língua grega, tiveram como um de seus mais importantes representantes bárbaros a Dácio, e não tinham nenhuma relevância nas discussões sobre a Polis.

¹¹¹ Dando primazia ao valor do indivíduo livre, e baseando-nos nas ideias trazidas pelos sofistas, a ideia de dignidade como atributo intrínseco da pessoa humana ganha maior foco por parte dos sucessores deste debate. Sobre esse tema Cf. VALENCIA VILLA, 2003.

¹¹² VALENCIA VILLA, 2003, p.15.

¹¹³ Importante destacar que “o Direito Romano, primeiro sistema jurídico propriamente dito e origem de grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais” ainda hoje pode ser considerado “a mais importante fonte material do direito moderno, influenciando consideravelmente sobre o conteúdo dos sistemas normativos atuais”. (COELHO, 2009, p.34-35).

¹¹⁴ Para Barroso (2014, p. 13-14) “como *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral”.

¹¹⁵ ANOTAÇÕES de pesquisas sobre filosofia e etimologia do professor Doutor Gonçál Mayos Solsona, Universitat de Barcelona, 1998.

Em sua primeira aparência, portanto, a Ideia de Dignidade aparece para-si no horizonte daquilo que Hegel descrevera como momento do direito abstrato, em que a liberdade se manifesta externamente como capacidade de direitos e na personalidade então entendida tão somente como possibilidade de direito, o que dota seus comandos de um caráter exclusivamente negativo, isto é, de proibições.¹¹⁶ Assim, as facetas interior e exterior da liberdade aparecem objetificadas, enquanto propriedades da pessoa capaz. De modo que mesmo a liberdade estoica interior, “inatingível pela exterioridade da força e igualificadora de todo ser humano, pondo no mesmo patamar ontológico o Imperador e o escravo” não deixa de ser uma “interioridade abstrata”¹¹⁷, presente na figura estoica do escravo-filósofo e na consciência-de-si estoica que “recalcada sobre si torna-se objeto para si mesma como forma da coisa formada e ao mesmo tempo contempla no senhor o ser-para-si como consciência”.¹¹⁸ Contemplação ou desencontro entre liberdades subjetiva e objetiva que se manifesta no entendimento romano a respeito do “modo mais expressivo de manifestação da liberdade”, isto é, no direito de ir e vir (*facultas recedendi*), em que não se distinguiria do servo aquele que estivesse impedido de exercê-lo.¹¹⁹ Assim sendo, em Roma, o patamar mínimo de dignidade, o primeiro nível, se traduzia na capacidade de deter o direito de ir e vir e opor esse direito por meio de *habeas corpus* a quem quer que desrespeitasse tal faculdade.

Em certa medida, é possível atribuir à essa vinculação originária entre dignidade e posição social, uma dimensão de hierarquia em seu significado no discurso ocidental e na formação das culturas europeias, que somente será superada a partir das primeiras Revoluções liberais, que necessariamente passaram pela experiência do terror revolucionário, permitindo a reconciliação da ideia de poder com as ideias de liberdade e

¹¹⁶ HEGEL, G. W. F. *Outlines of the Philosophy of Right*. Trad. de T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 55.

¹¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 60.

¹¹⁸ HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª ed. Trad. de Paulo Menezes. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 151.

¹¹⁹ SALGADO, 2006, p. 61.

igualdade numa ordem constitucional voltada para a promoção de direitos. E será essa supressão, como se pode ver em Hegel¹²⁰, que permitirá na trajetória da modernidade ocidental a conciliação na experiência político-jurídica entre dignidade e igualdade, no reconhecimento dos direitos humano-fundamentais (pelo menos no plano do conceito).

Mas continuemos a caminhada.

Podemos perceber um lento processo de construção da subjetividade e da individualidade na Idade Média, superando a eticidade imediata do período antigo (calcada na unidade, agora cindida, entre cidadão e *Polis*). Esse processo de valorização da individualidade não pode ser visto como particularidade extremada, “posto que há uma universalização da visão e da compreensão do homem e de seu valor essencial, importante tanto quanto o próprio processo de exaltação da individualidade para se chegar ao conceito de dignidade”.¹²¹

Nesse sentido, pode-se enumerar algumas das contribuições que a Idade Média aportou à ideia moderna de dignidade, utilizando-se para tal os estudos feitos por Karine Salgado, e fazendo uma abordagem crítica sobre a construção histórica dessa ideia que nos é tão cara.

Num primeiro momento, podemos verificar que a religião teve papel fundamental para o desenvolvimento do que viria a ser chamado de dignidade no período medieval. Segundo Karine Salgado, o Cristianismo teve papel fundamental para a construção da cultura ocidental.¹²²

A cultura produzida pelo ocidente trouxe grandes contribuições para a construção do conceito de dignidade, notadamente no que se refere ao discurso religioso cristão. Segundo Karine Salgado, nele, a ideia de Deus e sua manifestação na palavra bíblica traz uma aproximação muito importante da ideia de dignidade. Exemplo disso se situaria em passagens como Gênesis

¹²⁰ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Revolução e Terror como figuras-chave para a Compreensão da Liberdade no Estado Racional hegeliano. *Virtuajus*, v. 1, artigo nº 4, 2009.

¹²¹ SALGADO, 2009, p.12.

¹²² “O legado do Cristianismo à cultura ocidental é enorme e pode ser encontrado em cada um dos pilares da cultura contemporânea, mas também em cada pequeno grão deste enorme edifício cultural” (SALGADO, 2009, p.12).

1:26 “disse também Deus: Façamos o homem à nossa imagem e semelhança”.¹²³

A criação do homem como imagem e semelhança de Deus traz à concepção de ser humano algo criado e submetido ao Pai, o todo perfeito, onipotente e onipresente. Mas algo que, apesar de submetido, seria livre, porque amado por esse pai Todo Poderoso. Nessa concepção, o homem passa a ter de cumprir os mandamentos e os sacramentos nascidos do coração de Deus para que o próprio homem possa viver no mundo. Destarte, outro exemplo estaria presente na seguinte passagem do Novo Testamento:

Não mintais uns aos outros, pois que já vos despistes do velho homem com os seus feitos; e vos vestistes do novo, que se renova para o conhecimento, segundo a imagem daquele que o criou; onde não há grego, nem judeu, circuncisão, nem incircuncisão, bárbaro, cita, servo ou livre; mas Cristo é tudo, e em todos.¹²⁴

O discurso cristão, ao superar o legalismo hebraico, aproximou, através do texto bíblico, questões que, segundo Karine Salgado, foram muito relevantes para o processo de individualidade do homem, tais como a criação à imagem e semelhança de Deus e a igualdade entre homens, mais especificamente a indistinção como grego ou bárbaro e servo ou livre. Esse discurso Cristão afirmaria a ideia de que seríamos filhos de um mesmo Pai, um mesmo Criador, que ao nos amar, nos permitiria ser livre e ser um fim em si mesmo, iguais no amor desse criador.

Neste sentido, a passagem de São Paulo, também vai ao encontro do discurso cristão que corroborou para o desenvolvimento da dimensão da subjetividade em dialética com a igualdade no ocidente:

Mas a manifestação do Espírito é dada a cada um, para o que for útil [...]. Pois todos nós fomos batizados em um Espírito, formando um corpo, quer judeus, quer gregos, quer servos, quer livres, e todos temos bebido de um Espírito.¹²⁵

Um das principais diferenças relatadas pelo pensamento cristão, que colocou em xeque a unidade da Igreja Católica, e foi considerada à

¹²³ BIBLIA SAGRADA, Gênesis, 1:26. 180ª edição, Editora Ave Maria, s/a.

¹²⁴ BIBLIA SAGRADA, Colossenses 3; 9:11.

¹²⁵ BIBLIA SAGRADA, 1 COR 12: 7-13.

princípio quase irreconciliável, consistiu na evolução da imagem de Deus do Antigo para o Novo Testamento, neste a concepção de Deus ganhou nova compreensão e deixou “dúvidas quanto à continuidade natural entre seu conteúdo e a doutrina Cristã que se pretende a ele se coadunar”.¹²⁶ O ideário formado a partir da compreensão de um Deus, centrado no amor, e que conclamava aos homens a amar uns aos outros, influenciou a reorganização das ideias gregas na filosofia medieval, gerando de bases culturais que desaguariam em posteriores elucubrações sobre a dignidade como as de Kant.

Assim, no decorrer de seu desenvolvimento, “o conceito de dignidade humana sintetiza uma gama de elementos e valores que vieram sendo desenvolvidos ao longo da história do Ocidente”. A Idade Média aportou importantes contribuições para o processo de construção da ideia de dignidade, “acrescentou e inovou a herança antiga de modo a se colocar como momento fundamental na trajetória de amadurecimento da consciência até a afirmação da dignidade humana”.¹²⁷

Porém, o que Karine Salgado não ressalta é que essa mensagem de amor cristão (importante na conciliação ocidental da ideia de dignidade como ideia de igualdade) conviveu com a mensagem de uma justiça que somente se realiza na “cidade de Deus”, no mundo após a morte. Essa ideia, com bem esclarece Hegel na *Fenomenologia do Espírito*¹²⁸, construiu as condições culturais para uma sociedade medieval e pós-medieval de injustiças e desigualdades na “cidade dos homens”. Somente com a secularização da cultura ocidental na modernidade se reclamará que essa dignidade (ocidentalmente compreendida como não ser posto na condição de servo, mas ser fim em si mesmo) seja atendida e respeitada no “aqui e agora”, na imanência da vida social, gerando-se as condições de motivação das Revoluções modernas.

¹²⁶ Importante destacar que o Antigo e o Novo Testamentos não eram vistos como uma única obra sagrada, existem vários pontos de tensão entre os dois textos, porém, eles foram unidos para preservar a unidade do Cristianismo. Por isso, foram dadas interpretações tais como, ambos os textos são as palavras do Pai Celestial e o Messias do Velho Testamento é Jesus Cristo que está presente no Novo Testamento. (SALGADO, 2009, p.127).

¹²⁷ SALGADO, 2009, p. 160-161.

¹²⁸ HEGEL, 2014.

1.2.1.2 - A inserção secularizada do tema da dignidade no cotidiano social moderno: revendo os estudos de Lynn Hunt

Segundo Lynn Hunt, na concepção moderna original, os direitos humanos “precisan de tres cualidades entrelazadas: los derechos deben ser *naturales* (inherentes a los seres humanos), *iguales* (los mismos para todos) y *universales* (válidos en todas las partes) ”.¹²⁹

A condição de inerentes à natureza humana, a igualdade e a universalidade desses direitos eram elementos *sine qua non* na configuração dos Direitos Humanos na primeira modernidade. Mas somente essas qualidades não são suficientes, “los derechos humanos solo cobran sentido cuando adquieren contenido político”. Em outras palavras para ter efetividade no plano concreto dos Estados Nacionais, esses direitos devem passar a ser garantidos “[...] en el mundo político secular, [...] son derechos que requieren la participación activa de quienes los poseen”.¹³⁰

A pesquisa desenvolvida por Hunt sobre a invenção dos direitos humanos e sua evolução até os dias atuais desvelou um arcabouço de significados em torno do discurso destes direitos e sua importância, desde as primeiras declarações, passando pelas obras de importante contribuição para o desenvolvimento da compreensão moderna dos direitos humanos até o início de sua efetivação no decorrer do processo histórico vivido pelos Estados Unidos e pelas Grandes Potências Ocidentais, notadamente em França e Inglaterra. Expressão disso é o seguinte trecho da obra de Hunt:

Los derechos humanos no son simplemente una doctrina formulada en documentos; descansan sobre una determinada disposición sobre

¹²⁹ HUNT, Lynn. *La Invención de los Derechos Humanos*. Tradução: Jordi Beltrán Ferrer. Tusquets Editores, S.A. Barcelona-España, 2009, p.19.

¹³⁰ HUNT, 2009, p.19-20. Importante destacar a primeira vez que as qualidades supracitadas dos Direitos Humanos tiveram sentido político foi na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e posteriormente, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França. “Dicho de otro modo en algún momento entre 1689 y 1776, derechos que habían sido considerados casi siempre como los derechos de una gente determinada – los ingleses nacidos libres, por ejemplo – se transformaron en derechos humanos, derechos naturales universales, lo que los franceses llamaron ‘*les droits de l’homme*’ ”.

los demás, sobre un conjunto de convicciones acerca de cómo son las personas y como distinguen el bien del mal en el mundo secular.¹³¹

O desenvolvimento dos direitos humanos não pode ser considerado como algo concretizado, pois “la revolución de los derechos humanos es, por definición, continua” e seu caráter universalizante a cada dia exige, tanto por parte dos Estados, quanto por parte de Organismos Internacionais, uma maior e crescente efetividade no plano político.¹³²

Hunt destaca que um terreno importante em que o discurso dos direitos humanos teve um papel primordial e pôde desenvolver-se foi o debate da época pré-revolucionária sobre a humanização dos procedimentos judiciais e penais, notadamente no que diz respeito ao uso da tortura como método para obter a confissão. Hunt destaca que “la tortura, es decir, la tortura autorizada legalmente para arrancar confesiones de culpabilidad o nombres de complices, se convirtió en asunto capital después de que Montesquieu la atacase en *Del espíritu de las leyes*”¹³³.

Em uma das mais célebres passagens dessa obra de Montesquieu, ele afirma de modo contundente o seguinte:

Tantas pessoas habilidosas e tantos belos gênios escreveram contra essa prática, que não ousou falar depois deles. Eu ia dizer que ela poderia ser conveniente nos governos despóticos, onde tudo o que inspira o temor entra no mecanismo do governo; eu ia dizer que os escravos sob os gregos e os romanos.... Mas ouço a voz da natureza que grita contra mim.¹³⁴

Sob a ótica da literatura das novelas da época, Hunt aponta importantes contribuições para a construção da concepção de Direitos Humanos nos inícios da modernidade.¹³⁵

¹³¹ HUNT, 2009, p.26.

¹³² HUNT, 2009, p. 28.

¹³³ HUNT, 2009, p.30.

¹³⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 06 de outubro de 2015.

¹³⁵ Estas contribuições podem ser situadas com a publicação das seguintes novelas, *Julia*, o *La nueva Eloísa* (1761) escrita por Rousseau, *Pamela* (1740) e *Clarissa* (1747-1748) ambas escritas por Richardson, e podem ser consideradas “las tres novelas de identificación psicológica má importantes del siglo XVIII” (HUNT, 2009, p. 39).

Hunt conclui que, a experiência das novelas foi um marco importante, e afirma o seguinte:

La capacidad de identificar más allá de las barreras sociales pudo haberse adquirido de muchas maneras; no pretendo que la lectura de novelas fuese la única. Contodo, parece pertinente considerar la lectura de novelas como una experiencia decisiva, si tenemos en cuenta el apogeo de un genérico particular de novela - la novela epistolar - coincide cronológicamente con el nacimiento de los derechos humanos.¹³⁶

Outro momento importante para afirmação dos direitos humanos no imaginário social foi o caso Calas¹³⁷ debatido por Hunt. Nele, o que se afirma, ao final, é que “[...] lo esencial de su razonamiento era que la intolerancia no podía ser un derecho humano”. Esse caso em particular adquiriu notoriedade quando Voltaire publicou um panfleto e um livro baseados no caso. Quando ocorreu ambas as publicações o Sr. Jean Calas já estava morto, mas sua repercussão fez com que fossem abertos os olhos à tortura, até então legal e parte do procedimento comum do inquérito para obter confissão. Apesar de que ao início Voltaire “no protestó [...] contra la tortura ni el descoyuntamiento en la rueda”, para ele o mais importante era tratar a questão do fanatismo religioso, no decorrer dos acontecimentos e da grande publicidade que o caso tomou. Porém Voltaire começou a mudar “el foco de atención [...] comenzó a desplazarse, y sus ataques cada vez más contra el propio sistema de justicia penal, especialmente en cuanto al uso de la tortura y la crueldad”¹³⁸.

¹³⁶ HUNT, 2009, p. 40.

¹³⁷ O caso Calas foi um divisor de águas na luta pelos direitos humanos. “Una noche después de cenar, la familia había encontrado a Marc-Antoine colgado de la puerta del almacén situado en la parte trasera de la casa; aparentemente, se trataba de un suicidio”. Naquela época, o suicídio era crime, “[...] una persona que se suicidara no podía ser enterrada en tierra consagrada, y, si era declarada culpable en una vista, el cuerpo podía ser exhumado, arrastrado por las calles de la ciudad, colgado luego por los pies y arrojado al vertedero”. Devido às contradições dos testemunhos dos presentes, a polícia deteve ao pai, a mãe, ao irmão, a uma visita que estava presente e o empregado (servente), ambos foram acusados de assassinato. Por uma decisão de um Tribunal local, o pai, a mãe e o irmão foram condenados a serem “torturados para así arrancarles confesiones de culpabilidad (la llamada ‘cuestión de tormento preliminar’), pero, tras un recurso de apelación, el Parlamento de Toulouse anuló la decisión local, se negó a aplicar la tortura antes de la declaración de culpabilidad y allí culpable solo al padre, con la esperanza de que delatase a los demás al ser torturado, justo antes de la ejecución” (HUNT, 2009,p.74).

¹³⁸HUNT, 2009, p. 71-77. Sobre o Caso Calas ademais do livro de Lynn Hunt, o próprio livro de Voltaire “*Tratado sobre tolerancia con ocasión de la muerte de Jean Calas*”.

Voltaire, em 1766 começou a denunciar a tortura judicial e passou a fazer várias referências ao “caso Calas” posteriormente, buscando combater a tortura autorizada. Essas publicações fizeram com que surgisse uma oposição aos requintes de crueldade empregados nos procedimentos judiciais, como meio de se obter provas. Voltaire entendia que a compaixão natural faz com que todos os homens detestem a violência utilizada nos procedimentos judiciais. E, em 1769, incluiu um verbete sobre a tortura em seu Dicionário filosófico, o qual passou, por conseguinte, a fazer parte da lista de Livros Proibidos.¹³⁹

A importância de termos abordado algumas das narrativas, tanto literárias quanto acadêmicas, estudadas por Hunt, foi poder demonstrar como os sujeitos sociais passaram a dar novo significado aos direitos humanos, enquanto um conjunto de requisitos para uma vida e um tratamento social dignos. A partir do momento em que passaram a reconhecer o outro como semelhante, como compartilhando as mesmas características essenciais, esse amadurecimento do entendimento sobre direitos humanos, trouxeram para os próprios procedimentos judiciais a ideia de que o corpo deve passar a ser protegido e poupado de humilhações mesmo que o indivíduo estivesse sendo julgado por um tribunal e fosse, em princípio, um criminoso.

Lynn Hunt ainda destaca que “a finales del siglo XVIII, la opinión pública parecía exigir que se pusiera fin a la tortura judicial y las numerosas humillaciones que se infringían a los cuerpos de los condenados”. Ela cita uma importante passagem na qual Benjamin Rush, um médico norte-americano, no ano de 1787, disse que também os condenados “poseen almas y cuerpos que se componen de los mismos materiales que los de nuestros amigos y parientes”.¹⁴⁰

Os eventos dessa época citados, têm o objetivo de demonstrar o alcance que passou a ter uma noção de dignidade, dentro dos procedimentos judiciais. A nova tratativa que se deu aos inquiridos judiciais após o caso

¹³⁹ HUNT, 2009, p. 76.

¹⁴⁰ RUSH citado por HUNT, 2009, p. 77.

Calas e as intervenções de pensadores como Voltaire, trouxeram à discussão uma concepção mais humanizada, para a atuação e os limites do Estado. Assim, também observa Hunt:

En el curso de ese debate cada vez más desigual, los nuevos significados otorgados al cuerpo se habían vuelto más evidentes. El cuerpo descoyuntado de Calas [...] adquirieron una nueva dignidad. En el tira y afloja sobre la aplicación de la tortura y el castigo cruel, esta dignidad apareció primero en las reacciones negativas a las agresiones judiciales de las que el cuerpo era objeto. Pero con el tiempo despertó sentimientos positivos de empatía [...].¹⁴¹

Isso não quer dizer que foi resolvida a questão dos meios de torturas nos processos judiciais, porém foi um período determinante para o desenvolvimento de uma noção de dignidade como valor social presente no debate moderno.

La tortura desapareció porque el marco tradicional del dolor y la individualidad se deshizo y, poco a poco, dio paso a un nuevo en el que los individuos eran dueños de sus cuerpos, tenían derecho a su independencia y la inviolabilidad corporal, y reconocían en otras personas las mismas pasiones, sentimientos y compasión, que ellos mismos albergaban.¹⁴²

Por conseguinte, algumas mudanças concretas foram aplicadas não só na França. Frederico, o Grande, da Rússia, em 1754, já tinha abolido a tortura judicial de seu território; na Suécia, foi em 1772; na Austria, em 1776; em 1780 na França foi abolida a tortura com a finalidade de obter a confissão judicial. Em 1789 a França renunciou a todas as formas de tortura dentro do procedimento judicial e em 1792 passou a adotar a guilhotina como modo mais rápido e indolor de execução de pena de morte.¹⁴³

¹⁴¹ HUNT, 2009, p. 109-110. Para Hunt “el castigo público, pues, socavaba los sentimientos sociales haciendo que los espectadores fuesen cada vez más insensibles: perdían sus sentimientos de ‘amor universal’ y el sentido de que los delincuentes tenían un cuerpo y alma como los suyos propios”. De fato, a compreensão dos espectadores das sessões de tortura era estimulada de modo a que o castigo fosse eivado de compaixão, pois o castigo em si é uma norma legal e por isso não se pensava em opor resistência, e, qualquer sentimento de compaixão que sobressaltara aos olhos de algum espectador, voltava vazio ao coração onde se originou.

¹⁴² HUNT, 2009, p. 111.

¹⁴³ O governo britânico, em 1783, cessou a procissão pública a Tyburn, que naquela época, era considerada quase uma festividade (espetáculo) popular e passou a adotar execuções mais humanitárias e céleres, fazendo uso da força como meio de cumprimento de condenação cuja pena fosse a de morte (HUNT, 2009). Tyburn foi uma aldeia do condado de Middlesex na Inglaterra, que ficou conhecida pelas execuções que se realizaram na localidade até o século XVIII. O processo de cumprimento da pena se iniciava com uma procissão que ia desde a

Nessa época, vários foram os autores que também se dedicaram a debater a questão da tortura no procedimento judicial e que puderam contribuir de modo efetivo à disseminação e publicidade dessa importante questão pela Europa e pelas Colônias Americanas. Podemos afirmar que Cesare Beccaria foi um dos importantes juristas que escreveram sobre o tema. Em sua principal e mais conhecida obra, *Dei Delitti e Delle Pene*, ele afirma:

Questa inutile prodigalità di supplicii, che non há mai resi migliori gli uomini, mi há spinto ad esaminare se la morte sai veramente utile e giusta in un governo bene organizzato. Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi.¹⁴⁴

Hunt ressalta em sua obra que, contraditoriamente, a tortura tinha na Europa da época um fundo religioso ainda. Estava fundada na velha ideia de que assim se expiavam pecados e se garantia salvação (acesso à “Cidade de Deus”).¹⁴⁵

A nosso ver, essa “função social da pena”¹⁴⁶ atribuída pela opinião tradicional e religiosa, significou, à época, o fomento de extrema violência e de uma grande necessidade de ser ressaltada as figuras de autoridade. É também neste sentido que Brissot afirma que o caráter violento dos castigos “[...] solo destilan sangre y muerte, y solo tienden a inspirar rabia y desesperanza en el corazón del acusado”¹⁴⁷. Raiva e desespero que foram canalizados e imediatamente exteriorizados posteriormente. Violência, religião e autoridade

prisão até o local da execução da pena. Alguns prisioneiros eram despidos e amarrados em cavalos para que fossem arrastados durante a prossição pública (HUNT, 2009).

¹⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Letteratura italiana Einaudi. Edizione di Renato Fabietti, Mursia, Milano, 1973, p. 69.

¹⁴⁵ “De acuerdo com la opinión tradicional, los dolores del cuerpo no pertenecían enteramente al reo individual. Esos dolores tenían los propósitos religiosos y políticos superiores de redención y reparación de la comunidad. Los cuerpos podían ser mutilados para marcar la presencia de la autoridad, y desconjuntados o quemados para restaurar de esse modo el orden moral, político y religioso. Dicho de outro modo, el delincuente era una especie de víctima sacrificial cuyo sufrimiento devolvería la compleción a la comunidad y el orden del Estado”. Como explica Hunt, no que diz respeito ao caráter também religioso no processo de execução da pena, o que ocorria na França era que a demonstração de “[...] la naturaleza sacrificial del rito se subrayaba mediante la inclusión en muchas sentencias de un acto formal de penitencia (la *amende honorable*), en la cual el criminal condenado portava una antorcha encendida y, camino del patíbulo, se detenía delante de una Iglesia para pedir perdon” (HUNT, 2009, p. 95).

¹⁴⁶ Expressão atual usada de forma irônica. Hoje, a função social da pena deve significar o processo de reabilitação do preso, para que o mesmo possa ser reinserido na comunidade após o cumprimento de sua sentença condenatória transitada em julgado.

¹⁴⁷ BRISSOT, citado por HUNT, 2009, p.106.

foram, com o advento revolucionário, confundidas em um só todo, com as massas francesas pela primeira vez aparecidas à público se lançando e sendo lançadas contra a ordem até então estabelecida e para qualquer tentativa de constituição imediatamente subsequente, devorando-se a si mesmas, na conhecida expressão do terror revolucionário. Nesse contexto, a resposta dos direitos humanos-fundamentais apareceria como a negação da negação, ao conciliar mediata e institucionalmente (no sujeito universal de direitos universais, jurídico-positivamente transcrito no princípio da dignidade da pessoa humana) ordem e liberdade.

Nesse sentido, então, é possível afirmar que foram principalmente a Revolução Norte-americana, a Revolução Francesa e a Declaração Universal das Nações Unidas que, como manifestações decisivas da processualidade então narrada, fizeram com que a ideia de dignidade alcançasse força no plano jurídico em sua feição constitucional: os direitos fundamentais. Sendo sua dinâmica, enquanto sentido, assim analisada por Comparato:

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.¹⁴⁸

É importante frisar, nas palavras de Comparato, que o fenômeno pelo autor identificado como um “nascer nas consciências da exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos” é, em razão da própria historicidade humana, sempre um “re-nascimento”, em que homem e mundo, no sentido de passado e tradição, precisam se reconciliar, no que as novas regras não deixam de ser uma negação e conservação das velhas.

Assim, dando continuidade à construção do debate sobre o desenvolvimento conceitual da dignidade passaremos à análise, na próxima seção, do período da Ilustração e seus desdobramentos revolucionários que

¹⁴⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

foram de grande relevância para o debate atual sobre direitos humanos, notadamente com relação à dignidade humana, sob a perspectiva da filosofia kantiana e sua repercussão no Direito Constitucional Contemporâneo, bem como sobre os aportes hegelianos e neohegelianos no debate e o potencial que possuem para fomentar um olhar mais adequado à tratativa interconstitucional do problema, na cultura constitucional atual.

1.2.2 A consolidação da dignidade como ideia fundamental no pensamento político-jurídico moderno

A dignidade como direito humano-fundamental deve ser muito bem analisada e profundamente debatida, para que de fato possamos buscar efetivamente sua concretização no âmbito jurídico-normativo, de modo a ser mais que um discurso, um motor para transformações e ganhos inclusivos¹⁴⁹ à tessitura social e à qualidade de vida humana.

A compreensão da dignidade como ideia-chave na estruturação da vida política ocidental contemporânea passa por um retorno à sua definição no pensamento filosófico iluminista, sobretudo aquele de matriz kantiana. Acertadamente ou não, é no trilhar do pensamento de Kant que atuam a maioria dos entusiastas da dignidade como direito fundamental nuclear dos Estados Constitucionais democráticos contemporâneos. Retorno, que vai explicitamente marcado, por exemplo, por Bloch:

[...] ha llegado el momento de unir funcionalmente y superar las diferencias en las antiguas intenciones de dignidad de las teorías iusnaturalistas. Teniendo la plena seguridad de que tan poco posible es la dignidad humana sin el término de la miseria como una dicha humana sin poner término a toda opresión antigua o moderna. Lo mejor de la Ilustración no sale al paso precisamente en este terreno y se alza como una pretensión que nada puede eliminar.¹⁵⁰

¹⁴⁹ A noção de inclusão é empregada nesta Tese no mesmo sentido dado ao termo por ACEMOGLU e ROBINSON, quando se referem a instituições políticas inclusivas em oposição a instituições políticas extrativas. (Cf. ACEMOGLU; ROBINSON. *Por qué Fracasan los Países: Los orígenes del poder, la prosperidade y la pobreza*, Ediciones Deusto, 2012).

¹⁵⁰ BLOCH, Ernest. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. XII.

Veremos, porém, que o importante contributo da Ilustração para a construção da ideia de dignidade na modernidade precisa ser complementado com aportes oriundos na própria reação à Ilustração, notadamente aqueles desenvolvidos na esteira do pensamento de matriz hegeliana.

Como veremos, é na complementaridade das matrizes kantiana e hegeliana de pensamento que se pode precisar e atualizar a ideia de dignidade no contexto atual de *modernidade crítica* (dos países desenvolvidos) e de *modernidade tardia* (dos países em desenvolvimento).

1.2.2.1 A ideia de dignidade a partir da matriz kantiana: respeito à autonomia da vontade e à não-redutibilidade objetal

Na Ilustração, foi Kant quem trouxe à ideia de Dignidade seu mais importante ganho significacional até então. Essa ideia, até então, podia ser considerada como algo filosoficamente indefinido, quiçá sem contornos propriamente racionais:¹⁵¹

Chega-se, então, à dignidade humana, símbolo de um valor inexprimível por assim dizer, prova da consciência humana de si mesma, imperativo de reconhecimento imediato e universal deste valor, desafio de efetivação assumido pelo direito.¹⁵²

Pensar a dignidade vai muito além de analisar um princípio jurídico. Cada batalha que cunhou o espírito desse princípio, e pelo qual se teve de passar para afirmar a dignidade enquanto valor intrínseco do homem, para que ela nascesse e florescesse tal como a conhecemos no presente e para que possamos salvaguardar vidas e direitos, nos traz a responsabilidade de dialogar criticamente de modo a buscar cada vez mais a concretização e efetivação deste princípio.

Seguindo a filosofia kantiana, devemos considerar a dignidade como um princípio *a priori*. Para Kant algo que não tem preço, que não se pode

¹⁵¹ O que podemos afirmar hoje é que, todavia, não temos o contorno conceitual pleno para a dignidade porque chegou-se à conclusão de que contorná-la seria limitá-la e como a concepção atual da dignidade é algo tão caro e precioso para o mundo, não podemos delimitá-la materialmente, mas sim, buscar reafirmá-la e concretizá-la.

¹⁵² SALGADO, Karine. A filosofia da dignidade humana. Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011, p.13.

mensurar o valor, possui, como característica intrínseca, dignidade. São com essas simples e fundamentais palavras que Kant por primeira vez deu nome à essa ideia em suas obras.

É justamente com base em Kant, que Comparato afirma que “a humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma”.¹⁵³

A compreensão do conceito de dignidade em Kant passa por revisitar a forma como Kant fundamenta a moralidade deontológica, sua ética do dever, enquanto uma estrutura correlata a uma ordem de direitos.

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* o dever é um componente da normatividade social que somente pode ser fundamentado racionalmente se conectado à noção de limite da vontade.¹⁵⁴ E o que pode limitar a vontade de um sujeito, numa sociedade pensada como lugar de realização racional de liberdade, e a percepção de outros sujeitos, irreduzíveis a menos objetos da vontade alheia; ou seja, é a percepção da dignidade dos demais sujeitos.

Outra dualidade que podemos verificar na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, relevante para a discussão, é aquela que se estabelece entre a moralidade e a liberdade. De acordo com o filósofo alemão o indivíduo só é livre quando a sua ação é determinada autonomamente, e se ele é capaz de exercer sua liberdade enquanto autonomia, deve ser capaz de agir segundo uma lei que ele se impõe a si mesmo. Essa, é a lei da razão, se há razão na ação de um indivíduo, então essa ação torna-se uma força de decisão independente das inclinações do desejo, das regras da natureza ou das circunstâncias.

Kant, pensando nos modos em como a razão pode determinar a ação, formula os imperativos morais. Os imperativos hipotéticos utilizam-se

¹⁵³ COMPARATO, 2015, p. 34.

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 26.

da razão instrumental, ou seja, do raciocínio sobre como um meio que se utiliza para se chegar a um fim, a ação é apenas um meio. A ação precisa encontrar fundamento em algo externo a ela.

Nos imperativos categóricos a ação é válida em si mesma e, portanto, necessária. A ação, neste caso, está em harmonia com a razão, pois não tem referência ou dependência de qualquer outro propósito.

Para Kant, o dever “deve ser a necessidade prática-incondicionada da acção, tem de valer portanto para todos os seres racionais (os únicos aos quais se pode aplicar sempre um imperativo), e só por isso pode ser lei também para toda a vontade humana”¹⁵⁵.

Segundo Kant, o dever moral tem três possibilidades de ser cumprido, mas somente uma das possibilidades pode ser considerada consentânea à dignidade.¹⁵⁶

Isso se dá quando o cumprimento do dever moral, ocorre segundo o seguinte conceito: “Dever é a necessidade de uma acção por respeito à lei”.¹⁵⁷

Nesse sentido, Kant afirma o seguinte:

O valor moral da acção não reside, portanto, do efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio da acção que precise de pedir o seu móbil a este efeito esperado. Pois todos estes efeitos (a amenidade da nossa situação, e mesmo o fomento da felicidade alheia) podiam também ser alcançados por outras causas, e não se precisava portanto para tal da vontade de um ser racional, na qual vontade – e só nela – se pode encontrar o bem supremo e incondicionado.¹⁵⁸

¹⁵⁵ KANT, 1995, p. 65. A primeira possibilidade do dever moral se dá quando o seu cumprimento é determinado por um interesse próprio, ou seja, “a acção é conforme o dever e o sujeito é além disso é levado a ela por uma inclinação imediata”. Por mais que o sujeito realize a ação conforme o dever, ele foi levado a praticá-la por uma inclinação, o que para Kant é considerado uma ação pelo dever, portanto a sua verdadeira motivação não é respeitar o dever. A segunda proposição formulada por Kant como possibilidade de cumprimento do dever moral cifra-se em que “uma acção praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina”. Esta proposição é baseada no princípio do querer, e não depende da realidade do objeto da ação, ou seja, é conforme ao dever e também há uma inclinação imediata pelo dever. Por mais que essa ação seja realizada para cumprir um dever moral, ela foi praticada não em respeito ao dever, mas conforme o que a máxima diz ser correto, assim, o resultado da ação por mais que seja considerado o adequado, os desejos que levaram à sua prática não podem ser considerados os corretos por Kant, por isso, também não conseguimos identificar essa ação como digna.

¹⁵⁶ KANT, 1995, p. 27.

¹⁵⁷ KANT 1995, p.31.

¹⁵⁸ KANT, 1995, p. 32.

Assim o que atribui esse valor moral é a capacidade do indivíduo de estar acima do interesse próprio e das inclinações, agindo apenas por dever; é sua intenção de agir por dever que atribui o valor moral à ação.

E é a dignidade, para Kant, que faz com que ajamos por dever e com autonomia, ou seja, a dignidade consiste em ser governado por uma lei criada pelo próprio indivíduo, que ele se impõe a si mesmo com autonomia. Esse é um segundo sentido, que se soma ao primeiro, consubstanciado na ideia de algo que tem valor em si mesmo e é fim em si mesmo. Assim sendo:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.¹⁵⁹

Sabemos que a liberdade como autonomia para Kant, significa poder agir livremente sem ser motivado pelo fim determinado da sua ação, ou seja, sem que a intenção para agir sejam as consequências que resultam dessa ação. Uma inclinação egoísta não respeita a dignidade humana, consistente em tratar os sujeitos como fins em si próprios e não apenas como um mero meio. E para Kant somente um tipo de intenção condiz com a moralidade: a intenção do dever, ou seja, fazer a coisa certa pelo motivo certo.

O conceito segundo o qual todo ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas ações, leva sempre, segundo o filósofo, a um conceito que lhe anda aderente: o *reino dos fins*. Afirma Kant:

Por esta palavra *reino* entendo eu a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns. Ora, como as leis determinam os fins segundo a sua validade universal, se fizer abstração das diferenças pessoais entre os seres racionais e de todo o conteúdo dos seus fins particulares, poder-se-á conceber um todo conjunto de fins (tanto dos seres racionais como fins em si, como também dos fins próprios que cada qual pode propor a si) em ligação sistemática, quer dizer, um reino dos fins.¹⁶⁰

¹⁵⁹ COMPARATO, 2015, p. 34 (grifo nosso).

¹⁶⁰ KANT, 2008, p. 79.

Seres racionais estão, pois, submetidos a uma lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros seres racionais *simplesmente como meios*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si*¹⁶¹. E o reino dos fins que pode ser universalizado como fins que devem ser compartilhados por todos tem lugar para os direitos humanos como um desses fins racionais que se convertem em dever, em razão de sua necessidade para realização da razão-de-ser do homem (a liberdade enquanto dignidade).

Nesse reino dos fins, cada máxima de vontade concebida como legisladora universal é relacionada pela razão com todas as outras vontades e com todas as ações para consigo mesmo em virtude da ideia de *dignidade* de um ser racional, o qual não obedeceria a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá. Na fórmula consagrada já citada, afirma o filósofo alemão que, no reino dos fins, tudo tem ou um peso ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um peso, um valor, uma importância, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. Aqui se vê somar aos sentidos kantianos de dignidade à noção de singularidade. Essa perspectiva kantiana declarou-se também no plano das relações internacionais; e relaciona-se com seu cosmopolitismo.

Assim, atualizando o debate, a construção de um reino dos fins no plano internacional, segundo leis que organizem sistematicamente, por meio de máximas do agir (normas), as relações internacionais, deve ser visto como importante instrumento para a estruturação de uma *Justiça Universal Concreta*, no atual mundo globalizado.¹⁶²

Tal como adverte Pinto Coelho, a atual “globalização econômica, que já se operou, exige uma globalização da dignidade humana e dos direitos humanos, em termos de justiça social, grande desafio da

¹⁶¹ KANT, 2008, p. 79-80.

¹⁶² cf. SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, MG, v. 89, 2004, p. 50-53.

contemporaneidade”.¹⁶³ Mas esse processo não pode ocorrer de modo a desconsiderar o fato de que a experiência internacional da igualdade (formal e material, de condições e social), sem respeito ao caráter multicultural e à intrínseca solidariedade internacional do mundo atual (dada pela inter-implicação inafastável que a globalização produz), não passaria de imposição de um padrão uniforme que, por desconsiderar as bases axiológicas de cada cultura (suas inclinações, no sentido kantiano) e a autodeterminação dos povos (sua dignidade de ser fim em si mesmo, autônomo na manifestação de sua vontade), se revelaria totalitário e injusto.

Em nosso entendimento, os desdobramentos atuais da perspectiva kantiana deveriam ser entendidos no sentido de que a universalização de um reino dos fins, calcado na autonomia racional da vontade, deve ter como diretriz fundamental, um humanismo que saiba reconhecer em cada pessoa e em cada nação a sua dignidade – enquanto fim em si mesmo, fazendo valer, no plano nacional (relação entre os indivíduos) e no plano internacional (relação entre os Estados) a máxima de fundamentação kantiana acima mencionada: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.¹⁶⁴ Tal desafio de internacionalização de uma moralidade calcada na autonomia racional da vontade, no sentido kantiano, perpassa pelo valor central da alteridade – capacidade de reconhecer o outro, diferente, como igualmente digno, ou seja, também como um fim em si mesmo.¹⁶⁵

Ocorre que a moralidade formal kantiana, estruturada num sujeito formal aprioristicamente configurado, produz dificuldades para a tratativa atual da questão da dignidade em contextos interculturais. A ter pretendido uma fundamentação ética puramente racional, o criticismo kantiano deixou de problematizar as variáveis da história, da cultura e da linguagem na

¹⁶³ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 34, p. 98-115, 2010, p. 113.

¹⁶⁴ KANT, 1995, p. 69.

¹⁶⁵ Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça Em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Editora da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 1995, p.21-62.

tratativa dos fenômenos de convivência social. Assim sendo, é necessário buscar aportes complementares no pensamento dialético.

1.2.2.2 - Aportações da matriz hegeliana à ideia de dignidade: culturalidade da “vida ética” e reconhecimento

Dando continuidade à análise de cunho filosófico ao termo dignidade, temos de passar obrigatoriamente pela filosofia hegeliana, que traz aportes importantes para a compreensão da dignidade, como um conceito complexo dentro da filosofia do direito.

Saulo Pinto Coelho demonstra a necessidade de superação do apriorismo kantiano para poder se pensar concretamente a dignidade, capaz de lidar com a diversidade de valores e mundivisões culturais nas sociedades contemporâneas:

O pensamento hegeliano se traduz, justamente, na superação (nunca mera suplantação) da postura transcendental kantiana, alçando-a em renovado patamar, que se pode chamar de perspectiva especulativa. Nesse ângulo hegeliano de consideração das questões filosóficas, nem se opera a crença numa verdade por trás das aparências (perspectiva transcendente), nem se renuncia à verdade insulando-a na coisa-em-si (perspectiva transcendental). Reconhece-se que a subjetividade é inerente a todo e qualquer processo de cognição, mas se busca compreender que a própria verdade, a própria realidade, é enquanto humanamente compreendida e trabalhada.¹⁶⁶

Para o autor, um pensamento jurídico capaz de lidar com a interculturalidade vai além do sujeito formal do apriorismo kantiano, pois há uma necessidade de se pensar o homem no meio social, o que para Hegel é denominado de Espírito, bem como, pensar a comunicação intersubjetiva na imersão permanente na tradição e na linguagem, o que para Heidegger e Gadamer se denomina *Horizonte de Mundo*.

Assim, segundo Fernandes:

Hegel, por sua vez, irá sofisticar ainda mais a noção de dignidade humana quando concebe que esta é fruto de um complexo processo de reconhecimento. A ideia de reconhecimento surge no discurso

¹⁶⁶ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Miguel Reale e o Pensamento Jurídico no Brasil: história, fundamentos e atualidade do culturalismo jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 94.

filosófico a partir do pensamento de Hegel, ao trabalhar a dialética do senhor e do escravo, na *Fenomenologia do Espírito*. Aqui, o reconhecimento surge como uma luta. Assim, a mente existe como consciência individual.¹⁶⁷

Em Hegel, portanto a dignidade pode ser analisada principalmente na *Fenomenologia do Espírito* quando o autor traz, dentro do complexo processo que vai da consciência ao reconhecimento, notadamente na dialética do senhor e do escravo, principalmente a partir da seguinte passagem:

190 – [Der Herr ist] O senhor é a consciência para si essente, mas já não é apenas o conceito dessa consciência, senão uma consciência para si essente que é mediatizada consigo por meio de uma outra consciência, a saber, por meio de uma consciência a cuja essência pertence ser sintetizada com um ser independente, ou com a coisidade em geral.¹⁶⁸

Assim “o senhor se relaciona com esses dois momentos: com uma coisa como tal, objeto do desejo, e com a consciência para a qual a coisidade é o essencial”.¹⁶⁹ O reconhecimento neste processo surge primeiramente com a luta. “Assim, a mente existe como consciência individual”. Para Hegel, uma consciência, inicialmente somente é capaz de reconhecer no outro aquilo que ela reconhece de si mesma, não conseguindo reconhecer a autonomia do outro, “mais que isso, ela rouba essa autonomia, escravizando-a – impondo sobre ela sua visão de mundo e seus projetos para garantir o reconhecimento”.¹⁷⁰ Este, porém, não é o verdadeiro reconhecimento. É para Hegel o reconhecimento abstrato, portanto, infeliz, fruto de uma consciência infeliz que quer fazer do nós apenas um reflexo do seu próprio eu. Na luta que se estabelece cabe ao servo, na alegoria hegeliana, resistir à inicial pretensão de objetificação realizada pelo senhor. A negação abstrata que por vezes opera o escravo, consiste na luta pela inversão dos polos entre dominador e dominado. Essa negação, evidentemente, ainda não é o reconhecimento no seu conceito. Mas virá do servo (ou escravo), o movimento do verdadeiro

¹⁶⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.223.

¹⁶⁸ HEGEL, 2014, p.147.

¹⁶⁹ HEGEL, 2014, p.147.

¹⁷⁰ FERNANDES, 2010, p. 223.

reconhecimento, consistente em lutar para a identificação *em si* e *para si* do *eu* e do *outro* como *nós*.

Sobre essa questão, a explicação que faz Pinto Coelho sobre a construção hegeliana do conceito de reconhecimento e sua relevância para a compreensão de um fundamento dialético para os direitos humanos na atualidade, pode explicar com igual pertinência a adequação do conceito hegeliano de reconhecimento como ponto de partida para uma compreensão interculturalmente adequada da ideia de dignidade. Vejamos o que diz o autor sobre a questão do reconhecimento em Hegel:

Em nosso entender, o conceito hegeliano de “reconhecimento” é a chave para a compreensão do mundo da cultura: por meio desse conceito, a cisão kantiana entre saber e agir, entre o plano teórico e o plano ético, é superada. Isso se dá porque, na experiência da consciência, o próprio homem exige-se reciprocamente, em sua relação com os demais homens, no processo pelo qual eles se reconhecem como sujeitos, na relação eu – outro eu, inaugurando o mundo do nós e, nele, o mundo da cultura, do “auto-formação”, no qual o homem, ao mesmo tempo, é sujeito criador e resultado do meio criado. O reconhecimento é o momento de objetivação das intencionalidades da consciência (noção da fenomenologia de Husserl). Constitui-se, assim, o mundo das significações humanas (mundo cultural), uma vez que, segundo Lima Vaz, “o ato de conhecer é mediado pelo auto-conhecimento e pelo conhecimento daquele com o qual se compartilha a significação”, ou seja, o ato de conhecer exige, em sua faina histórica, o ato de re-conhecer. A dialética do reconhecimento ganha sua máxima expressão na filosofia hegeliana, na figura da luta entre o senhor e o escravo, que encarna a passagem, não só do plano da consciência ao da autoconsciência, mas dessa ao plano da objetivação social dos direitos, como exigência do movimento inaugurado na luta pelo reconhecimento.¹⁷¹

Para Gómez i Ventura a “dialética do senhor e do escravo” não seria a mais adequada como ponto de chegada para os atuais debates sobre reconhecimento, afinal, por tratar a questão de um ponto de vista conceitual e logicamente inicial, da passagem da consciência para a autoconsciência, a alegoria leva em conta tão somente o conflito interpessoal, sem qualquer

¹⁷¹ COELHO. Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos direitos humano-fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: *Filosofia do direito* [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF; coordenadores: José Fernando de Castro Farias, Enoque Feitosa Sobreira Filho, José Alcebíades Oliveira Jr. – Florianópolis : FUNJAB, p. 275-295, 2012, p. 287.

mediação institucional ainda.¹⁷² Somente em momentos posteriores da obra de Hegel se construirá essa mediação, pelas instituições do reconhecimento, enquanto conquista e respeito a direitos. Assim, temos em Seelman uma reconstrução da dinâmica que leva em conta a ideia do Direito, enquanto momento de realização do Espírito Objetivo, centrada na dignidade e sua relação para com o reconhecimento:

Se existe o dever para consigo mesmo de respeitar a humanidade na própria pessoa, então afirma-se que este conceito multifacetado de dignidade que reconhece ao indivíduo, perante os outros, o direito moral de respeito mas que justamente também opõe ao indivíduo a dignidade como imperativo.¹⁷³

Para Hegel a vontade livre que constitui a base do direito não é vontade isolada, mas uma vontade mediada intersubjetivamente. Ela é sim vontade que quer a liberdade, e essa é também a liberdade do outro. Poder-se-ia mesmo dizer que Hegel pensa a constituição intersubjetiva da esfera do direito ainda mais profundamente do que quando ele a ancora no interior do próprio conceito da liberdade fazendo surgir a verdadeira liberdade, não como resultado de uma limitação recíproca da liberdade natural, ou seja, da liberdade ainda não-mediada intersubjetivamente”.¹⁷⁴

O reconhecimento recíproco é o sinal de respeito mútuo de vontades livres. Portanto, a dignidade e liberdade são inseparáveis pois somente vontade reconhecida é vontade livre, isto é efetivada e concretizada.¹⁷⁵

Na filosofia do direito importantes questões éticas surgem na modernidade, e é sob esta perspectiva que Hegel tem um intuito de demonstrar que as pessoas devem ser consideradas indiscriminadamente. Ao passo que, se tomado o conceito de pessoa como o daqueles que possuem capacidade legal, isso quer dizer que, todo homem tem potencial igualdade enquanto pessoa, e por conseguinte, possui competência para ser titular de

¹⁷² GÓMEZ i VENTURA, Ricard. *Reconeixement i subjecte*: Bases ètiques de la Teoria Crítica social en Axxel Honneth. 331 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departament d’Història de la Filosofia, Estètica i Filosofia de la cultura, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 28.

¹⁷³ SHEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: *Dimensões da Dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet; [et al]. 2. Ed. Rev. E ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 105-118, 2009, p.107.

¹⁷⁴ JAESCHKE, W.. *Direito e Eticidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 60.

¹⁷⁵ WEBER, Thadeu. Dignidade Humana e Liberdade em Hegel. Espaço Jurídico Journal of Law. v.15, n°2, p.387-396, 2014, p.390.

direitos. É nesse sentido que, “a proteção à dignidade requer a garantia do exercício dessa capacidade. É sugestivo que com a concepção de pessoas de direito se estabeleça a igual dignidade de todos, como ponto de partida ou fundamento de toda a estrutura jurídica, econômica e social”.¹⁷⁶

E é neste sentido que a filosofia do direito vai ao encontro dessa questão. Com efeito, “seu principio é a liberdade [...], o respeito à dignidade se expressa pelo respeito à liberdade”. Neste sentido afirma Seelman:

A degradação como objeto de uma possível proibição jurídica, portanto como violação contra um dever de respeito jurídico, pode ser pensada na recusa do reconhecimento da “pessoa” como indivíduo particular. Aquele que não reconhece o outro como livre, isso é, não reconhece como igual na competência da titularidade de direitos ou como indivíduo particular com suas necessidades específicas, degrada-o. Isso independe de um auto-respeito lesado. O auto-respeito só pode tornar-se uma questão da dignidade ali onde esta resulta de ser objeto do direito, próprio.¹⁷⁷

De acordo com Mayos, devemos interpretar a liberdade como autonomia como “una necesidad subjetiva de los individuos, que quieren verse como autónomos e independientes como reclama el individualismo liberal”. E conclui que “[...] Hegel exige comprender que, en realidad y objetivamente, la autonomía absoluta y la autoposición originaria tan sólo pueden ser la del todo, de la substancia de que es sujeto, del espíritu universal”.¹⁷⁸ Para Hegel, a dignidade não é inata, ela se adquire a partir do momento em que o indivíduo se torna cidadão do mundo ético, e isso se dá através do reconhecimento. Tal como o autor afirma, “cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ WEBER, 2014,p.389.

¹⁷⁷ SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. SARLET, Ingo (org.). *In: As Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ªed. rev. e ampl.- Porto Alegre: Libreria do Advogado Editora, p. 105-118, 2009, p.114.

¹⁷⁸ MAYOS, Gonçal. Hegel: Vida, Obra e Pensamento. Colección Grandes Pensadores. Centro Editor PDA, S.L., España, 2007, p. 106.

¹⁷⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §36.

Assim, a luta por reconhecimento se mostra presente também na *Filosofia do Direito*¹⁸⁰ de Hegel, e consiste no caminho percorrido para a plena efetivação da eticidade do ser humano. Em termo, “o conteúdo da dignidade é explicitado pelo efetivo exercício dessa capacidade jurídica”.¹⁸¹

41 - Deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia. Porque nesta primeira determinação, ainda completamente abstrata, a pessoa é a vontade infinita em si e para si, tal coisa distinta dela, que pode constituir o domínio da sua liberdade, determina-se como o que é imediatamente diferente e separável.

42 - O que é imediatamente diferente do espírito livre, e considerado este como em si, é a extrinsecidade em geral: uma coisa, qualquer coisa de não livre, sem personalidade e sem direito.

43 - Como conceito imediato essencialmente individual, tem a pessoa uma existência natural que, por um lado, lhe está ligada mas para com a qual, por outro lado, ela se comporta como para com um mundo exterior. A propósito da pessoa em sua primeira imediateidade, apenas se trata aqui de coisas em seu caráter ele mesmo imediato e não de determinações suscetíveis de se tornarem coisas por intermédio da vontade.¹⁸²

O reconhecimento de alguém como pessoa pode ser considerado a base da dignidade humana na filosofia hegeliana, nesse sentido a auto-referência e a subjetividade estão subjacentes ao dever de respeito, e é este dever de respeito o garantidor a liberdade. Para Hegel o dever de respeito como pessoa é um imperativo jurídico, ao contrário da teoria kantiana que o classifica como dever de virtude¹⁸³. Nesse sentido, afirma Kurt Seelman:

Diferentemente de Kant, esse respeito recíproco do primeiro estágio como pessoa, como legitimado à detenção de direitos, não é um mero dever de virtude, mas, expressamente, um imperativo jurídico. Ao lado e até mesmo antes do dever de respeito dos direitos individuais impõe-se, então, o imperativo jurídico de respeito desse centro de

¹⁸⁰ Para uma interpretação em consonância com a aqui presente, cf. SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. *Revista Opinião Jurídica*, v. 17, p. 249-267, 2015.

¹⁸¹ WEBER, 2014, p. 389.

¹⁸² HEGEL, 1997, p.44-45. A propriedade, enquanto manifestação da vontade autônoma, faz parte dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com efeito, a violação desse direito fundamental, é considerada, para Hegel, uma violação aos direitos de personalidade. A capacidade legal de uma pessoa, segundo Hegel, deve ser tratada indistintamente, em outras palavras, existe uma igualdade entre pessoas a qual deve ser observada dentro do mundo jurídico.

¹⁸³ Para Kant (1995, p.09): “[...] o dever é a necessidade de cumprir uma ação pelo respeito à lei. Para o objeto concebido como efeito da ação que me proponho, posso verdadeiramente sentir inclinação, nunca porém respeito, precisamente porque ele é simples efeito, e não a atividade de uma vontade”.

competência que é o homem, ao qual dizem respeito os direitos individuais.¹⁸⁴

Segundo a crítica hegeliana de Seelman, se for atribuído como objeto da dignidade “[...] aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da ‘vida humana pura’, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade”.¹⁸⁵

Dentro da filosofia do direito de Hegel, a pessoa tem a potencialidade de capacidade jurídica, e a ela também lhe é reconhecida a igualdade formal. Mas a igualdade formal não pode significar a ignorância das condições materiais e culturais de vida concreta. Veja-se:

O homem vale assim, porque ele é homem, não porque ele é judeu, católico, protestante, alemão, italiano etc. Essa consciência, pela qual o pensamento vale, é de uma importância infinita, - apenas é insuficiente quando se fixa, enquanto cosmopolitismo, num opor-se à vida concreta do Estado.¹⁸⁶

1.2.2.3 - O debate sobre a universalidade da dignidade humana na contemporaneidade política: os problemas da fundamentação intercultural dos Direitos Humanos em François Jullien

Para François Jullien, o “universal” é uma invenção do pensamento grego, enquanto conceito e modo de ver a realidade, o que foi incorporado pela tradição ocidental, assumido como herança durante o desenvolvimento de seu pensamento.¹⁸⁷

Podemos então afirmar que a pretensão do dever-ser universal tem suas raízes gregas, romanas e cristãs. Pensando no atual contexto (turbo)globalizado e tendencialmente intercultural, se faz relevante propor a seguinte pergunta: E este universal pode ser a soma das partes totalizando uma unidade de realidade, que tem por conteúdo todas as culturas? Em

¹⁸⁴ SEELMAN, 2013, p.112.

¹⁸⁵ SEELMAN, 2013, p.113.

¹⁸⁶ HEGEL, G.W.F. A Filosofia do Espírito. Tradução: Paulo Meneses com a colaboração do Pe. José Machado. São Paulo: Edições Loyola, 1995. Filosofia do Direito. Tradução: Paulo Meneses...[et al.]. São Leopoldo: Ed. UNISSINOS, 2010, §209.

¹⁸⁷ MARCONDES, Danilo. Apresentação. In: JULLIEN, François. *O Diálogo entre Culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009. p. 07.

outros termos: nosso momento atual é um momento de afirmação do relativismo cultural? Ou de construção, pela aproximação dialogal entre as culturas de uma universalidade concreta?

Para François Jullien, a universalidade pode ser distinguida em dois níveis distintos (ou: por duas pretensões distintas): “De um lado uma universalidade fraca, degradada, indolente, limitando-se exclusivamente à experiência[...]. De outro lado, uma universalidade forte, universalidade estrita ou rigorosa, a concebida pela filosofia, única, a seu ver legítima”.¹⁸⁸

A primeira universalidade, segundo Jullien, se limita à experiência, ou seja, “constatamos na medida em que pudemos observar até aqui, que essa coisa sempre se dá de tal forma; ou que todos os casos achavam-se efetivamente concernidos”.¹⁸⁹ Já a segunda universalidade pode ser expressa na seguinte passagem: “[...] apenas juízos efetivamente necessários podem ser estritamente universais (como também apenas juízos estritamente universais podem ser absolutamente necessários”.¹⁹⁰

No diálogo entre as culturas, a proposta de Jullien é entender as relações entre o universal, o comum e o uniforme na compreensão que se constrói a partir do ocidente. Essa teoria pode ser definida a partir da alusão a um triângulo no qual, o universal é uma ponta desse triângulo e também, podemos ver o uniforme e o comum como sendo as outras pontas do triângulo. Essa teoria traz uma importante contribuição para as relações e diálogos entre as culturas, uma vez que, evita entender o comum como se fosse universal.

Podemos perceber, a partir de Jullien, que a relação entre o universal, o uniforme e o comum traz novos aspectos para as discussões interculturais. Fazendo essa análise podemos verificar até que ponto o comum (aquilo que é ordinário) vem tomando o lugar do universal, no ambiente cosmopolita em que vivemos, e em que as relações de cooperação se tornam cada vez mais importantes para que haja o desenvolvimento humano em

¹⁸⁸ JULLIEN, François. *O Diálogo entre Culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009. p. 19

¹⁸⁹ JULLIEN, 2009, p.19.

¹⁹⁰ JULLIEN, 2009, p.20.

âmbito internacional. É importante verificar até que ponto o comum vem adquirindo um papel universalizante nos dias de hoje, especialmente no que diz respeito a países nos quais o desenvolvimento econômico supera em muito do desenvolvimento social.

Complementarmente ao sequestro do universal pelo ordinário, o uniforme não é considerado um conceito da razão, “mas da produção – este é o padrão ou o estereótipo”. Não surge a partir de uma necessidade, mas de uma mercadoria, fazendo com que o produto seja mais barato, pois sua produção é feita em grande escala. Transportando essa concepção de uniforme para o direito, num caso de uniformização “das medidas, dos códigos, das jurisdições, é exclusivamente o princípio de funcionalidade que prevalece nele”. Neste caso não há como saber nem se a igualdade poderia vir a ser reconhecida nestes processos, uma vez que só se pode ser atribuído aos processos de uniformização uma racionalidade eminentemente econômica e/ou de gestão.¹⁹¹

Ao contrário do universal, o uniforme “é produzido pelo *habitus*, apenas sua frequência parece autorizá-lo”, por conseguinte, “assim como o universal tem como oposto o individual ou o singular, o uniforme tem como oposto o diferente”. Para Jullien, o uniforme possui uma ditadura discreta, “impõe seus padrões como única paisagem imaginável, e sem sequer parecer impô-los”.¹⁹² De certa forma, essa ideia também se expressa na noção de “pensamento único” trabalhada por Mayos quando aborda a turboglobalização atual.¹⁹³

O outro ponto do triângulo representa o comum, que em essência pode ser considerado um conceito político. Nas palavras de Jullien, o verdadeiro sentido do comum deveria ser “aquilo de que temos parte ou tomamos parte, que é partilhado e do qual participamos”.¹⁹⁴ O universal é tido na tradição europeia como algo *pré-ditado*, lei da razão no sentido kantiano.

¹⁹¹ JULLIEN, 2009.

¹⁹² JULLIEN, 2009, p.33.

¹⁹³ Cf. MAYOS, 2011.

¹⁹⁴ JULLIEN, 2009, p.36.

Já o comum se enraíza na experiência, sua vinculação se realiza *in res*, ao “passo que a abstração com universal lhe é ulterior”, *post ren.*¹⁹⁵ O comum tem como seu oposto “o *próprio* ou o *particular*”, ao mesmo tempo que este conceito pode ser considerado sob dois aspectos, um inclusivo e outro exclusivo (ou excludente). Veja-se essa distinção segundo Jullien:

De um lado, com efeito, ele conclama à participação e é extensivo: assegura a “comunicação” através das diferenças e não cessa de unir numa mesma circulação. Esse é o comum aberto, por exemplo, do “senso comum”. Mas, de outro lado, esse comum pode igualmente, fechando-se em suas fronteiras, dispor seus limites na forma de gumes, suas cercas na forma de muralhas. Rechaça então para o vazio – para fora de sua plenitude – aqueles que dela não participam; literalmente, *ex-comunga*.¹⁹⁶

Os sentidos inclusivo e exclusivo do particular podem ser vistos claramente na experiência social e intelectual. O sentido exclusivo está, segundo o autor, diretamente ligado aos “comunitarismos”. Nas sociedades contemporâneas, são opostos da partilha, ou seja, existe uma ambivalência no sentido de perquirir o que une essa comunidade, e ao mesmo tempo, o que é dela não se soa repartir com os demais.¹⁹⁷

Assim, há grandes diferenças entre o universal e o comum, pois “enquanto o comum vem à luz bem lentamente, através dos desdobramentos e das violências da História, o universal estende-se de imediato sobre o plano operatório do conhecimento”. E é precisamente sobre o caráter imediato do universal que passaremos a refletir, buscando precisar o sentido universal dos direitos humanos, na compreensão desse autor.

Jullien critica a definição de “juízo de universalidade” trazida pela “Razão Europeia”, notadamente no que se refere aos direitos humanos, o autor afirma que:

Os direitos humanos fornecem o exemplo perfeito do que [seja o] juízo do belo, ou mais precisamente de sua articulação paradoxal – mais legítima – do absoluto e do singular, é transponível à ordem dos valores e do político: os ocidentais os estabelecem, até mesmo os impõe, como dever-ser universal, ao passo que é manifesto que esses

¹⁹⁵ JULLIEN, 2009, p. 39.

¹⁹⁶ JULLIEN, 2009, p. 42.

¹⁹⁷ Nesse sentido, Jullien destaca um importante exemplo do elemento comum, afirmando que: “o comum é a essência da polis grega, e a polis grega identifica-se com o pensamento comum” (JULLIEN, 2009, p.44).

direitos são oriundos de um condicionamento histórico particular, exigindo que todos os povos subscrevam-nos absolutamente, sem exceção nem redução possíveis, ainda que não possam deixar de constatar que outras opções culturais, através do mundo, os ignoram ou contestam.¹⁹⁸

De acordo com os fundamentos apresentados pelo autor, a pretensão do mundo Ocidental em estabelecer concepções como dever-ser universais, podem ser questionadas. O autor afirma serem os direitos humanos produto da própria história ocidental e que se pode constatar um caráter heteróclito¹⁹⁹ na “fabricação do universal” ocidental.²⁰⁰

Uma das questões que Jullien levanta, na tratativa do tema da relação entre direitos humanos e universalidade é se as interpretações atuais que se tem “para salvar a universalidade dos direitos humanos” são adequadas.²⁰¹

Segundo uma análise proposta pelo autor, vários são os caminhos doravante utilizados para justificar os direitos humanos como universais, trazidos aqui em formas de cinco diferentes propostas: relativização dos direitos humanos; reintegração destes; redescoberta deles em outras culturas; redução nomológica dos direitos humanos e; estreitamento do escopo dos direitos humanos

A proposta de *relativização* dos direitos humanos, poderia, por um lado explicar a diversidade cultural, buscando um processo de adaptação das culturas, mas, por outro lado, esse processo de adaptação eliminaria a característica de *absoluto* dos direitos dos homens. Isso incorreria na

¹⁹⁸ JULLIEN, 2009, p. 132.

¹⁹⁹ O “caráter heteróclito” ao que Jullien se refere no tocante à “fabricação do universal” pelo Ocidente é no sentido de que essa construção foi algo particular; único; fora do comum; “para não dizer caótico” (JULLIEN, 2009, p. 132).

²⁰⁰ Seguindo esta linha crítica, o autor destaca a construção do texto da Declaração de Direitos dos Homens de 1789, a qual foi “reconhecida e votada, por seus próprios autores, como ‘não concluída. [...] esse texto, redigido às pressas e numa atmosfera de reticência em que a má-fé mistura-se às vezes ao entusiasmo, reverte-se de uma abstração que o sacraliza. Apresentando-se a si mesmo como não engendrado, nascido todo pronto no cérebro dos constituintes, paramenta-se de uma aura mítica e almeja uma universalidade de princípio”. Assim, o autor busca demonstrar que somente o fato da Declaração ser por vezes reescrita, ela perde seu caráter de universalidade pretendido (JULLIEN, 2009, p. 132).

²⁰¹ JULLIEN, 2009.

inexistência de um dever-ser considerado como princípio *a priori*. Assim, a proposta de relativização não encontra eco nesta discussão.

Outro caminho proposto é o da *reintegração* dos direitos humanos no sentido de transformá-los num pensamento mais global, este discurso está mais presente no extremo Oriente. O problema dessa proposta é que “a lógica da libertação por efração, que é a deles, não apenas se afasta da integração cujo princípio é o pensamento da harmonia, como também entra em conflito com este”.²⁰²

Outra proposta seria a de *reencontrá-los*, de um modo ou outro, em vários lugares do mundo, um pouco em cada parte, porém, isso ocasionaria segundo Jullien:²⁰³

O risco de se perder todo rigor, a noção de direitos humanos pode suportar ser diluída em noções de contornos indefinidos, diversamente interpretáveis e sobretudo desconfortáveis na prática, como as de dignidade ou valor humanos, às quais eles são então associados.²⁰⁴

Destarte, outra proposta se funda em *reduzir a agudeza dos direitos humanos*, isso significa rebaixar o status teórico-operatório do conceito, tornando-o meramente um símbolo, assim sendo, não só excluiríamos o caráter *a priori*, como também se dificultaria sobremaneira a possibilidade de torná-los “culturalmente transmissíveis”.

Por fim, tem-se proposta de *estreitar* a ambição dos direitos humanos a um ponto de torná-los irrecusáveis, ou seja, utilizando termos que são compreendidos facilmente, tais como o “trabalho” e “infância”, malgrado se tratar de associação pautada em estilos de vida contemporâneos, exportados do Ocidente, que em sua longa processualidade história veio a pensar à parte o trabalho e a infância, como esferas excludentes, fazendo assim “surgir o trabalho infantil como uma injustiça gritante, em nome da autonomia individual”.²⁰⁵ A dificuldade de transpor tais noções para outras culturas resulta para o autor na impossibilidade de se justificar

²⁰² JULLIEN, 2009, p. 134.

²⁰³ JULLIEN, 2009, p. 144-145.

²⁰⁴ JULLIEN, 2009, p. 145.

²⁰⁵ JULLIEN, 2009, p. 150.

ideologicamente os direitos humanos. Sua universalidade só pode advir de um ponto de vista lógico, em que, isolados, ganham em radicalidade e operacionalidade, assumindo o papel de um objeto privilegiado para o diálogo.

Nessa opção, passa a ser crucial distinguir o que é *universalizante* e o que é *universalizável*, pois cada um tem seu plano distinto, com os direitos humanos enquanto discurso estando no segundo plano para o autor. O *universalizável* “é aquilo que aspira à qualidade de universalidade, enquanto enunciado de verdade”, não é um dever-ser, mas sim, um poder-ser, podendo ser tratado como “pretensão excessiva”, portanto, não pode ser comprovada sua legitimidade como universal. Já o universalizante “é imune a esse problema de legitimidade: uma vez que é o que faz surgir – por falta de maneira operatória- o universal, ele não aspira, faz; e medimos seu valor pela potência e intensidade desse efeito”, ou em outras palavras, “digamos assim que os direitos humanos são um *universalizante* forte ou eficaz”.²⁰⁶

Diante do exposto, e buscando responder às mais dispares proposições com relação aos direitos humanos serem considerados universais ou não, foi com recurso a Jullien que encontramos eco para corroborar com nosso entendimento, desde uma perspectiva intercultural, do caráter universalizante dos direitos humanos, notadamente no que diz respeito à dignidade, o que, segundo nosso entendimento poderia perfazer este mesmo trajeto analisado.

1.2.2.4 – Entendendo e mensurando as diferenças culturais na compreensão da dignidade: os parâmetros de comparação de Ronald Inglehart

Para Ronald Inglehart e Christian Welzel modernização leva a emancipação. Emancipação, enquanto resultado do caminho do desenvolvimento humano, vai entendida pelos autores em três dimensões: empoderamento, autonomia e expressividade. Em suas palavras:

O desenvolvimento humano avança com o crescimento de três componentes: (1) capacidades objetivas, baseadas em recursos

²⁰⁶ JULLIEN, 2009, p. 152.

socioeconômicos, que permitem às pessoas agir conforme suas próprias escolhas; (2) motivações subjetivas, baseadas nos valores de autoexpressão, que enfatizam agir segundo escolhas autônomas; e (3) habilitações legais, baseadas em liberdades civis e políticas, que permitem às pessoas agir conforme suas escolhas autônomas.²⁰⁷

Assim, malgrado a ausência do conceito de dignidade na matriz teórica da pesquisa realizada por ambos²⁰⁸, a identidade dessas dimensões com aquelas generalizadamente atribuídas ao conceito de dignidade na discussão jurídica contemporânea²⁰⁹ permitem e incentivam a apropriação de seus achados para a construção da metodologia de comparação da presente tese.

Paralelamente, como a própria discussão precedente sobre o papel do reconhecimento na ideia de Dignidade deixou entrever, emancipação e dignidade estão intimamente relacionados, podendo-se inclusive arriscar, hegelianamente, que a emancipação é momento daquilo que a dignidade é totalidade, porque início e conclusão. Essa interpretação de cunho mais filosófico se consubstancia, especificamente no que diz respeito à articulação conceitual desenvolvida pela comunidade de pesquisadores centrada nos trabalhos inovadores de Inglehart, pela análise detida daquilo que científica e empiricamente os autores querem dizer por “desenvolvimento humano”.

²⁰⁷ INGLEHART Ronald; WELZEL, Christian. *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*. Trad. de Hilda Maria Lemos Pantoja Coelho. São Paulo: Francis, 2009, p. 190.

²⁰⁸ Até certo ponto, a dissonância terminológica pode se explicar pelo contexto linguístico-cultural – aquilo que Heidegger denominaria por “posição prévia” – de suas práticas científicas (cf. DREYFUS, Hubert. Holism and Hermeneutics. *The Review of Metaphysics*, v. 34, n° 1, p. 3-23, 1980). Afinal, como descreve, entre nós, Luis Roberto Barroso, “a dignidade humana nunca foi considerada, na argumentação dos membros da Suprema Corte, como um direito fundamental particular ou autônomo, mas sim como um valor subjacente”, informando “a interpretação de direitos constitucionais específicos” (BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n° 919, 2012, p. 146). Sua “presença invisível” jurídico-conceitual se traduz para o campo político-científico em razão do médium linguístico-cultural por ambos compartilhado, no qual, bem ou mal, a Suprema Corte dos Estados Unidos exerce um papel definitivo ao gerenciar autorativamente o vocabulário ético daquela cultura (cf. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985). O que não deixa de se dar também (inclusive e no que diz respeito ao sintagma “dignidade”) por meio do assumir e atualizar de certas heranças em meio ao contexto da tradição (cf. WHITMAN, James. Enforcing civility: three societies. *Yale Law Journal*, v. 109, p. 1279-1999, 2000).

²⁰⁹ Para uma discussão da literatura contemporânea sobre dignidade humana centrada nessas três dimensões (cf. HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. *International Journal of Comparative Constitutional Law*, v. 9, n°1, p. 32-57, 2011).

O papel da modernização nesse processo, entendem Inglehart e outros, deve ser entendida hipotética-cientificamente como a ilação de que mudanças tecnológicas e socioeconômicas implicam em mudanças culturais e políticas de relativa previsibilidade (pelo menos em seus momentos iniciais ligados a atribuição das condições socioeconômicas adequadas de vida). Em outras palavras:

O desenvolvimento socioeconômico diminui as restrições objetivas à autonomia, à criatividade e à escolha humana. Primeiro, a redução da pobreza desempenha um papel crucial, diminuindo as restrições materiais à escolha humana e alimentando um sentimento de segurança existencial. A mobilização cognitiva também é importante. Segundo, o desenvolvimento socioeconômico aumenta o nível de educação formal das pessoas e dá a elas maior acesso à informação por meio da mídia de massa. [...]. Uma terceira consequência importante do desenvolvimento socioeconômico é o fato de que ele aumenta a especialização ocupacional e a complexidade social, diversificando as interações humanas. [...]. Ao diminuir a insegurança econômica pela promoção da mobilização cognitiva e diversificar os intercâmbios humanos, o desenvolvimento socioeconômico reduz as restrições objetivas às escolhas. As pessoas se tornam materialmente mais seguras, intelectualmente mais autônomas e socialmente mais independentes. Assim, sentem mais segurança existencial, o que gera um sentimento correspondente de autonomia.²¹⁰

Assim sendo, podemos a partir das análises de Inglehart e Welzel, e aplicando-as a esta tese, considerar que o desenvolvimento socioeconômico possui peso forte na determinação de processos de redistribuição e reconhecimento, pelo menos nos estágios iniciais do desenvolvimento humano (que poderíamos considerar como sendo os momentos de arrancada desenvolvimentista dos países de modernidade tardia). De outra parte, as singulares características das culturas tradicionais voltam a ter importância nos momentos em que certo patamar básico de desenvolvimento socioeconômico já está consolidado, quando, então, a configuração dos valores sociais e sua relação com chaves conceituais como direitos humanos e dignidade singularizam-se e diversificam-se. Não é difícil entender que, uma vez conquistadas as condições materiais para o empoderamento, a expressividade e o exercício da autonomia na participação social (momento de chegada do desenvolvimento), a identidade cultural volta a ser uma pauta de

²¹⁰ INGLEHART; WELZEL, 2009, p. 45-46.

grande enfoque em cada uma das nações de matriz não-ocidental em que se dá a análise desses fenômenos de desenvolvimento tardio.

Como coloca Welzel, em uma maneira que muito lembra a famosa parábola hegeliana²¹¹, quando “os constrangimentos existenciais recendem, a questão por liberdade surge e começa a se espalhar, até que já tenha se espalhado de tal maneira que o povo passa a agir conjuntamente em nome de suas liberdades comumente desejadas”.²¹² Contudo, ainda que sua pesquisa conjunta demonstre que com as fases de desenvolvimento socioeconômico certos valores vão inerentemente introduzidos nos mais diversos contextos sociais, Inglehart e Welzel são cuidadosos em pontuar que tal processo não é de modo algum linear, quer dizer, que a modernização não se dá em culturas valorativamente em branco, de modo que prefiram falar não em mudanças culturais que se movem linearmente da industrialização para o fim da história, mas em respostas culturalmente articuladas a mudanças nas condições existenciais.²¹³

Mudanças que, também trazem consigo, a cada caso, conjuntos distintos de valores. Na passagem de economias tradicionais para economias industriais os valores identificados geralmente são uns. Já na passagem de economias industriais para economias pós-industriais, voltadas para a produção de conhecimento, por sua vez, são outros, com diferentes consequências para a ordem daí resultante em termos de emancipação e democracia no que diz respeito ao caminho de atualização da dignidade humana. O estágio industrial da modernização traz a secularização e a racionalização da autoridade, em concomitância com o foco em se maximizar os ganhos materiais a qualquer custo, com vistas a maximizar um hipoteticamente consequente bem-estar, erradicando a fome e aumentando a expectativa de vida. Enquanto no pós-industrial, tem-se a emancipação do povo face à autoridade, em que as estratégias de antes passam a ter resultados

²¹¹ Para uma leitura da dialética do senhor e escravo como parábola da filosofia ocidental, (cf. LIMA VAZ, H. C. de. Senhor e Escravo: uma parábola da filosofia ocidental. In: *Ética e Direito*. TOLECO, C.; MOREIRA, L. (orgs.). São Paulo: Loyola, 2002, p. 183-202).

²¹² WELZEL, Christian. *Freedom Rising: Human Empowerment and the Quest for Emancipation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 37. [Tradução livre]

²¹³ INGLEHART; WELZEL, 2009, p. 58.

cada vez menos eficientes, voltando-se então para a maximização do bem-estar por meio da mudança dos modos de vida. Só a segunda, e não a primeira, influencia na consolidação de preocupações voltadas para a autodeterminação.²¹⁴ Isto se dá porque ainda que na fase industrial uma sociedade melhore as condições materiais de vida (o que em tese permitiria condições de autonomia), nestas sociedades essa transferência ou não se dá ou se dá de modo mitigado, em razão da priorização dos resultados materiais.²¹⁵ Tal priorização se inverte nas sociedades pós-industriais.

O primeiro conjunto de valores, comum à industrialização, os autores intitulam “valores seculares-rationais”, enquanto ao segundo chamam “valores de autoexpressão” comuns à pós-industrialização. Ambos vão contrapostos a “valores tradicionais” (no caso dos valores advindos com a industrialização) e a “valores de sobrevivência” (no caso dos valores pós-industriais), a gerar, a partir das heranças históricas de cada cultura, uma relação dialética entre as diferenças socioeconômicas e as diferenças culturais de cada sociedade. Fala-se, assim, em “uma combinação de forças retardadoras e impulsionadoras, com a tradição e a modernização influenciando ambos os processos de mudança cultural”, isto é, da passagem de valores tradicionais para valores seculares-rationais, com um impacto determinante da tradição cultural nesse primeiro caso, e de valores de sobrevivência para autoexpressão, “mais fortemente moldados pelas forças de modernização do que pela tradição”.²¹⁶ Por outro lado, nessa tese, entendemos pertinente somar a esta análise aquela relativa à diferenciação e complementariedade das lutas por redistribuição, de uma parte, e por reconhecimento, de outra, em consonância como Nancy Fraser trata esse

²¹⁴ INGLEHART; WELZEL, 2005, p. 23-31.

²¹⁵ Sobre a questão do acesso aos direitos, veja-se importante artigo de Antonio Madrid Pérez, no qual o autor narra práticas e resultados obtidos desde o trabalho realizado no Projeto da Universitat de Barcelona denominado *dret al Dret*, destacando que as práticas realizadas pelas clínicas jurídicas, dentro da Faculdade de Direito “pueden generar dinámicas de trabajo coherentes con los fines propios de la institución que contribuyan a desarrollar la capacidad crítica, para lo cual ha de darse una apertura a la realidad social al tiempo que una implicación en el acceso al Derecho y a los derechos de las personas en situación de exclusión”. (MADRID PÉREZ, Antonio. El acceso a los derechos: la experiencia del proyecto *dret al Dret*. In: *Anuário de Filosofia del Derecho*. N.ºXXVI, España, p. 31-56, p.54, 2010).

²¹⁶ INGLEHART; WELZEL, 2009, p. 106.

binômio.²¹⁷ Assim, as lutas sociais por redistribuição das condições materiais de vida pressupõem que já existam algumas condições materiais mínimas, mas a partir daí se desenvolve num complexo de valores que não necessariamente depende de opor-se a valores culturais tradicionais, tão pouco lutar por democracia e participação política. É possível, como ressalta Mayos²¹⁸, o desenrolar de reivindicações redistributivas que não necessariamente propugnam por maiores reivindicações participativas ou identitárias. Já as lutas por reconhecimento pressupõem geralmente um questionar de valores tradicionais hegemônicos e um enfrentamento desses na busca por legitimação de espaços de autonomia para outros modos de vida.

Os conflitos resultantes da coexistência dicotômica de valores tradicionais e seculares, e de sobrevivência e autoexpressão geram as mais diversificadas ordens de valores, com distintas consequências de cunho cultural a nível econômico e político-institucional. Se nos voltamos para os resultados das pesquisas e diagnósticos comparativos de Inglehart, e neles enfocamos, do espectro resultante do cruzamento de ambos os pares de polarização, Brasil, Rússia, China e Índia, esses países aparecem grosso modo próximos no que diz respeito à ênfase na subsistência, diferindo, contudo, quanto à primeira dicotomia (argumentavelmente mais problemática e propícia a leituras eurocêntricas dos dados recolhidos)²¹⁹. Destaca-se que se identificou na Rússia e China preferências por valores secular-rationais, e na Índia e Brasil, por valores tradicionais. Em termos econômicos, China, Rússia e Índia estão muito próximas, todos os três tendo economias muito mais “industrializadas”, que “pós-industrializadas”, percebendo-se o contrário no Brasil, o que encontra particular respaldo na leve preferência de sua parte,

²¹⁷ Cf. FRASER, Nancy. Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 8, 1996.

²¹⁸ Cf. MAYOS, Gonçal Solsona. *Direitos Humanos e Macrofilosofia do pensamento contemporâneo*. Curso ministrado no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Goiânia, ago./set., 2016.

²¹⁹ Como analisam os autores: “ Na medida em eu o percentual da força de trabalho no setor de serviços aumenta e o setor industrial encolhe, o sistema de crenças de uma sociedade tende a mudar de valores de sobrevivência para valores de autoexpressão. [...] A pós-industrialização produz emancipação da autoridade tanto tradicional como secular, gerando um *ethos* emancipador. Esse é o motivo pelo qual a democracia liberal se torna o sistema político predominante nas sociedades pós-industriais” (INGLEHART; WELZEL, 2005, p. 89).

em contraste aos três demais, por valores de autoexpressão, se comparado a valores de subsistência, segundo a pesquisa.²²⁰

Essa proximidade no que diz respeito à interpelação entre desenvolvimento socioeconômico e valores daí decorrentes entre os quatro países em contraste com suas distintas raízes culturais e tradições jurídicas em um contexto de aproximação de objetivos político-econômicos individualmente considerados tanto a nível doméstico como a nível internacional (o que se constata com a própria existência dos BRICS, segundo análise anteriormente apresentada de suas declarações conjuntas) incita, inclusive de um ponto de vista metodológico, sua macrocomparação.

Todos esses países passaram por “momentos constitucionais”²²¹ de maior ou menor participação democrática em um intervalo não maior que cinquenta anos, em geral consideravelmente posteriores à configuração do atual discurso internacional dos direitos humanos²²². As Constituições daí resultantes são gramaticalmente semelhantes no que diz respeito a direitos humano-fundamentais, à dignidade humana e as institucionalidades que contemporaneamente vão a tanto atreladas, em um claro emprego da língua franca internacional advinda da experiência jurídico-cultural ocidental do pós-guerra.

Não obstante, a ordem de valores abstratamente pressuposta pela realidade jurídica-constitucional se efetiva significativa e substancialmente de maneiras distintas perante a experiência normativa de cada país, então entendida como momento importante de objetivação de forças histórico-existenciais, não exclusivamente econômicas, implicando em uma gama de variações, exigentes de identificação e diferenciação macrocomparativas. No que, para tanto, a centralidade do conceito de dignidade humana, enquanto

²²⁰ INGLEHART; WELZEL, 2005, p. 57-60.

²²¹ Para uma leitura crítica da literatura a respeito, com considerações interessantes sobre a recente história constitucional brasileira, cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. *The Seeds of Change: Popular protests as Constitutional Moments*. *Marquette Law Review*, v. 99, p. 363-426, 2015.

²²² Com a Índia sendo a única exceção, apesar da reconhecida influência, recíproca dos trabalhos em torno da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos nos trabalhos da Assembleia Constituinte indiana.

substância da dimensão universalizante do Ocidente justifica sua adoção como marco central para a investigação que se segue, inclusive por colocar de maneira privilegiada e dialógica o desafio da multiculturalidade à sua realização efetiva²²³ (desafio que se pode dizer pertencente a uma lógica de diferenciação cultural enquanto momento da interconstitucionalidade).

1.2.2.5 - O sentido jurídico da Dignidade como macro-direito: análise da possibilidade de seu emprego como núcleo estruturante das experiências interconstitucionais atuais

Buscar um conceito para a dignidade vai muito além de aglutinar todo seu conteúdo em poucas linhas ou palavras. A ideia aqui proposta é a de buscar o melhor caminho a ser traçado para poder, através dessa análise sobre dignidade humana, pensar o diálogo a nível internacional, especialmente com as culturas dos países do Grupo BRICS.

Segundo Joaquim Salgado, a dignidade humana pode ser definida:

[...] como uma expressão tipicamente moderna, que exprime o valor inquantificável do ser humano, a sua natureza de fim em si mesmo, natureza que, por sua vez, exige um tratamento compatível com o seu valor, que será posterior e gradativamente garantido e efetivado através de direitos que, justamente por tutelarem o homem em sua dignidade, recebem o nome de fundamentais.²²⁴

Nessa mesma toada, que relaciona a dignidade e um complexo indissociável de direitos fundamentais, Ingo Sarlet afirma que a dignidade,

[...] como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.²²⁵

De acordo com Ernest Bloch, para a efetivação de uma verdadeira condição de dignidade deve-se precipuamente eliminar a exploração do

²²³ Para desenvolvimentos interessantes a respeito da multiculturalidade como condição de efetividade dos direitos fundamentais, ver os estudos organizados no seguinte volume: COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. *Direitos Fundamentais: Multiculturalismo e Religiões*. Estoril: Príncipe, 2007.

²²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça Em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Editora da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, p.21-62, 1995, p.13.

²²⁵ SARLET, 2009, p.20.

homem por meio da promoção de direitos de libertação. O autor fundamenta essa afirmação nos seguintes termos:

El simple proverbio crítico 'Mil años de Derecho injusto no hace una sola hora de Derecho justo', así como la constructiva definición 'Ilustración es la emancipación del hombre de la tutela de la que él mismo es culpable', no han perdido aún su actualidad. De tal suerte que ni la dignidad humana es posible sin la liberación económica, ni esa, más allá de empresarios y obreros, sin la gran cuestión de los derechos del hombre. Ambas las cosas no tienen lugar en el mismo acto, sino que están condicionadas recíprocamente, con un *primus* económico y un primado humanista. No hay una instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, no hay verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del hombre.²²⁶

Podemos observar que a dignidade da pessoa humana se constituiu, assim, em uma ideia determinante nos dias de hoje, notadamente por ter se tornado língua-franca na geopolítica e no Direito Internacional hodierno. Isso, contudo, não implica a recusa em se determinar contornos significacionais mais concretos, capazes de possibilitar diálogos e interações no âmbito internacional entre Estados, visando sua efetividade.

O grau de complexidade imposto a essa questão extrapola a questão do comum, no que diz respeito aos comunitarismos. Isso quer dizer que, por exemplo, mesmo que seja um objetivo muito importante para a ONU erradicar a pena de morte no mundo, essa questão não é uma decisão política a qual pode ser aplicada a todos, indistintamente e ao mesmo tempo.²²⁷ Nesse sentido, propomos desenvolver nossas investigações dentro de um espaço dialógico possível que possa efetivamente contribuir para uma perspectiva de crítica direcionada à melhoria das condições de vida dos cidadãos dentro do BRICS, ainda que eventualmente não seja esse o propósito específico motivador da construção do Bloco.²²⁸

²²⁶ BLOCH, 1980, p. X - XI.

²²⁷ Nesse sentido, por exemplo, um Estado ao cumprir seu poder-dever de praticar a justiça diante de um encarcerado que tem como pena por seus crimes a morte, como proceder essa execução sem ferir a dignidade ou ao menos tentando minimizar ao máximo os danos? Essa é de fato uma questão muito complexa, pois tendo como propósito e fim último a dignidade como princípio fundamental a ser seguido, ou ainda, princípio a priori para efetivação de um direito internacional comunitário, questões como essa trazem à discussão, objetos de comparação e elementos de direito de culturas distintas e ímpares.

²²⁸ Sobre o tema *cf.* Bilbeny, Norbert. *Democracia para la diversidad*. Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

Como já é sabido, as diferenças culturais entre os países aqui estudados são tão grandes quanto suas diversidades culturais internas.

As nuances da ideia de interconstitucionalidade, entendida em seu conceito e atualização, são bem marcadas por Saulo de Oliveira Pinto Coelho. Para o autor, implica-se em tal fenômeno tanto a hipercomplexidade social, marcada, no que diz respeito ao Direito, por pluralidades semânticas e jurisdicionais, dizendo respeito, especificamente, no segundo caso, à multiplicidade de organizações políticas estatais e comunitárias complexamente inter-relacionadas, acompanhada da “pretensão de unidade e integração jurisdicional e, ao mesmo tempo, de pluralidade e autonomias”²²⁹, como a busca por respeito à diversidade cultural, à autodeterminação e à equidade social. Em síntese, a interconstitucionalidade, como perspectiva crítica, seria marcada pela busca de pensar as condições para que a interação multinível entre os sistemas constitucionais em plano internacional se dê em uma lógica legitimada *bottom up*, e não *top to down*²³⁰.

Cabe acrescentar que tal processualidade não é uma novidade total do momento contemporâneo. Assim, é possível identificar diversos momentos ou fases mais insipientes – evidentemente negados e conservados dialeticamente – da atualização da interconstitucionalidade, até sua atual compreensão, *em si e para si*, enquanto tal, no mundo atual hiperglobalizado. As interações marcadamente religiosas entre normatividades nos períodos antigo e pré-moderno, e as soluções daí advindas, aparecem estruturalmente como engenhosos exemplos do preparo para o que hoje se tem por interconstitucionalidade, a sugerir, na multiplicidade de particularidades, – que vão desde a experiência romana diatópica do pretor peregrino²³¹ – sua potencial globalidade nos dias atuais (para além de regionalidades, mas

²²⁹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo. *In: Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. WALMOTT BORGES, COELHO (Coord). Uberlândia: LAECC-UFG, p. 370-395, 2015, p. 381.

²³⁰ COELHO. 2015, p. 387.

²³¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Introdução ao Direito Romano: criação, categorização e concreção do Direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009, p. 149-150.

também as incluindo, em uma normativamente coexistente com uma *rede*²³² comunicativa de identidades culturais diversas). Essa perspectiva de que o diálogo constitucional em rede pode construir-se, inclusive frente às grandes diversidades culturais, desde que se tenha o cuidado de garantir o caráter diatópico, dialético e *bottom up* da interação constitucional em rede, marca os debates construídos nesta tese.

Pese preferir a perspectiva (mais consolidada na Europa) do constitucionalismo multinível²³³ à perspectiva (revisionista desta, ao nosso ver) dos diálogos interconstitucionais em rede, José Carlos Remotti Carbonel, em um texto paradigmático sobre a questão (inspirado na experiência europeia mais capaz de servir de base para o debate em escala global), após apresentar os princípios que orientam uma perspectiva constitucional multinível, constrói uma importante demonstração da indispensabilidade do atrelamento a uma *práxis* democrática, no complexo entrelaçamento sistêmico de ordens constitucionais no mundo contemporâneo. O autor assim se manifesta:

El Constitucionalismo Multinivel, junto a estos principios que regulan la relación entre ordenamientos, también propugna que el encaje sistémico de esta complejidad y multiplicidad de subsistemas jurídicos se efectúe desde una perspectiva democrática en la que, como ya se ha mencionado, la validez de las normas no se establezca solo a partir de criterios formales, procedimentales o competenciales, sino que también se determine a partir del respeto a determinados contenidos materiales democráticos, como por ejemplo: la dignidad humana, los derechos fundamentales, los valores y principios jurídicos del sistema

²³² Sobre a ideia de “normas constitucionais em rede”, ainda que analisada apenas do ponto de vista do espaço constitucional europeu, cf. SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. WALMOTT BORGES, COELHO (Coord). Uberlândia: LAECC-UFG, 2015, p. 20-84.

²³³ Sobre o Constitucionalismo Multinível, veja-se importante artigo de Tereza Freixes Sanjuán, em que a autora trata da questão levando-se em conta o atual processo de globalização e sob a perspectiva do Direito Internacional tanto bilateral quanto multilateral, notadamente sobre a integração europeia. E afirma que, “sin el Derecho, sin ese sistema jurídico multinivel, no contaremos con las debidas garantías del procedimiento democrático, la seguridad jurídica y del conjunto de valores que presiden, en nuestro contexto europeo, las actuaciones de los poderes públicos y de la ciudadanía”. (FREIXES Sanjuán, Tereza. Positivación de los valores y constitucionalismo multinivel. In: *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (Coord.); 1ª Edição. Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC-UFG, p. 421-442, p. 430, 2015).

jurídico, los fines y objetivos democráticos determinados por el mismo [...].²³⁴

Remotti Carbonel é cuidadoso ao esclarecer a materialidade desses conteúdos, necessariamente mediatizada pela linguagem jurídico-constitucional, argumentando não se tratar nem de um retorno ao jusnaturalismo, nem de uma negação do pluralismo democrático. Em suas palavras:

[...] cuando hacemos referencia valores y principios nos referimos a aquéllos que siguiendo el procedimiento constituyente democrático, plural y garantista fueron seleccionados e incorporados o integrados, con las mayorías parlamentarias y populares exigidas, al texto constitucional. De esta forma, dentro de toda la gran variedad y en el proceso constituyente se realiza una selección de aquellos que socialmente resultan relevantes y que, por tanto, vincularán a todos, poderes públicos y ciudadanos. Entonces no son valores o principios por su carácter ético o moral, sino que lo son por la estructura y función que les encomienda la propia Constitución de apertura, fundamento y cierre del sistema jurídico.²³⁵

A partir dessas perspectivas, nosso objetivo, portanto, foi tentar traçar diagnósticos comparativos entre os países do BRICS, buscando analisar o que cada um deles aporta de peculiar no debate sobre a dignidade, em vista de compreender o papel e o alcance desse discurso na atual configuração constitucional desses países, para além do previsto nas regras abstratas. Isso possibilitaria, talvez, melhores condições de diálogo para a melhoria mútua das experiências já existentes de tratamento da dignidade como direito fundamental em cada um deles. Partimos da ideia de que essa união econômica (BRICS) tem o dever-poder de não limitar as relações entre seus membros somente no fator econômico. Pensamos que, a partir do amadurecimento deste Grupo de países emergentes, eles poderão desenvolver projetos e políticas públicas em âmbito inter, extra e intra-BRICS, notadamente nas áreas que revelam uma grande discrepância em relação ao desenvolvimento humano, tais como a desigualdade e pobreza que, todavia, assolam atualmente e em graus diferentes estes países.

²³⁴ REMOTTI CARBONELL, José Carlos. Sistema Jurídico, democracia y constitucionalismo multinivel. In: *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (Coord.); 1ª Edição. Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC-UFG, p. 205-276, 2015, p. 259-260.

²³⁵ REMOTTI CARBONELL, 2015, p. 260-261.

Segundo Gonçalves Loureiro, a dignidade da pessoa humana em sua dimensão intersubjetiva “implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa [...], traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’ ”.²³⁶

Para o Lima Vaz, comprovar que a dignidade, enquanto conceito ético, tem a democracia como sua melhor expressão no plano político, foi um de seus objetivos mais importantes a nosso ver. Segundo Vaz “a relação que se afirma vigorar entre os dois [...] é uma relação de tipo ontológico, vem a ser, aquela que tem lugar entre o ser e o fenômeno, entre a essência e sua manifestação”.²³⁷

Ora, se afirmarmos ser a democracia o correspondente mais pertinente à dignidade humana. Essa relação de correspondência ontológica, como expõe Vaz “[...] pressupõe no homem uma dignidade essencial e pretende mostrar na democracia a forma mais adequada de expressão dessa dignidade no campo político”.²³⁸ Nos perguntamos, então, se Estados que não tenham a democracia como regime de governo, não conseguem ou possam vir a conseguir um correspondente no plano político capaz de lograr a efetivação à dignidade da pessoa humana. Podemos responder com Acemoglu e Robinson²³⁹ que não. Ainda que sistemas políticos não democráticos possam proporcionar melhorias das condições de vida num curto prazo, estão fadadas a se converterem em modelos excludentes no longo prazo.

Acontece que, se sairmos de uma análise que se fundamenta eminentemente no arcabouço de leis de um Estado e passarmos para uma análise no plano prático efetual, vemos que, a realização da dignidade da pessoa humana no plano social-jurídico deixa muito a desejar mesmo em países nos quais a democracia (formal) rege o Estado.

²³⁶ GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. O Direito à identidade genética do ser humano. In: Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, p. 263-389. 1999, p.281.

²³⁷ VAZ, Henrique C. de Lima. Democracia e Dignidade Humana. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v 15, nº44, p.11-25, set./dez. 1988, p.11.

²³⁸ VAZ, 1988, p.11.

²³⁹ Cf. ACEMOGLU; ROBINSON, 2012.

Isso não quer dizer que, em países que não tenham regime de governo democrático, não se possam ver efetivados direitos humano-fundamentais. Isso quer dizer que essa relação de ambivalência entre regime de governo e efetivação da Dignidade da Pessoa Humana se mostra de formas díspares em cada Estado. E é esse outro de nossos propósitos: analisar ao longo desta tese doutoral, a efetividade prática desta ideia-força que está presente no discurso jurídico-nomológico dos quatro países estudados.

Outra questão relevante é que, no mundo jurídico, a dignidade, enquanto direito humano-fundamental, é de difícil operacionalidade. Por exemplo, em um litígio muitas vezes ambas as partes fundamentam suas teses neste princípio, tornando a resolução de litígios baseada na ideia de dignidade algo plurívoco. Assim, a comparação constitucional que empreendemos nesta tese buscou também entender como cada um dos países comparados lida com a operacionalização jurídica de tal direito.

A retomada, após a Segunda Guerra Mundial, de uma perspectiva jurídica substancialista, em que o Direito volta a ser uma realidade funcionalmente atrelada à realização de uma certa concepção de vida, aquela traduzida nos direitos fundamentais, encontra na dignidade uma chave-conceitual capaz de organizar e simbolizar esse novo compromisso substancial do Direito. Assim, a partir da década de 1980 tal semântica vai ganhando lugar na linguagem jurídica-constitucional.

Porém, observa Boaventura de Sousa Santos que:

[...] após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da Guerra Fria, e como tal foram considerados pela esquerda. Duplos critérios na avaliação das violações dos direitos humanos, complacência para com ditadores amigos, defesa do sacrifício dos direitos humanos em nome dos objetivos do desenvolvimento – tudo isto tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório.²⁴⁰

Dessa forma, ao mesmo tempo que a dignidade passou a ter grande notoriedade nas discussões em plano nacional e internacional e passou a ser

²⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 2014, p.11; SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, jun. 1997.

considerada como “centro axiológico do direito constitucional”, pois a dignidade detém o valor maior que é inquantificável e dá unidade substancial às Constituições dirigentes do Estado Social de Direito²⁴¹, essa chave conceitual, por outro lado, passou a ser vista, por alguns com desconfiança. Isso, frente à possibilidade desse discurso camuflar em sua abordagem, não raro, laudatória, práticas sociais excludentes, contrárias à própria dignidade. Nossa comparação constitucional buscou, também, ser crítica quanto a este aspecto. Assim, o leitor verá que, sempre após uma exposição (mais analítica e descritiva) acerca da formação da cultura constitucional de cada país estudado, iniciaram-se testagens contrastantes dos níveis nomológico, acadêmico e operativo da constitucionalidade em cada país, com vista à crítica das discrepâncias entre o reconhecimento da dignidade como direito e sua inefetividade (ou a carência de *leva-la a sério*) na *práxis* constitucional.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso, buscando tornar possível a utilização da dignidade como princípio de direito capaz de fundamentar questões importantes para o mundo jurídico, e capaz de poder ser operacionalizado pelo direito, propõe que sejam analisados elementos que compõe a configuração jurídica da dignidade, buscando analisar também, o grau de densidade jurídica que tal conceito possui.²⁴²

Barroso, perquirindo pelos elementos da dignidade da pessoa humana que constituem a configuração jurídica deste conceito, propõe a estruturação dos seguintes elementos definidores: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia individual e o valor comunitário da dignidade. Nas palavras deste autor, o objetivo que permeia a busca por “determinar as implicações jurídicas associadas a cada um desses elementos é o de estabelecer quais são os direitos fundamentais, os deveres e as

²⁴¹ BARROSO, 2014.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. v. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre dignidade e cosmopolitismo. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, p. 123-150, 2012.

responsabilidades que deles derivam”²⁴³, e que se vinculam mais diretamente à configuração jurídica da dignidade humana.

Cabe observar, segundo a interpretação de Barroso²⁴⁴, a dignidade não poderia ser considerada um direito fundamental pois isso implicaria em dizer que ele não é absoluto, e, portanto, poderia ser ponderado. Ainda, o autor afirma que, a melhor classificação é a de princípio jurídico, uma vez que os princípios possuem normatividade e estão no centro do sistema jurídico e se irradiam. Nós, não obstante, entendemos nesta tese que, a dignidade, no plano jurídico, funciona tanto como princípio constitucional estrutural, quanto como macro-direito fundamental que abarca e dá unidade a um núcleo de direitos fundamentais.

Neste mote, cabe analisar a configuração jurídica básica da dignidade e definir seu conteúdo mínimo, o qual, como aqui se sustenta, seria definido por três elementos: proteção do valor intrínseco de cada ser humano, da autonomia individual e do valor comunitário.

Em primeiro lugar, cabe analisar o valor intrínseco. Dentro desse elemento estariam presentes dois postulados fundamentados filosoficamente. O primeiro se refere ao postulado anti-utilitarista, alicerçado na filosofia kantiana, de que “toda pessoa é um fim em si mesma”.²⁴⁵ Neste sentido não se poderia, por exemplo, sacrificar o direito de alguém em detrimento do benefício da maioria. O outro postulado consiste na afirmação de um caráter anti-totalitário, que perpassa a ideia de que o “Estado não é um fim em si mesmo e sim um meio”, o que impõe, por exemplo, que ninguém deve ser tratado como súdito do Estado. Destes dois postulados decorreria que, no plano Jurídico, a dignidade (seja como princípio seja como macro-direito) unifica um núcleo de direitos fundamentais, notadamente o direito à vida, direito à igualdade (formal e material), o direito à integridade física e moral, o direito à diversidade, os direitos relacionados às condições sadias e justas de vida e o direito a condições adequadas de exercício das liberdades básicas.

²⁴³ BARROSO, 2014, p.11.

²⁴⁴ BARROSO, 2014.

²⁴⁵ BARROSO, 2014, p. 11.

O segundo elemento básico do sentido jurídico da dignidade, decorrente do primeiro, seria a autonomia individual, que singulariza a condição humana. Como regra geral, as pessoas devem possuir autonomia para fazerem suas próprias escolhas acerca de seus projetos de vida. Esta *auto-nomia*, no mundo jurídico se reflete em duas esferas, a pública e a privada. A autonomia pública diz respeito a todas as pessoas quanto ao direito de participarem da vida pública e da definição dos rumos sociais os quais essa pessoa se submeterá. Ou seja, a dignidade pressuporia a vida em um ambiente democrático, em que a pessoa tem o direito de ter uma participação ativa no debate público corroborando para com a construção da legalidade a qual será submetida. Já, a autonomia privada se refere eminentemente ao conjunto de liberdades existenciais que possuem os indivíduos para escolha de seus projetos de vida, dialeticamente relacionados às escolhas da sociedade (portanto, eventualmente e excepcionalmente esses projetos de vida são delimitados pelas possibilidades traçadas como decorrência das escolhas públicas) na medida em que estas tenham sido participativamente construídas, por meio da autonomia pública.

O terceiro elemento básico configurador da dignidade como direito decorre justamente dessa relação dialética entre autonomia pública e privada e se traduz no valor comunitário da dignidade, em que a autonomia pode ser legitimamente limitada em nome de interesses da sociedade, somente na medida em que esta seja efetivamente democrática e participativa. Ou seja, a dignidade exige que sua conformação externa pela imposição de determinados valores compartilhados pela sociedade somente se dê quando a tratativa desses valores é participativa e respeitadora das autonomias e das diferenças. Podemos considerar, tomando por ponto de partida as considerações a esse respeito feitas por Barroso (mas indo além de sua posição, tal como fizemos nos parágrafos anteriores), que essa dimensão da dignidade, enquanto valor comunitário, apresenta três desdobramentos básicos, quais sejam: assegurar o direito de outrem, proteger a pessoa de si própria (em situações de

fragilidade existencial²⁴⁶) e garantir determinadas escolhas sociais participativamente construídas.

Veja-se o afirmado por Barroso:

A globalização de direito é uma característica essencial do mundo moderno, que promove no seu atual estágio, a confluência entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. As instituições nacionais e internacionais procuram estabelecer o enquadramento para a utopia contemporânea: um mundo de democracias, comércio justo e promoção dos direitos humanos. A dignidade humana é uma das ideias centrais desse cenário. Já passou o tempo de torná-la um conceito mais substantivo no âmbito do discurso jurídico, no qual ela tem frequentemente funcionado como um mero ordenamento retórico, cômodo recipiente para um conteúdo amorfo.²⁴⁷

O estágio de confluência da globalização dos direitos humano-fundamentais, pode ser medido, por exemplo, com a jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que tem grande influência atualmente na jurística constitucional de vários outros países:

De acordo com o Tribunal [alemão], a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a clausula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado.²⁴⁸

Com efeito, o que se tem consolidado é que “a dignidade humana, consagrada expressamente ou não no texto constitucional, tem se tornado um instrumento argumentativo poderoso para os tribunais constitucionais e Cortes Supremas de diversos continentes”²⁴⁹. Assim, também, destacamos o entendimento otimista da atual Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Carmem Lúcia Rocha:

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do Direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito

²⁴⁶ Imagine-se o caso de usuários de drogas como o craque, por exemplo.

²⁴⁷ BARROSO, 2014, p. 11-12.

²⁴⁸ BARROSO, 2014, p. 21.

²⁴⁹ BARROSO, 2014, p. 29.

contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional.²⁵⁰

É preciso, no entanto, compreender em que medida tal estado de coisas colaborou e colabora para efetivas transformações sociais nestes países.

Após a análise sobre a dignidade que fizemos no presente capítulo, passaremos então, ao estudo sobre este princípio multifacetado que resultou ser a dignidade, dentro do mundo jurídico-cultural dos países do Grupo BRICS. Para tal, a crítica da ideia de dignidade da pessoa humana, enquanto direito humano-fundamental, à continuidade do trabalho doutoral, passará por pelos seguintes passos, em cada um desses países: primeiramente, um esforço de compreensão aproximativa da cultura constitucional desses países, por meio da análise descritiva da formação da respectiva cultura constitucional, na transição entre as respectivas normatividades tradicionais e a subsequentemente inserida constitucionalidade moderna. Segundamente, pela exposição (ainda de certo modo analítica) da nomologia constitucional contemporânea desses países, nos seus aspectos estruturantes.

Em terceiro lugar, por meio da decorrente realização de um estudo crítico do estado da arte do debate constitucional sobre o direito à dignidade naquele respectivo país, por meio da sistematização e crítica de uma mostra diversificada de textos produzidos pela intelectualidade jurídica do próprio país. Isto para, então, realizar um quarto momento investigativo, destinado a avaliar o estudo da efetividade de direitos relacionados à dignidade, por meio do estudo de caso relacionado a duas questões escolhidas como amostragem: a minoria de gênero (situação da mulher) e a minoria étnica (situação das minorias étnicas nesses países).

Tal diversificação da abordagem nos permitiu construir uma testagem consistente em contrastar, em cada um dos países, esses níveis de análise (notadamente o da formação histórica, do discurso nomológico, do discurso jurídico-acadêmico e das práticas efetivas em temas específicos) de

²⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V.2, nº 2, p 49-67, 2001, p.49.

modo a oferecer um retrato minimamente fiel (apesar da extensão e complexidade do objeto) do grau de vinculação e efetivo compromisso desses quatro sistemas constitucionais com o direito à dignidade e do papel que esse direito efetivamente tem nessas culturas constitucionais, para além do declarado no texto constitucional.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DA RÚSSIA

2.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL RUSSA

Com o *status* de grande potência emergente, a Rússia tem um extenso território, cerca de 17 milhões de quilômetros quadrados, sendo o maior país em extensão territorial do mundo. Trata-se de um país transcontinental euroasiático. Além de seu grande território dividido entre dois continentes, a Rússia possui uma riqueza de recursos naturais, sendo um dos maiores exportadores de petróleo mundial e o maior produtor de gás natural do mundo, além de possuir reservas de carvão, urânio, titânio entre outros minerais.²⁵¹

A construção histórica das instituições jurídicas, políticas e constitucionais na Rússia passa pela autocracia dos Czares, o totalitarismo da União Soviética até o direito russo atual, mais voltado para as relações internacionais e fazendo parte de muitos organismos internacionais.

É precisamente por essas nuances históricas que propomos analisar neste capítulo, a construção da dignidade como direito humano-fundamental dentro do Direito Interno Russo. Para isso, buscaremos analisar as contribuições advindas do Direito Tradicional e do Direito Soviético que corroboraram com a construção da concepção atual da dignidade dentro da Nação Russa.

²⁵¹ Cámara oferece uma interpretação pormenorizada das dimensões determinantes da posição atual de Rússia na ordem internacional contemporânea, cf. HERMOSO, Manuel de La Cámara. *Rusia en el orden internacional*. Colección de Estudios Internacionales, nº 8. País Vasco: Editorial de La Universidad del País Vasco, 2010.

As distinções sobre as fases do direito na Rússia são notórias. Podemos dividi-las em: *i)* Direito Tradicional; *ii)* Direito Soviético; *iii)* Direito Russo atual.²⁵²

No Direito Tradicional temos as seguintes etapas: a primeira etapa compreende Direito Bizantino e a publicação do *Ruskaia Pravda* (862-1236); a segunda etapa se refere ao Direito durante o Domínio Mongol (1236- 1480); a terceira etapa compreende o fim da dominação do período Mongol até a chegada ao trono de Pedro I, esta etapa é denominada por muitos estudiosos de período do Código de 1649, pois essa foi a principal obra jurídica publicada neste período e considerada de suma importância para a construção do direito na Rússia (1480-1689); já a quarta etapa se inicia com Pedro o Grande subindo ao trono e perdura com seus sucessores até a Revolução Bolchevique (1689-1917).

O período Direito Soviético (1917-1993) foi marcado por duas etapas, a primeira foi a Edificação socialista (1917- 1936) que se subdivide em três momentos: o Comunismo Revolucionário (1917-1921), a Nova Política Econômica (1921-1928) e a Coletivização dos bens de produção (1928-1936). Já a segunda etapa do Direito Soviético pode ser considerada o período de Estancamento Jurídico (1936-1993).

Já o período do Direito Russo atual, é marcado pelo desmantelamento da URSS e pela promulgação da Constituição de 1993, a primeira Carta Constitucional referendada oficialmente pelos cidadãos russos.

Nosso objetivo é demonstrar o nível de desenvolvimento da dignidade como direito humano-fundamental na Nação Russa. Após séculos de regime Czarista e décadas de União Soviética, nossa meta é analisar de que modo e com qual intensidade o discurso da Dignidade introjetou-se na linguagem constitucional russa pós 1993.

²⁵² Utilizaremos aqui as divisões clássicas do direito comparado para analisar o devir histórico-jurídico da Rússia. Optamos por essa divisão, por entendermos ser a que melhor se adequa a esta pesquisa macrocomparativa.

Compreender como o Direito Russo recepcionou a dignidade dentro de seu Ordenamento Jurídico, colaborará para uma possibilidade de aproximação e diálogos sobre questões como a proteção aos direitos fundamentais, dentro do Grupo dos BRICS.

Analisar o discurso jurídico com relação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão do atual Estado Russo é de grande valia para essa pesquisa. Para tal, dentro do Direito Russo atual, se torna importante analisar o principal documento legal da Rússia, a Constituição de 1993. Por conseguinte, analisaremos as demais Fontes do Direito Russo, quanto ao tema além de fazer uma verificação analítica de como funciona a estrutura político-administrativa dessa Nação. Por fim, pretendeu-se contrastar a linguagem institucional (jurídico-constitucional) com a linguagem acadêmico-intelectual russa, bem como estas, com a *práxis* russa acerca da Dignidade como Direito.

2.1.1 O devenir da normatividade tradicional russa

2.1.1.1 - O encontro da cultura eslava com a civilização bizantina

O Direito Tradicional Russo tem raízes próprias fundadas na convivência e nos costumes, nas tradições e nos rituais das tribos eslavas no início do século VI d.C.

O período de influência do Direito Romano de Bizâncio teve início no final do séc. IX, com a aproximação da cultura bizantina em 988, quando Rus de Kiev se acercou a Bizâncio, durante a Idade Média. Devido a essa aproximação entre as culturas eslava e bizantina ocorreu uma “mestiçagem” dos âmbitos religioso, comercial e político que resultaram no surgimento da cultura ortodoxa bizantina, ademais de um direito canônico e civil, o que até 862 não haveria ocorrido, pois, a Rússia não dialogava (interagia) nem com os vizinhos europeus, tampouco com os asiáticos, se limitando somente a seu próprio pensamento feudal. Por isso, o período de Kiev é considerado importante para a expansão cultural, jurídica e religiosa da Rússia. Neste sentido, destaca Oropeza que o pensamento feudal antigo da Rússia “al

encontrarse con la antigua Bizancio, deslumbró e influencio a una cultura que andaba en busca de una mejor interpretación de la cosmología en la que habitaba”.²⁵³

A Tribo dos “Varegos”,²⁵⁴ contribuiu para que o Príncipe Vladimir não instaurasse o Paganismo como Religião de Estado. Os povos Viking que conquistaram grande parte do território russo se opuseram à ideia pagamista do Príncipe, já tinham certo conhecimento sobre o Cristianismo através de missionários cristãos que percorriam a Escandinávia.

Durante este período, podemos destacar a contribuição do *Rusaskaia Pravda* (o direito russo) que consistiu na compilação dos costumes russos e se originou no reinado de São Vladimir, após a conversão ao Cristianismo, em 989.

Esses escritos começaram a ser redigidos no século XI. No entanto, sua redação sofreu muitas variações. Assim sendo, é ao conjunto complementar de compilações dos costumes russos do final do século XI e no século XII que se atribuiu a designação de *Rusaskaia Pravda*. Do ponto de vista histórico-jurídico nota-se uma evolução social se comparamos às próprias tribos escandinavas da época. É neste sentido que se afirma:²⁵⁵

Estas compilaciones se redactaron en eslavo, y dibujan una sociedad, en términos generales, más evolucionada que la de las tribus germánicas o escandinavas en la época en que fueron redactadas las “leyes bárbaras”. El derecho que es descrito tiene un carácter territorial y no tribal, y las disposiciones que comprende anuncian en muchos aspectos el régimen feudal.²⁵⁶

O Direito Bizantino teve um papel importante na Rússia de Kiev. Neste sentido, enquanto no Ocidente a Igreja seguiu as leis romanas, “[...] en Rusia se rige por el derecho bizantino, expresado por los nomocánones que

²⁵³ OROPEZA, Arturo García. *México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p.18.

²⁵⁴ Os “Varegos” como eram conhecidos os povos escandinavos que viviam em tribos e se trasladaram a caminho da Rússia, esses povos viking conquistaram o território russo e transformaram a cidade de Kiev (hoje território da Ucrânia) sua principal sede.

²⁵⁵ DAVID; René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

²⁵⁶ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 121.

unifican en su reglamentación el derecho civil (la sociedad civil) y el derecho canónico”. Por conseguinte, a aplicação do Direito Bizantino, adotado na Rússia pela Igreja, se tornava efetiva com a aplicação direta aos “clérigos y en los bienes raíces que le pertenecen en propiedad que es donde ejerce su jurisdicción”. Isso corroborou para com um maior alcance territorial do Direito Bizantino, “mediante el arbitraje y a través de diversas infiltraciones en la redacción de las compilaciones de derecho regional consuetudinario”. Este período se findou com a chegada dos Mongóis em 1236.²⁵⁷

2.1.1.2 - O domínio mongol

Entre os anos de 1236 a 1480 o domínio Mongol passou a governar a Rússia. A *Horda de Ouro*, como ficou conhecido o período que sucedeu aos Varegos, teve seu declínio no ano de 1480, durante o reinado de Ivã III, após a centenária guerra de libertação.

O período Mongol (e, sobretudo durante a Guerra de Libertação que durou aproximadamente cem anos) teve grandes impactos e “sus consecuencias políticas se pueden percibir todavía en la actualidad”. Neste sentido, vimos por um lado, a ascensão, após a guerra, de Moscou, e, por outro, durante a guerra, este foi o período no qual houve por parte da Rússia um afastamento intenso do Ocidente, resultando em um isolamento com os países ocidentais, o que só mudaria após a independência.²⁵⁸ Assim:

Desde un punto de vista estrictamente jurídico y con abstracción de su duración, el balance de la dominación mongol en la antigua Rusia, es más negativo que positivo. Se puede sostener que técnicamente la costumbre mongol (que se conocía como yazak) nunca le fue impuesta a los rusos y muy poco influenció en el derecho ruso. La dominación de los mongoles fue una causa de estancamiento en la evolución del derecho y por el agrupamiento de los fieles en torno a sus pastores

²⁵⁷ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 121.

²⁵⁸ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 122. Contudo, Manuel de la Cámara pontua que a “Rusia ha preservado su identidad euro-asiática, de forma que muchos europeos no la ven como una parte natural de Europa y los rusos tampoco se consideran esencialmente europeos” (HERMOSO, Manuel de La Cámara. Las relaciones bilaterales entre la Unión Europea y Rusia. Una perspectiva española. In: *Unión Eropea y Rusia: Competencia o cooperación?* BENEYTO, José María; POWELL, Charles (dirs.) Madri: Biblioteca Nueva – Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2009, p. 70).

religiosos, una causa del desarrollo de la influencia del clero y del derecho bizantino.²⁵⁹

O terceiro momento se consubstancia desde o fim do domínio Mongol até o início do reino de Pedro o Grande. Essa fase é denominada por muitos estudiosos como período do Código de 1649, por ser este o principal documento legal dessa fase do direito tradicional.²⁶⁰

2.1.1.3 - A era dos czares

Instaurou-se, então, o regime Czarista na Rússia para poder proteger o Estado de ameaças exteriores. Este regime despótico estabeleceu que a própria Igreja fosse subordinada ao Czar. É neste cenário político que a administração e a justiça se confundem. Ademais, não foi objeto de preocupação dos Czares uma revisão ou reforma social. É neste contexto que David e Jauffret-Spinosi afirmam que:

La diferencia conceptual entre policía, administración de justicia y administración pública estaba totalmente desdibujada en un régimen dominado por una adhesión a la rutina a la costumbre, sujeta a los imprevistos de la arbitrariedad ocasional del zar, de los señores feudales o de los administradores locales.²⁶¹

No tocante ao desenvolvimento da Justiça, os chamados “Livros da Justiça” (*Sudebnik*) tiveram sua importância, principalmente por serem revisões atualizadas da Russikaia Pravda e do Direito Bizantino, notadamente com relação ao direito canônico e civil.²⁶²

²⁵⁹ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 122. Também corrobora com a denominação de estancamento jurídico durante a dominação mongol a professor Arturo Oropeza (2013, 19), na seguinte passagem: “Sin embargo, a pesar de este amplio período de dominación, la hegemonia mongola fue más una etapa de estancamiento jurídico que de desarrollo, dado que bajo la primera influencia de Derecho bizantino, con una enorme carga religiosa, lo que privo fu la convivencia de creencias donde el Pueblo ruso no renunció a su propia visión del derecho ante el agrupamiento de los fieles en torno a sus pastores religiosos”.

²⁶⁰ O Código de 1649 “es una obra jurídica que se realiza bajo el reinado del segundo Zar de la dinastía de los Románov, Alejo Mijáilovich, quien ordeno que se hiciera un trabajo de consolidación tanto del Derecho laico como del Derecho canónico que dio como resultado el Código de 1649”(OROPEZA, 2013, p.19).

²⁶¹ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.122.

²⁶² Dentre estas obras destacamos algumas que consideramos importante citar: “La obra jurídica realizada al respecto bajo el reinado del segundo zar de la dinastía de los Románov, Alejo Mijáilovich, es de suma importancia. Por iniciativa de este soberano, se realizó una obra de consolidación tanto del derecho laico, como del derecho canónico de Rusia. El primero encuentra su expresión en el Código de Alejo Mijáilovich (conocido como Sobornoe Ulojenie)

2.1.1.4 - Aproximação com o Ocidente e decadência do Czarismo

O início do reinado de Pedro, o Grande, marca o começo da quarta etapa da História do Direito Tradicional na Rússia, que se alastrou até 1917 com a Revolução Bolchevique. Nesse período, podemos notar uma certa reaproximação na comunicação com o Ocidente. Com efeito, “Pedro el Grande y sus sucesores la dotan de una administración pública de modelo occidental; sus esfuerzos empero, no trascendieron al derecho privado, por lo que no fueron de gran profundidad”, embora fizesse com que o povo russo se habituasse a uma administração um pouco mais organizada.²⁶³

A consolidação do Direito Russo denominada *Svod Zakonov* passou a ter vigência em 1832, foi considerada como resultado de uma tentativa de modernização do Direito Russo sob o comando do Czar Alexandre I.

O projeto de modernização foi inspirado no modelo Francês de Napoleão Bonaparte. Pretendia-se fazer uma codificação num primeiro momento para modernizar o direito russo, o que implicava, provavelmente, a adoção de uma possível carta de direitos e a adoção de um sistema mínimo de garantia de liberdade. Entretanto, a ruptura com a França Napoleônica fez com que o resultado desse processo de modernização do Direito Russo fosse limitado a uma simples compilação, sem as inovações pretendidas por Alexandre I.²⁶⁴

Corroborando com nosso entendimento, David e Jauffret-Spinosi afirmam que “de la *Ruskaia Pravda*, al Código de 1649, y del Código de 1649 al *Svod Zakonov*, la constante fue siempre una obra de consolidación, pero nunca una obra global de reforma y de modernización”.²⁶⁵

de 1649 que consta de 25 capítulos y 903 artículos. El segundo se publica en 1653 en una edición oficial de la *Kormtchaia* que substituyó una obra precedente realizada en los “Cien Capítulos” (conocida como *Stoglav*) de Iván el Terrible (1551)”. (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.122)

²⁶³ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.122.

²⁶⁴ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010.

²⁶⁵ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 123.

Considerada uma compilação, a *Svod Zakonov* chegou a ter mais de cem mil artigos, divididos em oitos seções, totalizando mais de quinze volumes, os quais dois terços se referiam a matéria de direito público.²⁶⁶

A abolição da servidão, em 1861, marcou o início do movimento liberal de reforma ocorrido durante o reinado do Czar Alexandre II e a reforma judiciária em 1864.

O regime Czarista na Rússia exercido sob o custo de exploração extrema, fome e miséria se findou com a Revolução Bouchevique. O Czar Nicolau II foi o último a governar a Rússia antes no fim do período Czarista, em 1917. Após a queda da autocracia Czariana tentou-se instaurar um governo provisório que tendesse a uma República de natureza liberal.

Liderado por Lenin o Partido Bolchevique destituiu o governo provisório e instaurou o governo socialista soviético, fazendo parte do que ficou conhecida como a Revolução Russa em 1917.

A denominada Revolução de Fevereiro marcou o fim do regime czarista na Rússia e a Revolução de Outubro promoveu a tomada de poder pelos Bolcheviques Marxistas. A Revolução Russa operada nesses dois momentos do ano de 1917, pôs fim ao governo imperialista russo e instaurou o comunismo no poder. Por isso, esse foi considerado o modelo clássico de Revolução do Proletariado que instituiu o primeiro Estado Socialista no mundo.

2.1.2 As transformações soviéticas na cultura jurídico-política russa

A União das Repúblicas Soviéticas, que passaremos a nos referir por suas iniciais URSS²⁶⁷, nasceu a partir da revolução de 1917. O período

²⁶⁶ OROPEZA, 2013.

²⁶⁷ Fizeram parte da URSS as seguintes Repúblicas Socialistas Soviéticas: Rússia (1917-1991), Lituânia (1940-1990), Letônia (1940-1990), Estônia (1940-1991), Geórgia (1921-1991), Armênia (1920-1991), Azerbaijão (1920-1991), Bielorrússia (1919-1991), Cazaquistão (1936-1991), Moldávia (1924-1991), Quirguistão (1936-1991), Tadjiquistão (1929-1991), Turcomenistão (1922-1991), Ucrânia (1919-1991), Uzbequistão (1925-1991). Além das

Soviético trouxe para Rússia a denominação de “principal modelo socialista”.²⁶⁸

A revolução que pôs fim ao regime Czarista na Rússia trouxe consigo a ideia de um “socialismo realizável”, o qual deveria ser colocado em prática pela URSS.

2.1.2.1 - A Edificação do modelo soviético e a ideologia marxista de uma sociedade igualitária sem direitos

Neste contexto histórico-político foi produzido um dos primeiros documentos no início do período de sovietação - firmado pelo Presidente do Conselho de Comissários do Povo, Lenin, e pelo Comissário do povo para assuntos nacionais, Stalin – a Declaração de Direitos dos Povos da Rússia.

Essa declaração teve por objetivo principal declarar a emancipação dos camponeses e obreiros, tal como se pode verificar no seguinte trecho:

I. Queda proclamada en Rusia la República de los Soviets de diputados obreros, soldados y campesinos. Todo el poder, tanto en el centro como en las localidades, pertenece a dichos Soviets. 2.- La República Soviética de Rusia se instituye sobre la base de la unión libre de naciones libres, como Federación de Repúblicas Soviéticas nacionales.²⁶⁹

Consoante com o discurso de acabar com a exploração do homem pelo próprio homem, este documento buscou ser um norte na instauração de medidas que, ao início do período soviético, pretendiam a efetivação de um modelo socialista realizável. Assim, a Declaração assinala fundamentos de convivência que chocam com alguns elementos estruturais do modelo liberal-

Repúblicas de curta existência, que foram, Transcaucasiana (1922-1936), Abecásia (1921-1931), Carelo-Finlandesa (1940-1956), República do Extremo Oriente (1920-1922).

²⁶⁸ TAIBO, Carlos. ¿Que fue la Unión Soviética? *In: Rusia en la Era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, p.23-60, 2011, p.24.

²⁶⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS PARA LOS PUEBLOS DE RUSIA (1918): Redactado antes del 3 de enero de 1918. La declaración fue aprobada por la sesión del Comité Ejecutivo Central del 3 de enero y rechazada por la mayoría de la Asamblea Constituyente para ser ratificada el 12 del mismo mes por III Congreso de Soviets de toda Rusia. Edición: Marxists Internet Archive, octubre, 2013. Disponível em: <<https://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/escritos.htm>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

ocidental de conceber um modelo constitucional moderno, dentre eles, a propriedade privada como direito fundamental. Veja-se:

II. Habiéndose señalado como misión esencial abolir toda explotación del hombre por el hombre, suprimir por completo la división de la sociedad en clases, sofocar de manera implacable la resistencia de los explotadores, instaurar una organización socialista de la sociedad y hacer triunfar el socialismo en todos los países, la Asamblea Constituyente decreta, además: 1.- Queda abolida la propiedad privada de la tierra. Se declara patrimonio de todo el pueblo trabajador toda la tierra, con todos los edificios, ganado de labor, aperos de labranza y demás accesorios agrícolas. 2.- Se ratifica la ley soviética acerca del control obrero y del Consejo Superior de Economía Nacional, con objeto de asegurar el poder del pueblo trabajador sobre los explotadores y como primera medida para que las fábricas, talleres, minas, ferrocarriles y demás medios de producción y de transporte pasen por entero a ser propiedad del Estado obrero y campesino.²⁷⁰

Entre as medidas presentes na declaração é importante destacar que a abolição da propriedade privada dos meios de produção foi considerada um marco no processo de construção da URSS, além de outras medidas declaradas que também foram consideradas de grande impacto para a construção de um modelo socialista de Estado. Em meio a tanto instituiu-se as bases de um sistema de repressão a processos, práticas ou discursos contra-revolucionários. Veja-se:

3.- Se ratifica el paso de todos los bancos a propiedad del Estado obrero y campesino, como una de las condiciones de la emancipación de las masas trabajadoras del yugo del capital. 4.- Queda establecido el trabajo general obligatorio, con el fin de suprimir los sectores parasitarios de la sociedad. 5.- Se decreta el armamento de los trabajadores, la formación de un Ejército Rojo socialista de obreros y campesinos y el desarme completo de las clases poseedoras, con objeto de asegurar la plenitud del poder de las masas trabajadoras y eliminar toda posibilidad de restauración del poder de los explotadores.²⁷¹

Assim, a ideia de “eliminar toda possibilidade” contra-revolucionária será a base de legitimação de todo um conjunto de medidas e práticas de supressão de direitos civis básicos no regime socialista.

Por mais de sete décadas a URSS buscou ser o exímio modelo socialista, ou ao menos essa foi a intensão inicial. Na tentativa de buscar explicar a falha na aplicação do modelo Marxista à URSS, Lenin se justificará

²⁷⁰ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS PARA LOS PUEBLOS DE RUSIA, 2013, s/n.

²⁷¹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS PARA LOS PUEBLOS DE RUSIA, 2013, s/n.

com base na situação que a Rússia se encontrava após séculos de Regime Czarista.

O mesmo Lenin elaborará a partir daí sua teoria do elo mais fraco, defendendo que o modelo marxista não foi colocado em prática, pela primeira vez, em um país muito industrializado e avançado, mas sim em um país pobre, que estava sob o domínio imperialista e era eminentemente rural, cerca de 90% da população vivia no campo e, por isso, dependiam principalmente da agricultura.²⁷²

O que no início era uma explicação da aplicação do modelo marxista, posteriormente passou a ser uma justificativa, até mesmo para seus companheiros de partido, para o que poderia vir a ser segundo Lenin o início de uma revolução do proletariado da Europa central e ocidental.

O mote principal do pensamento socialista que permeou a URSS se fundamentou na teoria de Marx com a colaboração Engels.

A teoria Marxista cunhou a estrutura principal do modelo socialista adotado pela URSS. Neste sentido, podemos considerar que o ideal marxista era afável ao olhar dos líderes bolcheviques.

A estrutura do sistema jurídico soviético pós-revolução bolchevique foi ou ao menos pretendia ser “la expresión en términos jurídicos de una filosofía muy definida: la filosofía marxista”.²⁷³

A teoria Marxista se alicerça sob o princípio da primazia da economia sobre política, o direito e o Estado. A influência da interpretação de Marx das obras de Hegel, ganhou grande notoriedade pelos estudiosos marxistas. Assim também destaca Taibo na seguinte passagem: ²⁷⁴

²⁷² Cf. COBO ORTIS, Juan. Paradojas de los cambios sociales en la transición rusa. In: BERMAN, Harold J. (ed.) *Justicia en la U.R.S.S: una interpretación del derecho soviético*. Trad. de Juan-Ramón Capella. Barcelona: Ediciones Ariel, 1967.

²⁷³ JOHNSON, E. L.. *El Sistema Jurídico Soviético*, Ediciones Península, 1974, p. 89.

²⁷⁴ É neste sentido que Taibo afirma o seguinte: “Una de la interpretaciones posibles de las opiniones de Marx subraya que para este la manifestación de una sociedad socialista – en la que hubiese remitido la explotación de los trabajadores y éstos corriesen a cargo de la dirección de la producción- exigía un desarrollo económico que sólo podía verificarse de la mano de la imposición y fortalecimiento previos de un sistema capitalista. Cuanto más débil fuese el desarrollo, menores serían, en consecuencia, las posibilidades de implantación de un

Las ideas Hegelianas, traducidas por Marx y Engels en teoría política económica, se convirtió en una gran epopeya social en la que a través de Lenin, Trotsky y demás revolucionarios bolcheviques, intentaron llegar a un mundo mejor donde imperará una sociedad sin clases, sin propiedad privada; donde se respetara la igualdad de todas las personas; donde el socialismo fuera solo un vehículo para transformar a la sociedad y llevarla al ideal comunista y de donde de manera específica el derecho, que era un instrumento de la clase en el poder, se fuera diluyendo en la medida que se fueran alcanzando los ideales planteados.²⁷⁵

Assim, a utopia de uma sociedade igualitária um dia alcançável no futuro, legitimava um modelo jurídico-constitucional transicional que, por sua vez, em nome da meta a se alcançar, poderia ser altamente repressivo e supressor de direitos básicos, sem se tornar injusto.

De outra parte, partindo-se de uma análise eminentemente marxista sobre a Revolução de 1917, podemos atestar que, “en una perspectiva más amplia no todos los análisis y categorías utilizados por Marx resultaron ser útiles a la hora de evaluar la sociedad nacida de la revolución de 1917”. Uma vez que, em certo sentido se aplicava ao capitalismo conteúdo particular, detendo-se a possibilidade de ter suas características sempre gerais em contextos históricos-territoriais distintos, “[...] y menos aún lo eran a sociedades como la ruso-soviética”.²⁷⁶

Para Marx a supressão do capitalismo deveria partir da classe obreira, o que poderia ser considerado um contrassenso, em sentido denotativo, devido ao fato de que nos idos de 1917 a classe trabalhadora russa contava com um quantitativo muito baixo.²⁷⁷

A conclusão da análise feita por Marx na Carta sobre a Rússia, no que diz respeito ao desenvolvimento econômico da Rússia, é a de que “si Rusia sigue por el camino que ha seguido desde 1861, perderá la mejor oportunidad

sistema socialista y mayores los problemas que acosarían a éste. Con arreglo a este esquema, Rusia no era el escenario adecuado para un proceso como el descrito” (TAIBO, 2011, p. 25).

²⁷⁵ OROPEZA, 2013, p. 21.

²⁷⁶ TAIBO, 2011, p. 26.

²⁷⁷ Cabe destacar que “[...] durante las dos primeras décadas del siglo XX se produjo también un debilitamiento del potencial revolucionario de la clase obrera en los Estados capitalistas desarrollados. Una causa de ese fenómeno fue la mejora experimentada por el nivel de vida, consecuencia, entre otras razones, de la explotación de los países más pobres” (TAIBO, 2011, p.26).

que le haya ofrecido jamás la historia a una nación, y sufrirá todas las fatales vicisitudes del régimen capitalista”. Ainda segundo Marx:²⁷⁸

Ahora bien, ¿qué aplicación a Rusia puede hacer mi crítico de este bosquejo histórico? Únicamente esta: si Rusia tiende a transformarse en una nación capitalista a ejemplo de los países de la Europa Occidental -y por cierto que en los últimos años ha estado muy agitada por seguir esta dirección- no lo logrará sin transformar primero en proletarios a una buena parte de sus campesinos; y en consecuencia, una vez llegada al corazón del régimen capitalista, experimentará sus despiadadas leyes, como las experimentaron otros pueblos profanos. Eso es todo. Pero no lo es para mi crítico. Se siente obligado a metamorfosear mi esbozo histórico de la génesis del capitalismo en el Occidente europeo en una teoría histórico-filosófica de la marcha general que el destino le impone a todo pueblo, cualesquiera sean las circunstancias históricas en que se encuentre, a fin de que pueda terminar por llegar a la forma de la economía que le asegure, junto con la mayor expansión de las potencias productivas del trabajo social, el desarrollo más completo del hombre.²⁷⁹

O objetivo que Marx propôs foi o de formação econômica que assegurasse o desenvolvimento completo do homem devido a maior quantidade de poder produtivo do trabalho social.

Ao final da carta Marx conclui o seguinte:

Estudiando por separado cada una de estas formas de evolución y comparándolas luego, se puede encontrar fácilmente la clave de este fenómeno, pero nunca se llegará a ello mediante el pasaporte universal de una teoría histórico-filosófica general cuya suprema virtud consiste en ser suprahistórica.²⁸⁰

Aqui fica claro que o próprio Marx era consciente de que as características específicas de Rússia implicariam um modo peculiar de Revolução Socialista, se acaso lograssem iniciá-la. Por exemplo, podemos considerar que o próprio tamanho da União Soviética impôs ao Governo revolucionário medidas centralizadoras e de estabilização e manutenção do Regime, que acabaram por exigir características altamente repressivas.

²⁷⁸ MARX, Karl. Carta ao Diretor da Revista Russa *Otiechéstvennie Zapiski*. Novembro de 1877. Primeira Edição: *Gestamtausgabe. Escrita em francês em finais de Novembro de 1877*. In: *Karl Marx & Friedrich Engels Correspondencia*. Tomo III. Seleccionada por el Instituto Marx-Engels-Lenin (Leningrado, 1ª edición alemana 1934). Digitalización: Simón Royo Hernández, para el Marxists Internet Archive, mayo de 2001. Disponível em: <<http://www.marxists.org/espanol/m-/cartas/m1877.htm>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

²⁷⁹ MARX, 1877, s/p.

²⁸⁰ MARX, 1877, s/p.

Nas Constituições de Estado de Direito a precedência dos direitos sobre a organização económica faz-se acompanhar da precedência dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos sociais. Nas Constituições de tipo soviético, bem como em algumas de países com projetos desenvolvimentistas, ou não se chega a distinguir uma categoria da outra ou as liberdades aparecem diluídas ou subalternizadas diante dos direitos sociais.²⁸¹

O direito produzido na União Soviética se baseou a princípio nos ensinamentos de Marx, o que não perdurou até o fim do regime soviético. Podemos distinguir de modo claro os dois períodos que mais se destacam na história da União Soviética, temos o período de edificação política entre os anos 1917 a 1936 e o período de estancamento jurídico entre os anos de 1936 até o desmantelamento da URSS em 1991.

No período de edificação política temos um certo desenvolvimento do direito privado e o início de estruturas voltadas aos movimentos sociais. É neste contexto que surgiu a primeira Constituição Soviética em 1918 trazendo mudanças importantes consubstanciadas numa nova visão da União de Estados Socialistas, entre as transformações podemos destacar que se “privilegió el derecho de pueblo, se dio la separación de la Iglesia con el Estado, se promulgó un Código del Matrimonio, se nacionalizó la tierra y sus bienes, se prohibió el comercio privado, se abolieron los tribunales.”²⁸²

O período de edificação socialista foi muito profícuo no que tange a criação de leis, no entanto essas novas leis tinham um objetivo arraigado, qual seja, “correspondía a la dinámica de un movimiento político que tenía urgencia de llegar a la comunidad comunista y desde donde se vería a la distancia la desaparición del orden legal”.²⁸³

²⁸¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. II, 1ª ed. – Coimbra Editora, setembro de 2014, p.142-143.

²⁸² OROPEZA, 2013, p. 21; neste sentido, Theda Skocpol, descreve que o cenário dessa época resultou em uma nivelção generalizada da agricultura campezina. Segundo a autora: “Lo que más pedían los campesinos rusos de la Revolución y lo que inmediatamente lograron fue la posesión de la tierra y los medios disponibles para trabajarla. [...] En 1919, virtualmente toda la agricultura de Rusia se había convertido en actividad de pequeños campesinos; pues, como lo ha indicado Chamberlin, ‘el resultado general de la toma de tierras campesinas de 1917 fue una general nivelación de la agricultura campezina’”. (SKOCPOL, Theda. *Los Estados y las Revoluciones Sociales: Un análisis comparative de Francia, Rusia y China*. Trad. De Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 222-224)

²⁸³ OROPEZA, 2013, p. 21.

Entre 1928 e 1932 foi posto em vigência o primeiro plano quinquenal, que teve por objetivo principal proceder a coletivização dos bens de produção:

[...] a través del cual se detonó la colectivización de la economía rusa, incluyendo la industria y el comercio, y de manera importante la agricultura, donde se crearon 243 mil Koljoz en el 93% de la superficie de su territorio donde antes operaban 18 millones de explotaciones familiares.²⁸⁴

O que ocorreu, a partir deste momento, foi que de fato houve uma coletivização dos bens de produção tal como pretendido, entretanto o que era para fortalecer o povo acabou por empoderar o Partido, que por sua vez governava o Estado, em outras palavras, o resultado do plano quinquenal que deveria ser o empoderamento do povo após a coletivização dos bens e a extinção da classe mais alta, resultou ser o momento de grande ascensão de poder do Partido. Por conseguinte, a Ditadura do Proletariado resultou ser a Ditadura do Partido. Substituiu-se a elite aristocrática pela elite partidária e subjugou-se os direitos do povo à realização da utopia.

O objetivo de empoderar os trabalhadores, resultou ser na prática a promoção do Partido ao poder, e para tal, de acordo com Taibo “la economía soviética no aplicó con todo su rigor el principio de obtención del mayor rendimiento no se propuso, por consiguiente, hacer máximo el beneficio”. Com isso o quadro que se revelava durante esse processo pode ser descrito da seguinte forma:²⁸⁵

La propiedad estatal de los medios de producción no equivalió a una socialización efectiva de la riqueza, las desigualdades sociales se hicieron notar de forma significativa y la corrupción permitió el rápido enriquecimiento de una minoría de privilegiados.²⁸⁶

2.1.2.2 - Do Socialismo Revolucionário ao Socialismo de Estado: o “estancamento” do modelo constitucional socialista e a estabilização das instituições extrativas soviéticas

O período de estancamento jurídico se iniciou em 1936, ano da promulgação da segunda Constituição Soviética. Este período é considerado

²⁸⁴ OROPEZA, 2013, p. 21.

²⁸⁵ TAIBO, 2011, p.50.

²⁸⁶ TAIBO, 2011, p.51.

de estancamento pois o poder que foi tirado das classes mais altas não foi transferido para o povo, mas sim passou para o Partido, e foi seu dirigente que passou a figurar como o homem detentor do poder que deveria ser do povo. Assim destacamos as pertinentes constatações:

Una definición posible es, con todo, la que en su momento realizó Cornelius Castoriadis, quien al respecto identificó cuatro grandes rasgos: la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, la planificación, la abolición de la explotación y la dirección de la producción, por los productores. No parece aventurado afirmar que ellos sólo los dos primeros, los menos importantes, se manifestaron en la experiencia soviética. En ésta, por añadidura, la desaparición de la propiedad privada se tradujo en una socialización de la riqueza y la planificación tuvo el indeseable efecto de reforzar el poder de una minoría en un sentido claramente no socialista.²⁸⁷

Os anos que precederam a Segunda Grande Guerra foram marcados pela centralização do poder da URSS nas mãos do partido, “enquanto o controle social agora recorria mais à polícia secreta que ao direito, relegado a uma posição completamente subalterna em relação às exigências do plano e da política”.²⁸⁸

Losano afirma que nesse cenário histórico a relação entre o partido e a polícia se sobrepôs à ligação entre o Estado e o Direito. Destarte M. Collignon também afirma que durante o período estaliniano, “os juristas e o direito estavam destinados quase exclusivamente a permitir uma luta eficaz contra os inimigos da Revolução”.²⁸⁹

De acordo com Agostini o processo de politização do Direito durante a URSS transformou sua natureza, de Direito como instrumento de dominação de Classe anteriormente à URSS a um Direito utilizado como um instrumento da Revolução.²⁹⁰

Podemos inferir a partir destas constatações que o uso do Direito no modelo soviético é essencialmente estratégico, não se preocupando com a

²⁸⁷ TAIBO, 2011, p.51.

²⁸⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177.

²⁸⁹ M. Collignon *apud* AGOSTINI, Eric. *Direito comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Resjuridica, s/d., p. 130.

²⁹⁰ AGOSTINI, s/a, p. 130 e ss.

efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mas sim com o empoderamento do Partido, fundamentado nos dogmas marxistas de enfraquecimento do Direito e do Estado. Consubstanciando as afirmações de Eric Agostini podemos afirmar que durante o Regime Soviético não existiu um Estado de Direito na URSS.

Após a morte de Stalin em 1953 podemos considerar que não houve nenhum avanço significativo para a teoria do direito soviético. Ademais, esse período pode ser considerado como o fim da Ditadura do Proletariado, o qual também foi conhecido por ser o período de construção do comunismo. Assim, “la ditadura del proletariado se ha reemplazado por el ‘Estado del Pueblo Entero’”.²⁹¹

Buscando relacionar a teoria jurídica soviética e o direito soviético, Johnson indaga o seguinte:

Desde la desaparición de las clases explotadoras y explotadas en Rusia, los autores soviéticos han tenido dificultades para mantener actitudes coherentes en torno al problema de las clases. Si la clase obrera ya no está explotada, sino que es la clase dominante, como asegura la teoría soviética, es difícil ver en qué sentido es del todo una clase.²⁹²

Para a teoria soviética não há distinção entre classes exploradoras e classes exploradas, uma vez que, na sociedade soviética o que se admitiu foi a existência de “classes amigas” que eram formadas pelo proletariado e pelos trabalhadores rurais.

Desde uma interpretação eminentemente marxista pode-se inferir que houve sim uma distinção entre classes. Essa afirmação ganha eco na obrigatoriedade de fornecimento de alimentos pelos camponeses ao proletariado urbano, que ocorreu muitas vezes sem uma troca de obrigações equivalentes, ou seja, o pagamento pelos alimentos muitas vezes não

²⁹¹ JOHNSON, 1974, p.103. “De 1953 a 1985 siguieron en el poder a la muerte de Stalin, una Troika integrada por Kruschev, Malenkov y Bulganin, la cual derivó a favor de Kruschev hasta 1964, fecha en que es retirado por Brezhev, quien a su muerte en 1982 fue substituido, primero, por Yuri Andropov (82-84) y posteriormente por Konstantin Chernenko, quien también a su muerte es substituido en 1985 por Gorbachov, con el cual dio inicio una Perestroika política y económica, pero también jurídica, que juntas redefinieron la vida de la unión soviética” (OROPEZA, 2013, p. 21).

²⁹² VYSHINSKI *apud* JOHNSON, 1974, p.104.

correspondia ao valor equivalente. Isso para Marx era considerado como uma apropriação de valor criada a partir do trabalho de outro, ou seja, a classe obreira se apropriava do trabalho da classe campesina.

A desigualdade de condições nunca seria admitida pela União Soviética, pois esta se balizou na concepção de classes amigas e na ideia de que o povo soviético é dirigido pelo proletariado. É neste sentido que afirmou Vyshinski, “entre nosotros la voluntad de la clase obrera se une con la de todo el Pueblo”.²⁹³

O direito soviético apesar de pretender se fundamentar na teoria marxista, modelou sua aplicação e funcionamento “según las necesidades de la ‘vida’” como os próprios legisladores diriam. Ou seja, apesar de fazerem referências à teoria marxista o que de fato levavam os magistrados e os tribunais a decidirem eram as necessidades imediatas do caso concreto.

Assim, a relação entre a teoria do direito soviética e o direito soviético está “en el hecho de que los teóricos, legisladores, jueces y funcionarios soviéticos profesan una creencia básica en el marxismo, aunque en casos individuales lo entiendan de distinta forma”.²⁹⁴

2.1.2.3 - A abertura e a queda: crise do modelo soviético e reformulação constitucional

Em 1985 M. Gorbachev assumiu a função de secretário geral do Partido Comunista da União Soviética. Este pode ser considerado como o início do período de reformas que resultaram no fim da URSS. Dentro desse período de reformas, algumas foram apontadas como radicais, tais como a Perestroika e a Glásnost.

As reformas implementadas por Gorbachev tiveram resultados não previsíveis desde o início desse processo. E um desses resultados não

²⁹³ JOHNSON, 1974, p.104.

²⁹⁴ JOHNSON, 1974, p.105

previstos foi o próprio fim do regime socialista como forma de organização social e como uma alternativa ao sistema capitalista.

Além do término do regime socialista, a tentativa de democratização da sociedade soviética ocasionou a desestabilidade e provocou a queda do poder do partido comunista. Por conseguinte, foram desabilitados os principais experimentos Leninistas, quais sejam, o socialismo, a liderança do partido comunista e a estrutura única do Estado.²⁹⁵

“En palabras de Putin [...] la quiebra del Estado soviético representó la mayor catástrofe geopolítica del siglo XX”.²⁹⁶ Em consequência do fim de URSS o mapa político operou transformações importantes dentre elas o surgimento da Federação Russa. Este novo Estado, após o fracasso da União Soviética, teve que passar por processos de transição imperativos para se estabelecer.

No âmbito político, a passagem de um regime totalitário no período da URSS, a um regime supostamente democrático, na nova Federação Russa, implicou em tomar medidas sobremaneira importantes. É precisamente neste sentido que Kepa Sodupe e Leire Moure destacam:

La Federación Rusa debía evolucionar de un régimen totalitario a uno democrático, con todo lo que ello significaba: establecimiento de unas nuevas instituciones, así como del entramado de relaciones entre ellas, formación de un sistema de partidos plural, distribución de poder entre las diferentes partes de la federación, concreción del conjunto de garantías para el ejercicio de las libertades fundamentales, etc.²⁹⁷

Além das mudanças de cunho eminentemente político-jurídico que teriam de ocorrer, a Rússia ainda teria um grande desafio econômico pela frente: passar de uma economia planificada a uma economia de mercado. Essas questões fizeram com que a construção de uma nova Constituição fosse

²⁹⁵ SODUPE, Kepa; MOURE, Leire. De la Unión Soviética a la Federación Rusa. *In: Rusia en la Era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2011, p. 11-22.

²⁹⁶ SODUPE; MOURE, 2011, p. 12.

²⁹⁷ SODUPE; MOURE, 2011, p. 12.

de suma importância para seguir adiante no processo de desenvolvimento pós-soviético.²⁹⁸

Durante a XIX Conferencia extraordinária da PCUS (Partido Comunista da União Soviética), ocorrida em 1988, tiveram entre seus resultados o processo de aceleração da Perestroika além de várias mudanças no sistema político.

Por um lado, Boris Yeltsin com uma visão mais próxima do capitalismo defendia o processo de aceleração e intensificação das reformas, por outro lado, Yegor Leigachov pretendia manter uma parte do *status quo* socialista já conseguidos até a fase final da URSS. Dentre essas duas perspectivas diversas de atuação “[...] Gorbachev oscilante e indeciso capaz de defender ambos discursos, completaba el mapa político” deste período.²⁹⁹

Entre as alterações propostas na XIX Conferencia Extraordinária, podemos destacar a “Reforma Constitucional de dezembro de 1988” que resultou em uma nova formulação do Congresso de Deputados Populares da URSS (que passou a ser o Órgão Estatal Superior da União Soviética).

Gorbachev foi eleito presidente do Soviete Supremo e passou a ter por função implementar as reformas, e juntamente com os demais membros do congresso elaborar a nova Constituição Russa. Durante o processo de construção da nova Constituição ocorreu o agravamento da situação territorial que vivia a URSS obrigando assim Gorbachev, na tentativa de

²⁹⁸ Importante destacar que “las primeras medias de reforma en el terreno económico fueron las plasmadas, en 1987, en la ‘Ley de empresas del Estado’, que en teoría se propuso aliviar el peso de la planificación centralizada y conceder a las empresas una mayor libertad. La escasa radicalidad de la ley y los obstáculos con que topó su aplicación en los distintos aparatos burocráticos hicieron de ella, sin embargo, una norma casi vacía, de tal suerte que el nuevo mecanismo de gestión económica no entró en funcionamiento. La única novedad de algún relieve fue la aparición de formas de trabajo privado, como las que cobraron vigor al amparo, ante todo, de lo que con un término equívoco se dio en llamar ‘cooperativas’”. (TAIBO, 2011, p.54).

²⁹⁹ ANDRÉS, Jesus. El sistema político Ruso. In: *Rusia en la era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2011, p.107.

contornar a situação que passou a ter repercussão devido às manifestações populares, proceder uma nova Reforma Constitucional no final de 1989.³⁰⁰

Yeltsin ao fazer referência a um trecho publicado sobre a “anarquia legalizada”, em um jornal ocidental, faz a seguinte reflexão sobre a situação real da Rússia naquele período: “a Rússia possui todos os atributos necessários de um estado: o Ministério da Justiça, o poderoso Ministério da Segurança, e uma enorme força policial. Mas internamente não existe nem lei e nem ordem”.³⁰¹

Para Boris Yeltsin, a introdução da presidência na Rússia não resolveria imediatamente os seus problemas. Para ele um verdadeiro governo deve ser capaz de “governar e gerir”. É nesse sentido que destacamos a seguinte passagem da manifestação de Yeltsin:

O mais importante é que o governo cumpra o seu mandato e ajude os seus cidadãos a levar uma boa vida. Não há reforma – económicas, política ou financeira- que resolva instantaneamente os nossos problemas. Eles levarão longo tempo a resolver, num doloroso e agonizantemente longo trabalho, ano após ano. Temos que começar por algum lado, no entanto.³⁰²

A terceira revisão constitucional durante o período da Perestroika teve por objetivo suprimir o artigo sexto do texto que designava a tarefa de organizar a sociedade ao PCUS. A perda de monopólio por parte do Partido Comunista ressaltou o empoderamento dos membros do Congresso Soviético que defendiam as reformas. Sob essa ótica, foi aprovada a propriedade privada e também foi criada a figura de presidente da URSS. Gorbachev foi eleito para ocupar este cargo.

O processo de dissolução das estruturas soviéticas ocorreu em 1990, ano do XXVII Congresso da PCUS, quando o modo em que se encontravam a União das Repúblicas Soviéticas já era considerado uma

³⁰⁰ Cabe considerar também que durante esse mesmo período “también contribuyó a la nueva situación internacional, en acelerado proceso de Transformación. No olvidemos que 1988 fue el año de la retirada de Afganistán y que a finales de 1989 tuvo lugar el hundimiento, permitido pero no controlado por la URSS, de Buena parte de los regimenes aliados del desaparecido Pacto de Varsovia”. (ANDRÉS, 2011, p.108).

³⁰¹ YELTSIN, Boris. *A Luta pela Rússia*. Tradução Clarisse Tavares. Edição Livros do Brasil. Lisboa, 1994, 1994, p.20.

³⁰²YELTSIN, 1994, p.21.

organização vencida e fragmentada. Destarte, Andrés, com relação à situação do partido comunista da União Soviética nos idos de 1990, afirma o seguinte:

No sólo había perdido buena parte de la militancia y soportado sonadas derrotas electorales, sino que, además, sufría por la desestructuración territorial, pareja a la que experimentaba el Estado Soviético, por la ruptura ideológica en su interior.³⁰³

Durante o mês de fevereiro de 1991 Gorbachev foi convidado a se demitir, por Boris Yeltsin, em rede nacional de televisão. Um mês após este ocorrido houve um referendo para perscrutar o povo com relação ao tema da União Soviética. Yeltsin a esse respeito afirmou que:

Tornou-se extremamente óbvio [...] que, embora preservando a palavra *perestroika*, Gorbachev não tenciona deixar-se submeter à perestroika, na realidade, pretende apenas preservar o sistema, preservar o governo fortemente centralizado, e não conceder a independência às republicas, sobretudo à Rússia ...Dissocio-me da posição e da política do presidente e exijo a sua imediata demissão...³⁰⁴

Anteriormente, já em 1989 o desmembramento da URSS fez com que a crise se agravasse sobremaneira³⁰⁵, as várias declarações de soberania dos Soviets Supremos e dos partidos fizeram com que culminassem no processo de desmantelamento da estrutura da URSS.³⁰⁶

O cenário que se podia constatar no XXVIII Congresso do PCUS é que houve uma divisão entre dois grandes grupos, quais sejam, os reacionários e os reformistas³⁰⁷, e que, cada vez mais acentuavam suas diferenças e dificultavam qualquer tentativa de diálogo. Por um lado, os reacionários que eram contrários às reformas, detinham o controle das

³⁰³ ANDRÉS, 2011, p.109.

³⁰⁴ YELTSIN, 1994, p.39-40.

³⁰⁵ Sobre esse assunto, cf. VIADEL, Antonio Colomer. De la Desintegración de La URSS a la reestructuración de Rusia. In: *Rusia, en vísperas de su future*. VIADEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002.

³⁰⁶ Entre 1988 e 1989 as Repúblicas Bálticas declararam sua soberania, em 1989 a Lituânia decidiu se separar da URSS, e no decorrer de 1990 a Ucrânia, Moldavia e o Uzbequistão.

³⁰⁷ A esse respeito, Davydov explica: “En el ámbito de lo más estrictamente político, el período de la Primera República se caracterizó por una situación de dualidad del poder: de un lado, estaba el Presidente Yeltsin, que protegía y alentaba al equipo de reformista radicales de su entorno; y del outro, el Soviet Supremo, el Parlamento elegido de acuerdo com las reglas de la vieja Constitución soviética, dominado por las fuerzas más conservaoras que encabezaban Ruslán Jasbulatov, presidente del Soviet Supremo y Alexander Tuskoi, vicepresidente de la Federación Rusa.” (DAVYDOV, Vladimir. Rusia: La trayectoria del cambio. Una vision desde dentro. In: *Rusia, en vísperas de su future*. VIADEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002, p. 32).

instituições soviéticas mais importantes e tinham o intuito de manterem-se na mesma posição com os mesmos privilégios alcançados até então, por outro lado, os reformistas se esforçavam para concretizar as reformas necessárias para o processo de democratização da Rússia, estes detinham o poder das instituições Russas.

El Congreso supuso la ruptura definitiva del PCUS, ya que al finalizar fue abandonado por los reformistas radicales quedando Gorbachev más solo que nunca frente a un aparato netamente conservador. Durante el Congreso, con el fin de evitar a victoria de los ortodoxos, Yeltsin apoyó a Gorbachev aunque sin dejar de criticarle. De igual forma, el apoyo que recibió de los conservadores trataba, en último término, de contrarrestar la influencia de los reformistas. Jugando dos bandas Gorbachev consiguió la aprobación de sus resoluciones y propuestas, siendo reelegido secretario general. Al finalizar el Congreso abandonaron el Partido Yeltsin, Popov y Sobchak, junto a la mayoría de los miembros de la Plataforma Democrática.³⁰⁸

Apesar de ter ao seu lado o setor conservador, o “plano Shatalin” não logrou êxito quanto à reforma econômica proposta, pois a maior motivação dos conservadores era manter as condições já garantidas, com o rechaço desse plano de reforma econômica “Gorbachev realizó una aproximación a la política deseada por alianza de los miembros del aparato del PCUS, el complejo militar-industrial y el alto mando militar”.³⁰⁹

Com efeito, preservar a unidade da URSS era imperativo para repelir as ameaças ao poder central da URSS. O futuro da União Soviética preocupava e um referendo perguntando sobre a continuidade dessa união foi realizado. Obtiveram mais de 75% de votos favoráveis dos membros do partido, outro questionamento também foi realizado neste referendo, a proposta de viabilidade da criação de um cargo de Presidente da Federação Russa, a qual logrou 70% dos votos favoráveis.³¹⁰

Aceita a proposta de criação de um novo cargo de presidente para a Federação Russa, a situação se sintetizava da seguinte maneira:

Aún que los resultados favorecían inicialmente a Gorbachev al permitirse cierta tregua y la tranquilidad de eliminar un escenario de

³⁰⁸ ANDRÉS, 2011, p.111.

³⁰⁹ ANDRÉS, 2011, p.112.

³¹⁰ ANDRÉS, 2011, p.112.

desmembración territorial, el beneficiario último fue Yeltsin, que allanó su camino hacia la presidencia de la Federación Rusa.³¹¹

Com a palavra de ordem “Uskoreniye”, num primeiro momento e como um lema menos ambicioso, e, depois, “Perestroika”³¹² e “Glásnost”, Mikhail Gorbachev, à época presidente russo, na tentativa de modernização da URSS, não conseguiu impedir que a União Soviética fosse desfeita no ano de 1991.³¹³

Para muitos estudiosos do tema a URSS poderia ser interpretada de modo a identificá-la como “un sistema genuinamente socialista, con una variante especial del capitalismo o con una formación social intermedia y difícil de classificar”.³¹⁴

Segundo Taibo, se pode compreender os “desvios” que a URSS realizou em relação ao discurso igualitário da ideologia marxista, de diferentes perspectivas. Assim, para os Social Democratas e para os Liberais o momento crucial foi “la desaparición de las garantías democráticas y la instauración de un régimen dictatorial tras el ‘golpe’ de octubre de 1917”. Para alguns Maxistas e Anarquistas o momento decisivo foi “la supresión de las organizaciones populares en el período que medió entre 1917 y 1921”. O período no qual Stalin impôs uma grande repressão contra a oposição da esquerda e a imposição do “Socialismo en un solo país” foi considerado como feito mais importante pelos trotskistas³¹⁵. A sua vez, os defensores do Socialismo consideravam “que la denuncia de éste realizada por Jrushov en 1956 abrió

³¹¹ “[...] Yeltsin consiguió el 59,7% de los votos, derrotando tanto a Rizhkov, antiguo primer ministro soviético y representante del sector más reaccionario del PCUS, que se quedó en el 17,6%, como a Bakatin, antiguo ministro del Interior y preferido de Gorbachev en la elección, que tan solo obtuvo 3,6%.” (ANDRÉS, 2011, p.112).

³¹² Para Manuel de la Cámara, “La ‘perestroika’ de Gorbachev y el paso brutal de la economía centralizada a un capitalismo sin límites en la época de Yeltsin produjeron grandes sufrimientos a la mayoría de los ciudadanos rusos. Solo unos pocos supieron aprovecharse del cambio, en gran parte mediante el pillaje de los recursos del Estado. Por ello, esos ‘experimentos’ democráticos fueron muy impopulares.” (HERMOSO, 2009, p. 70)

³¹³ “La consecuencia principal del despliegue de esta última fue que la sociedad soviética pudo convertirse en protagonista de un debate público, sobre las materias más dispares, que visiblemente carecía de antecedentes. En los hechos, ningún ámbito de la vida soviética pudo sustraerse al influjo de la glasnost, que permitió, en singular la primera revisión, más o menos radical, de la historia acometida en la URSS” (TAIBO, 2011, p.55).

³¹⁴ TAIBO, 2011, p. 43.

³¹⁵ Os trotskistas eram os representantes da corrente de pensamento que defendiam as obras do revolucionário León Trotski.

las puertas a un proceso de activa degradación”. Ademais, nos vários partidos comunistas de diversos países ocidentais a doutrina conhecida como *eurocomunismo* “assume parcialmente algunas de las posiciones críticas anteriores, y toma como uno de los puntos de partida de su análisis la intervención del Pacto de Varsovia en Checoslovaquia en 1968”.³¹⁶

Assim, no processo de desmantelamento da URSS o cenário que se viu, segundo análise de Taibo, foi o seguinte:

En la izquierda occidental, y al amparo de la consideración de las violaciones de los derechos humanos, de la ineficacia económica, de las desigualdades sociales o de la aparición de tendencias de carácter militarista, acabaron por ganar terreno, de cualquier modo, opiniones mucho más escépticas con respecto a la naturaleza socialista de la URSS.³¹⁷

Ao final do Período Soviético russo podemos constatar que o ideal marxista, posto em prática, não logrou êxito. Seu resultado foi um sistema burocrático, com níveis hierárquicos extremamente exacerbados, escassos traços de democracia socialista em todos os segmentos da URSS e uma massa de trabalhadores sem gestão própria e sem iniciativa. É neste contexto que destacamos o seguinte:

Para Trotski la Revolución de octubre fue una auténtica revolución socialista, y ello pese a haber alumbrado con el tiempo a la burocracia, que no era una clase, sino un estrato social que impulsó la “degeneración del Estado nacido en 1917.[...] En el sistema soviético existían, según Trotski, rasgos inequívocamente socialistas, como es el caso de la ausencia de propiedad privada de los medios de producción, de la supresión del mercado de estos mismos bienes o de la presencia de la planificación centralizada.³¹⁸

Analisando o período soviético, podemos verificar a falibilidade deste sistema que deveria empoderar o proletariado e as pessoas em geral, más, ao contrário do discurso pretendido, acabou por robustecer o poder de uma minoria: a elite burocrática e partidária.

2.1.3 O Direito Constitucional contemporâneo da Rússia

³¹⁶ TAIBO, 2011, p.43-44.

³¹⁷ TAIBO, 2011, p.44.

³¹⁸ TAIBO, 2011, p.46.

Depois do desfazimento da URSS, o cenário interno do Estado Russo que se podia ver era o de uma urgente necessidade de recuperar a economia e lidar com a estrutura Estatal presente desde a URSS até o início do Estado Russo.

Por conseguinte na década de 1990, “la crisis en la esfera política [...] acentuó el colapso de la economía rusa ante la falta de un mínimo consenso para abordar los problemas económicos y encaminar, definitivamente, la forma política del Estado”.³¹⁹

Com tal acontecimento, se fazia necessário um grande rearranjo constitucional direcionado a adequação do Estado russo a um Estado Constitucional de Direito. Portanto, um ajuste constitucional capaz de estabelecer dentre outras medidas, uma efetiva separação de poderes, uma Declaração de Direitos e garantias mínimas consoante com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e um sistema efetivo de controle de constitucionalidade. Para tal, foram implementadas uma série de reformas do ordenamento jurídico russo³²⁰.

Assim, antes de darmos início à pesquisa sobre o Direito Russo atual se faz necessário analisar quais são as fontes de direito presentes na Federação Russa.

2.1.3.1- A Constituição da Federação Russa de 1993

Depois da caída da URSS o Direito Russo passou por um processo de reformas. Não se podia considerar o direito pré-soviético e soviético como parâmetro suficiente para a configuração de desenvolvimento econômico e social que atendessem ao projeto de transformação rumo a uma democracia capitalista. “Era preciso recurrir al derecho comparado. El conocimiento de

³¹⁹ ANDRÉS, 2011, p. 115.

³²⁰ Período (1991) no qual foi aprovada a denominada Kontsetsiia Sudebnoy Reform y Rossiiskoi Federatssi.

los sistemas de derecho de los países romano-germánicos y del common law se hacía necesario”.³²¹

O Direito que surgiu a partir de uma apropriação adaptadora do direito romano-germânico e do *common law* deu origem ao Direito atual Russo. É nesse sentido que se afirma o seguinte:

Es factible sostener que la Federación Rusa se adhirió a la familia romano-germánica, a pesar de la influencia evidente del common law, particularmente en el ámbito bancario y financiero. En la actualidad resulta innegable que el derecho ruso está impregnado de modelos extranjeros pero conviene tomar distancia respecto a la contundencia de esta afirmación. Por una parte la recepción de los modelos extranjeros no se efectuó de manera coherente ni predeterminada y por otra, la cultura jurídica nacional no siempre ha estado lista para integrar leyes demasiado novedosas.³²²

Como resultado desse processo temos, então, a elaboração da quinta Constituição da história contemporânea da Rússia (desde 1918), e a única Constituição referendada no período pós-soviético. Podemos perceber que foram efetuadas várias alterações em relação as Constituições anteriores. A Constituição atual foi a que teve o processo de elaboração mais extenso da história recente da Rússia. Nos anos de 1990-1993 foram publicados, em 10 volumes, uma importante compilação que continha as partes relevantes da documentação relativa ao processo de construção da nova Constituição. A esses volumes foram atribuídos o seguinte título: “Da história da criação da Constituição da Federação da Rússia. Comissão Constituinte: Transcrições, Materiais, Documentos de 1990 a 1993”.³²³

Maior de 1993 logrou ser o período de finalização da reforma e redação do texto constitucional pela Assembleia Constituinte. A convocatória para esta Assembleia foi feita pelo Presidente, com o intuito de buscar conciliar o Projeto elaborado pela Comissão Constituinte e o próprio Projeto elaborado pela presidência para o texto constitucional. Com efeito, observou-se um grande embate entre o Congresso dos Deputados e o Presidente,

³²¹ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 171.

³²² DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 171.

³²³ EMBAIXADA DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 20 anos da Constituição da Federação da Rússia. (Comunicados à imprensa), 12 de dezembro, 2013. Disponível em: <http://brazil.mid.ru/web/brasil_pt/-/20-anos-da-constituicao-da-federacao-da-russia>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

resultando no “dramático outubro de 1993”, quando o Soviet Supremo e o Congresso dos Deputados Populares foram dissolvidos, tendo-se em vista a iminência de uma ameaça de guerra civil.

O texto aprovado via referendo continha a análise e contribuições dos dois projetos (o da Comissão Constituinte e o projeto da Presidência). Esse processo de elaboração e discussão do Texto Constitucional durante o ano de 1993 também se tornou obra publicada. Foram publicados 18 volumes contando a história da criação da Constituição, em obra intitulada “Assembleia Constituinte. Transcrições. Materiais. Documentos. 29 de abril a 10 de novembro de 1993”.³²⁴

A Constituição de 1993 foi adotada mediante referendo nacional realizado em 12 de dezembro de 1993, essa Constituição Pós-URSS teve por mote fundamental romper com o direito soviético, e para tal, buscou inspiração em modelos estrangeiros. Após a aprovação do referendo a Constituição entrou em vigor no dia 25 de dezembro de 1993. Nela, podemos notar grandes influências das raízes romano-germânicas e alguns aspectos do *Common Law*.

O Texto Constitucional³²⁵ está composto em duas partes, um preâmbulo, nove capítulos e 137 artigos e dispõe sobre os seguintes temas: No Título I estão presentes Preambulo, Capítulo 1– Fundamentos do sistema constitucional, Capítulo 2– Direitos e liberdades da pessoa e do cidadão, Capítulo 3– A estrutura federal, Capítulo 4– O Presidente da Federação Russa, Capítulo 5– A Assembleia Federal, Capítulo 6– O Governo da Federação Russa, Capítulo 8– O autogoverno local, Capítulo 9– Emendas Constitucionais e revisão da Constituição. No Título II estão presentes as disposições finais e transitórias.

³²⁴ EMBAIXADA DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 2013, s\p.

³²⁵ Cf. FEDERAÇÃO RUSSA. Constituição da Federação da Rússia de 1993. *Polis - Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, p. 173-202, 1994; FEDERAÇÃO RUSSA. Constitution of the Russian Federation. In: BUTLER, William E. *Russian Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

Está presente no preâmbulo da atual Constituição os novos valores éticos e políticos que a Federação Russa se propôs a adotar após o fim do regime soviético:

Nosotros, el pueblo multinacional³²⁶ de la Federación de Rusia, unidos por un destino común en nuestra tierra, ratificando los derechos y libertades de la persona, la paz cívica y la concordia, conservando la unidad estatal por la historia configurada, partiendo de los principios generalmente reconocidos de igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos, rindiendo homenaje a nuestros antepasados, que nos han legado el amor y el respeto por la Patria, la creencia en el bien y la justicia, restableciendo el estado soberano de Rusia y afirmando la inmutabilidad de su fundamento democrático, aspirando a garantizar el bienestar y la prosperidad de Rusia, partiendo de la responsabilidad por nuestra Patria ante las generaciones presentes y futuras, reconociéndonos como parte de la comunidad mundial, adoptamos la CONSTITUCION DE LA FEDERACION DE RUSIA.

Os valores fundamentais declarados no Diploma Constitucional Russo podem ser sintetizados na busca por consolidação dos direitos e liberdades, preservação da unidade Estatal, manutenção e fortalecimento das bases democráticas, garantias da prosperidade e do bem-estar da Rússia, bem como na busca por consolidação da paz e do “consenso civil”.

De acordo com a Constituição, a Rússia é um Estado Federal formado por 83 Unidades Federativas, divididas em 21 Repúblicas (RESPUBLIK), 9 Territórios (Krays/ Territorii), 46 Províncias (Oblasts/ Provintsiya), 2 Cidades Autônomas (Federal'nyye Goroda), 1 Província Autônoma (Avtonomnaya Oblast') e 4 Distritos Autônomos (Avtonomnyye Okrug).

A primeira parte da Constituição aborda as estruturas fundamentais da Ordem Constitucional russa e está dividida em nove capítulos, quais sejam, primeiro capítulo dispõe sobre a os fundamentos do regime constitucional, e reconhece ao povo russo os direitos e liberdades como valores supremos.

O Capítulo I traz o arcabouço de valores (com modelo governo republicano) e princípios que devem reger a Constituição principalmente quando à interpretação e aplicação do corpo da Lei Suprema. E também

³²⁶ Essa referência a “pueblo multinacional” se deve ao fato de que o povo de Rússia inclui mais de cem nacionalidades, comunidades e etnias diferentes.

dispõe sobre a vedação a qualquer tentativa de reforma do primeiro capítulo. Tal como dispõe o Artigo 135 da Constituição Russa³²⁷.

O disposto no Capítulo I “Fundamentos do regime Constitucional” destaca que os Direitos Humanos possuem “força jurídica suprema”, por conseguinte “ninguna outra disposición de la presente Constitución podrá contrariar los fundamentos del sistema constitucional de la Federación de Rússia”.

O segundo capítulo trata dos princípios básicos do estatuto jurídico do indivíduo, expõe os princípios inalienáveis, bem como, elenca uma gama de direitos humanos e direitos e garantias do indivíduo, o que analisaremos mais detidamente no próximo tópico.³²⁸

O terceiro capítulo estabelece a estrutura federal da Rússia, ademais de expor os princípios em que se pautam as relações federais e a distribuição de competência dos entes federados.

A Constituição determina, neste capítulo, os tipos de competência federativa. São elas: a Competência Exclusiva da Federação Russa (Artigo 71), a Competência da Federação Russa em conjunto com as Unidades Federativas (Artigo 72), e as competências exclusivas das unidades federativas de acordo com a garantia da independência das unidades federativas, inclusive política e economicamente (Artigo 73).

³²⁷ Versão oficial em English: “Article 135: 2. If a proposal on revising the provisions of Chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation is supported by three fifths of the total number of members of the Council of Federation and deputies of the State Duma, then in accordance with federal constitutional law, a Constitutional Assembly shall be convened” (RUSSIAN, 1993).

³²⁸ Neste sentido as palavras de Narutto: “La Constitución declara que Rusia es un Estado de Derecho gobernado por la ley, cuyo objetivo principal es la protección de los derechos humanos e las libertades [...] y ninguna disposición legislativa que afecte a los derechos, libertades y obligaciones de los individuos y los ciudadanos puede entrar en vigor se no es dada a conocer de manera oficial a la ciudadanía”(NARUTTO, Svetlana. Los fundamentos constitucionales del Estado Ruso. In: *México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 41-58, 2013b, p.45).

Dos capítulos quarto ao sétimo se dispõem sobre o estatuto jurídico dos agentes públicos, bem como sobre a Assembleia como Parlamento Russo e o Presidente da Federação de Rússia como Chefe de Estado.

Uma das alterações mais relevante foi no sentido de enfatizar o cunho presidencialista da carta constitucional. Em que pese poder se aproximar de um sistema semipresidencialista, o que importantes teóricos do direito afirmam é que “en realidad estamos ante un sistema con desmedidos poderes presidenciales”. E corrobora com a afirmação anterior, a seguinte avaliação: “de hecho, los poderes concedidos por la nueva Constitución al Presidente son superiores a los de cualquier otro sistema presidencialista occidental”.³²⁹

O Capítulo 5º dispõe sobre a Assembleia Federal, o órgão representativo do poder legislativo da federação Russa (artigo 94). Este é composto por duas Câmeras, o Conselho Federal (Soviete da Federação) e a Duma Federal (artigo 95). A iniciativa para legislar é detida pelo Presidente, o Conselho da Federação, os Deputados da Duma, o Governo Federal e os demais Órgãos Legislativos da Federação (artigo 104, parágrafo primeiro).

O Capítulo 6º dispõe sobre o Poder Executivo da Rússia, que é exercido pelo governo da Federação (artigo 110, parágrafo primeiro). É composto pelo chefe de governo, vice-Presidentes e Ministros Federais (artigo 110, parágrafo segundo).

O Presidente da Federação Russa tem por função a proteção do texto constitucional, garante também a proteção dos Direitos Humanos e Civis, dentre as demais funções previstas na Constituição.³³⁰

Dentre o rol de poderes do Presidente, está o de rescindir os decretos e as diretivas emitidas pelo corpo Executivo Russo (artigo 115).

O Poder Judicial é o objeto do 7º Capítulo e de acordo com o artigo 125 o Tribunal Constitucional atua por iniciativa do Presidente da Duma do

³²⁹ Andrés, 2011, p.118.

³³⁰ Sobre o presidente como garantidor da Constituição, cf. BUTLER, William E. *Russian Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p. 308 *et. seq.*

Governo, do Tribunal Supremo, do Tribunal Superior de Arbitragem e dos corpos Legislativo e Executivos. O Tribunal Supremo é o órgão jurisdicional hierarquicamente superior em matérias civil, criminal e administrativa.

O oitavo capítulo dispõe sobre a ordem econômica, que é considerada independente e não se inclui no sistema governamental, e destaca também a importância da tradição local “el autogobierno local se ejerce en poblaciones urbanas y rurales, así como en otros territorios, teniendo en cuenta las tradiciones históricas y locales [...]”, pautado na ideia de natureza democrática do Estado Russo.³³¹

E por fim, o nono capítulo do texto constitucional russo que prevê a possibilidade de reforma e revisão da Constituição e determina o procedimento a ser seguido para tal atividade.³³²

2.1.3.2 - A estrutura constitucional das fontes do Direito russo contemporâneo

Ao fazermos um estudo sobre as fontes do direito em vários países diferentes tal como propomos nesta tese de doutoramento, temos de respeitar as particularidades de cada um, posto que “a prevalência desta ou daquela outra fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito”.³³³

Para o governo estatal russo as fontes de direito podem se classificar em federais, regionais e municipais, dependendo do alcance dos costumes e do desenvolvimento do direito, no entanto, ambas devem respeitar à federação Russa. Dentro do ordenamento jurídico russo, sua Constituição tem uma relevância primordial. O que no Brasil nos referimos como Princípio da Supremacia da Constituição, também se aplica ao direito Russo.

³³¹ Artigo 131, parágrafo 1º da Constituição da Federação Russa.

³³² Artigo 134 da Constituição da Federação Russa.

³³³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002 - 4ª tiragem, 2004, p. 141.

Seguindo a ordem, Constituição, Leis e Regulamentos (Decretos do Executivo e as Decisões do Governo). A Constituição Russa é considerada a fonte mais importante do direito da Rússia. Logo abaixo do Texto Constitucional, de acordo com o sistema de hierarquia normativa, está presente o arcabouço de leis, incluindo também neste rol as Constituições Estaduais daquela federação.

A legislação a nível nacional compreende as seguintes espécies legislativas: leis constitucionais (que regulamentam dispositivos constitucionais), leis federais que regulamentam dispositivos constitucionais acrescidos por processos de emenda, e leis federais propriamente ditas (assomando-se, nessa categoria, normativas de caráter codificador, tais como o Código Criminal, o Código Civil, o Código do Trabalho e o Código Fiscal). Todas devem passar pelo devido processo de publicação para terem validade no território russo, e por evidente, configuram fonte de direito.³³⁴ Tal sistemática não deixa de encontrar respaldo na interpretação jurídica referente à caracterização da própria Constituição como fonte de direito. O desfilar de normas regulamentadoras em tantas categorias distintas não deixa de ter como pressuposto de que a Constituição necessite de regulamentação para sua efetiva aplicabilidade, o que resulta no entendimento “por la práctica legislativa general” de que o direito constitucional seria “una categoría específica de los instrumentos legislativos”.³³⁵

Cada uma das espécies mencionadas possui trâmites distintos para sua aprovação, com uma série de mecanismos sendo adotados nos casos das duas primeiras visando dificultar seus respectivos procedimentos. Assim, e por exemplo, o Presidente não pode revogar as leis constitucionais. E as leis regulamentadoras de emendas constitucionais precisam passar pelas duas câmaras, obtendo maioria qualificada de dois terços. O que encontra justificativa na preocupação por garantir “la coherencia de la Constitución de la Federación de Rusia como la ley nacional fundamental, estableciendo

³³⁴ NARUTTO, Svetlana. Panorama del sistema jurídico ruso. *In: México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 33-40, 2013a.

³³⁵ NARUTTO, 2013a, p. 35.

principios comunes y sociales”.³³⁶ No mesmo sentido, a Constituição determina que os decretos emanados pelo executivo não podem contradizê-la, condição, inclusive, para que tenham vigência em todo o território federal.

A Constituição estabelece para o cargo de Presidente um leque de competências para legislar via decreto sobre vários temas. Como Garante da Constituição, o Presidente “emite decretos tanto sobre las leyes existentes, como sobre los temas aún no legislados, con el apoyo de la Corte Constitucional de la Federación de Rusia”.³³⁷

Importante destacar que os decretos do Executivo não têm o mesmo rito que no Brasil. No Direito Russo um decreto do Presidente não tem de ser ratificado (ou confirmado) pelo Congresso como se faz no Brasil. Nesse sentido, o Presidente da Rússia tem muito mais autonomia para tornar efetivos seus decretos, salvo no caso de contrariar da Constituição.

Pode-se afirmar, segundo teóricos do direito, que na Rússia não existe um equilíbrio de poder entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, porque é sobremaneira incontestável a prevalência do chefe do Poder Executivo.³³⁸

A esse respeito, veja-se o seguinte dispositivo constitucional:

Artículo 115: 1. Sobre la base y en cumplimiento de la Constitución de la Federación de Rusia, las leyes federales y los decretos normativos del Presidente de la Federación de Rusia el Gobierno de la Federación de Rusia emite resoluciones y ordenanzas y garantiza su ejecución. 2. Las resoluciones y ordenanzas del Gobierno de la Federación de Rusia son de obligatorio cumplimiento en la Federación de Rusia. 3. Las resoluciones y ordenanzas del Gobierno de la Federación de Rusia, en caso de entrar en contradicción con la Constitución de la Federación de Rusia, las leyes federales o decretos del Presidente de la Federación de Rusia podrán ser anuladas por el Presidente de la Federación de Rusia.

³³⁶ NARUTTO, 2013a, p. 35.

³³⁷ Dentro do rol de leis existem algumas que tem caráter secundário: “Rusia aplica otras leyes secundarias emitidas por los órganos ejecutivos federales, cuya estructura es aprobada por el presidente del país: ministerios, servicios federales, agencias de inspección, etc. Estos órganos emiten órdenes, lineamientos y reglamentos, leyes que son fuente esencial del derecho ruso en términos de su número total”. (NARUTTO, 2013a, p. 35).

³³⁸ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010.

Todo o Ordenamento Jurídico deve cumprir as prescrições constitucionais e quando um decreto executivo, uma resolução ou ordenança desrespeita o Diploma Constitucional, a própria Constituição estabelece que o Presidente poderá anulá-los fundamentado na primazia da Constituição como alicerce de todo o Ordenamento Russo.

2.1.3.3 - A divisão de poderes e funções na Ordem Constitucional russa

A estrutura político-administrativa da Federação Russa está alicerçada na ideia de três poderes. Tal como ocorre na maior parte dos países, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem suas particularidades em cada Estado Soberano. Na Rússia, essa configuração dos poderes se dá notadamente do modo como é declarada na Constituição de 1993.

De acordo com o Texto Constitucional os três Poderes são independentes, contudo, o meio de interação e harmonia entre eles se dá através do sistema de “freios e contrapesos”, com a finalidade de impedir a concentração de Poder em um único âmbito.

O Poder Executivo é composto pelo Governo Federal, Ministérios Federais, Agências Federais e Serviços Federais, de acordo com a Constituição Russa.

O Presidente da Federação Russa é o Chefe de Estado, considerado na Constituição Russa o guardião da Constituição, dos Direitos e liberdades da pessoa e do cidadão. Ele determina as diretrizes fundamentais da política interna do Estado, bem como tem a função de representar o país nas relações internacionais (artigo 80).³³⁹

O mandato de Presidente tem o período de quatro anos, conquistado por meio de sufrágio universal, cabendo uma reeleição, de acordo com o procedimento estabelecido por lei federal (artigo 81).

³³⁹ Para uma análise detalhada das ambiguidades em torno da competência do Presidente dentro do sistema de governo russo, veja-se MARTÍNEZ, Rafael. El Sistema de Gobierno en Rusia: Prsidencialismo o Autoritarismo? In: *Rusia, en vísperas de su future*. VIADEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002.

O Diploma Constitucional da Federação Russa estabelece no artigo 83 as funções do Presidente da Federação Russa. Entre elas o Presidente “nombra, con el consentimiento de la Duma del Estado, al Jefe del Gobierno de la Federación de Rusia” que na sua ausência o cargo será ocupado pelo chefe de governo. Ademais, “tiene derecho a presidir las sesiones de Gobierno de la Federación de Rusia”, e de propor à “Duma del Estado la candidatura al cargo de presidente del Banco Central de la Federación de Rusia”, além de poder nomear e retirar “de su cargo a los vicepresidentes del Gobierno de la Federación de Rusia y a los ministros federales”, dentre outras funções descritas na Constituição.³⁴⁰

Ainda, importante destacar que compete ao Presidente da Federação Russa apresentar

al Consejo de la Federación las candidaturas para el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Tribunal superior de arbitraje de la Federación de Rusia, así como la candidatura del Fiscal general de la Federación de Rusia; propone al Consejo de la Federación la separación del cargo del Fiscal general de la Federación de Rusia; nombra a los jueces de los demás tribunales federales.³⁴¹

As funções do Presidente da Rússia, de acordo com o texto constitucional, dão a ele grandes poderes, inclusive lastro para poder apresentar ao Conselho Federal as proposituras de candidaturas de juizes dos principais tribunais russos.

O Presidente também compõe o Conselho de Segurança e o preside; ratifica a doutrina militar; forma a Administração; “nombra y separa los representantes plenipotenciarios del Presidente de la Federación de Rusia”; “nombra y separa al mando superior de las Fuerzas armadas de la Federación de Rusia; “nombra y cesa, tras consultas con los correspondientes comités o comisiones de las cámaras de la Asamblea Federal, a los representantes diplomáticos de la Federación de Rusia ante los estados extranjeros y las organizaciones internacionales”.³⁴²

³⁴⁰ RUSSIA (1993), s/p.

³⁴¹ RUSSIA (1993), s/p.

³⁴² RUSSIA (1993), s/p.

Na Rússia atual as funções do Presidente se destacam em detrimento dos outros poderes, pois se pode perceber uma notável independência por parte do poder executivo, o que põe em xeque as condições de igualdade e harmonia com os outros poderes. O arcabouço de poderes-funções do Presidente Russo, desde poder apresentar a candidaturas a cargos de juizes dos Tribunais Superiores, até o direito declarado de dissolver a Duma Federal, tem o alcance de prevalência sobre o Chefe de Governo na condução da gestão do Estado (ainda que esta seja função precípua do Primeiro-Ministro), pois, de certo modo, é o Presidente que estabelece as diretrizes fundamentais:

El Presidente de la Federación de Rusia emite decretos y ordenanzas. 2. Los decretos y ordenanzas del Presidente de la Federación de Rusia son de obligado cumplimiento en todo el territorio de la Federación de Rusia. 3. Los decretos y ordenanzas del Presidente de la Federación de Rusia no deberán contrariar la Constitución de la Federación de Rusia ni las leyes federales.³⁴³

Ao Presidente da Federação Russa é atribuída a tarefa de assinar a promulgação das leis, bem como lhe é atribuído o direito de veto sobre essas mesmas leis (artigos 84 e 107).

O artigo 109 atribui ao Presidente o direito de dissolver a Duma nos seguintes termos:

1. La Duma del Estado podrá ser disuelta por el Presidente de la Federación de Rusia en los supuestos previstos por los artículos 111 y 117 de la Constitución de la Federación de Rusia. 2. En caso de disolución de la Duma del Estado el Presidente de la Federación de Rusia fijará la fecha de celebración de elecciones de forma que la Duma del Estado electa se reúna no más tarde de cuatro meses a partir del momento de la disolución [...].³⁴⁴

Quanto ao Poder Legislativo, a Assembleia Federal é composta por duas Câmeras, a Câmara alta denominada Conselho da Federação (Soviete da Federação), composta por dois representantes de cada Ente Federativo (um do Poder Executivo e outro do Poder Legislativo). Já a segunda Câmara ou Câmara baixa é chamada de Duma Federal e é composta por 450 Deputados eleitos por um período de quatro anos.

³⁴³ Artigo 90 da Constituição da Federação de Rússia.

³⁴⁴ Artigo 109 da Constituição da Federação de Rússia.

Os projetos de leis devem ser encaminhados primeiramente para a Duma Federal. Cabe ressaltar que, além dos detentores do direito de propor projetos de lei, podem também efetuar a propositura dessa iniciativa legislativa o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal e o Tribunal Superior de Arbitragem quando estes digam respeito a seus objetos de jurisdição.

É necessária a maioria simples dos votos totais da Duma para que uma Lei Federal seja aprovada. Uma vez aprovada na câmara baixa, este projeto deve ser encaminhado, no prazo de cinco dias, ao Conselho da Federação para ser submetida a avaliação. Se a Câmara Alta rejeitar a lei ela ainda pode ser aprovada, uma vez que, seja obtida uma maioria de dois terços dos votos da Duma Federal. Uma vez aprovada a lei pela Duma, esta deve ser encaminhada ao Presidente da Federação para que se possa proceder a assinatura e publicação, ou quando for o caso, vetar, pois o Presidente é detentor do poder de veto. Uma vez vetada pelo Presidente, ainda existe um modo para proceder à revogação do veto de Lei Federal. É necessária uma votação de maioria de dois terços do total dos membros da Assembleia Federal para derrubar o veto presidencial.

De acordo com o disposto no parágrafo terceiro do artigo 107 do Texto Constitucional Russo, os tramites a serem seguidos são os seguintes:

Artículo 107: 3. Si en el plazo de catorce días desde el momento de su recepción el Presidente de la Federación de Rusia rechazara una ley federal, la Duma del Estado y el Consejo de la Federación examinarán de nuevo dicha ley según el procedimiento previsto por la Constitución de la Federación de Rusia. Si en un segundo examen la ley federal fuera aprobada en su primera redacción por una mayoría de votos no inferior a las dos terceras partes del número total de miembros del Consejo de la Federación y de diputados de la Duma del Estado, deberá ser firmada y promulgada por el Presidente de la Federación de Rusia en el plazo de siete días.

As leis Federais Constitucionais não podem ser vetadas pelo Presidente, entretanto necessitam de uma aprovação por maioria de três quartos de votos do total dos membros do Conselho da Federação e de dois terços de votos do total de número de deputados da Duma Federal.

Quanto à função jurisdicional, de acordo com a Constituição, o Poder Judiciário é independente e autônomo (artigo 11). Segundo o artigo 118, a administração da justiça da Federação Russa é exercida exclusivamente pelos Tribunais. O Poder Judicial deve ser aplicado através dos ordenamentos constitucional, administrativo, civil e penal. “Entretanto, la Constitución no describe a la totalidad del sistema judicial y tampoco enumera la lista exhaustiva de tribunales. El sistema judicial se concreta en la ley especial de la Constitución Federal ‘en el sistema judicial’”.³⁴⁵

Segundo o estabelecido na Constituição, os Juízes³⁴⁶ dos Tribunais são independentes, se subordinam somente ao Texto Constitucional e às Leis Federais. “El juez que al examinar un caso constate desacuerdo entre un acto de un órgano del estado o de otro órgano, respecto a la ley, adoptará una decisión de acuerdo con la ley” (artigo 120).

Os procedimentos judiciais devem respeitar o contraditório e a ampla defesa. As seções dos Tribunais deveram ser públicas, salvo casos específicos previstos em lei (artigo 123).

O Tribunal Constitucional é competente para dirimir as questões relativas à constitucionalidade de:³⁴⁷

- a) las leyes federales, los actos normativos del Presidente de la Federación de Rusia, del Consejo de la Federación, de la Duma del Estado, del Gobierno de la Federación de Rusia; b) las constituciones de las repúblicas, los estatutos, así como las leyes y otros actos normativos de los sujetos de la Federación de Rusia, emitidos sobre materias de la competencia de los órganos de poder del estado de la Federación de Rusia así como de la competencia de los órganos de poder del estado de la Federación de Rusia y de los órganos de poder

³⁴⁵ ARKHIPOV, Vladislav; BARTENEV, Dmitriy; BELOV, Sergey; KUDRYASHOVA, Olga. La judicatura en el sistema constitucional ruso. Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCCP, n° 71, p. 557-587, 2013, p. 561.

³⁴⁶ De acordo com o artigo 119 da Constituição Russa, são critérios indispensáveis para ser Juíz: “los ciudadanos de la Federación de Rusia que hayan alcanzado los 25 años, tengan formación jurídica superior y un ejercicio de la profesión jurídica no inferior a cinco años. Una ley federal podrá establecer requisitos complementarios para los jueces de los tribunales de la Federación de Rusia”.

³⁴⁷ Segundo o artigo 125 do Diploma Constitucional Russo: “El Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, a instancia del Presidente de la Federación de Rusia, el Consejo de la Federación, la Duma del Estado, una quinta parte de los miembros del Consejo de la Federación o de los diputados de la Duma del Estado, el Gobierno de la Federación de Rusia, el Tribunal Supremo de la Federación de Rusia y el Tribunal superior de arbitraje de la Federación de Rusia, los órganos de poder legislativo y ejecutivo de los sujetos de la Federación de Rusia”.

del estado de los sujetos de la Federación de Rusia) los tratados entre los órganos de poder del estado de la Federación de Rusia y los órganos de poder del estado de los sujetos de la Federación de Rusia, así como los tratados entre los órganos de poder del estado de los sujetos de la Federación de Rusia; d) los tratados internacionales de la Federación de Rusia que no hayan entrado en vigor.

Em que pese o texto constitucional não atribuir a competência para interpretar as leis e demais atos normativos, pode-se considerar que em um número significativo de casos já se reconhece a inconstitucionalidade das interpretações dadas aos dispositivos legais, pois o Tribunal “evalúa la constitucionalidad de su entendimiento en la práctica y concretiza complementos e incluso cambios al contenido de las disposiciones legales hechas por sí misma, en vez del legislador”.³⁴⁸

O Tribunal Constitucional também é o órgão competente para resolver conflitos de competências entre órgãos federais, “entre los órganos de poder del estado de la Federación de Rusia y los órganos de poder del estado de los sujetos de la Federación de Rusia” e entre “los órganos superiores del estado de los sujetos de la Federación de Rusia”.³⁴⁹

Quando o recurso se tratar de matéria referente a violação de direitos e liberdades dos cidadãos, a Constituição determina que o Tribunal Constitucional é o órgão competente para julgar a questão. Veja-se o dispositivo constitucional:

4. El Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, ante los recursos presentados por violación de los derechos y libertades de los ciudadanos y a instancia de los tribunales, comprobará la constitucionalidad de la ley aplicada o de aplicación debida en cada caso concreto, según el procedimiento establecido por ley federal.³⁵⁰

De acordo com o artigo 126 da Constituição o Tribunal Supremo da Federação Russa é o órgão hierarquicamente superior para as demais questões. Competente no que se refere a questões administrativas, civis, penais ou quando o tema versar sobre outros assuntos que sejam de competência dos Tribunais de jurisdição ordinária. Este Tribunal exerce na

³⁴⁸ ARKHIPOV e outros, 2013, p. 566.

³⁴⁹ Artigo 125, parágrafo 3 da Constituição da Federação de Rússia.

³⁵⁰ Artigo 126, parágrafo 4 da Constituição da Federação de Rússia.

forma da lei, a supervisão judicial da atuação dos demais foros judiciais e esclarece questões relativas à prática judicial.

Como herança soviética, o Tribunal Superior de Arbitragem da Federação Russa é considerado órgão estatal, ao contrário do que ocorre em várias jurisdições de outros Estados.

Compete ao Tribunal de Arbitragem a resolução de conflitos econômicos e outros casos de competência dos Tribunais de Arbitragem. Exerce, na forma da lei, a supervisão judicial de sua atuação e esclarece questões relativas à prática judicial (artigo 127).

De acordo com a Constituição a nomeação dos Magistrados dos Tribunais Superiores, dos Juizes dos Tribunais Federais deve seguir o procedimento presente no artigo 128 da Constituição, que dispõe o seguinte:

1. Los magistrados del Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, Tribunal Supremo de la Federación de Rusia y Tribunal superior de arbitraje de la Federación de Rusia serán nombrados por el Consejo de la Federación a propuesta del Presidente de la Federación de Rusia.
2. Los jueces de los demás tribunales federales son nombrados por el Presidente de la Federación de Rusia según el procedimiento previsto por ley federal.
3. Las competencias, procedimiento de formación y funcionamiento del Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Tribunal superior de arbitraje de la Federación de Rusia y otros tribunales federales serán establecidas por ley constitucional federal.

Ademais, o artigo 129 estabelece que o Ministério Fiscal³⁵¹ da Federação Russa “constituye un sistema centralizado único en el que los fiscales de rango inferior se subordinan a los de rango superior y al Fiscal general de la Federación de Rusia”.

O Fiscal Geral é nomeado e destituído de seu cargo pelo Conselho da Federação de acordo com a proposta do Presidente da Federação. Os Fiscais dos Entes Federativos são nomeados pelo Fiscal Geral, em acordo com esses próprios Entes. Os demais Fiscais são nomeados pelo Fiscal Geral.

³⁵¹ O que no Brasil seria equivalente ao Ministério Público.

2.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL RUSSA

Após uma breve estruturação da Constituição Russa e suas fontes de direito, passamos à análise dos dispositivos constitucionais relevantes para podermos compreender a ideia de dignidade no sistema jurídico russo.

As questões centrais que pretendemos debater a partir da seguinte análise são: *i)* Qual é a dimensão e intensidade das transformações que o novo modelo constitucional russo trouxe quanto ao compromisso com os Direitos Humano-fundamentais; *ii)* Até que ponto ainda se faz presente uma influência soviética no atual discurso jurídico russo sobre tais direitos; *iii)* Em que medida é possível identificar discrepâncias entre o discurso jurídico institucional russo e a prática constitucional efetiva quanto ao respeito e proteção à dignidade humana como direito?

Quanto à influência Soviética, pode-se constatar que, durante tal período, os direitos e liberdades dos cidadãos se pautavam numa ideia coletivista, em outras palavras, existia uma prioridade dos interesses coletivos em detrimento dos direitos e liberdades individuais. “La ideología constitucional se basó en las ventajas del colectivismo sobre la sociedad capitalista, con sus personas ‘individualizadas’ y el distanciamiento de los individuos entre sí”.³⁵²

Em contrapartida, uma importante inovação da Constituição de 1993 foi o disposto no artigo 2: “La persona, sus derechos y libertades son el valor supremo. El reconocimiento, respeto y protección de los derechos y libertades de la persona y del ciudadano son un deber del estado”³⁵³. Percebe-

³⁵² NARUTTO, Svetlana. La naturaleza jurídica y el desarrollo de los derechos humanos en Rusia. In: *México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 235-252, 2013c, p. 235.

³⁵³ RUSIA (1993), s/p.

se no teor deste dispositivo, o potencial transformador da nova Constituição.³⁵⁴

2.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Russa: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

Tal como dissemos, durante a União Soviética o Estado reconheceu a supremacia dos interesses estatais sobre os individuais (e inclusive sobre os coletivos), a partir da ideologia socialista, tal como ressalta Narutto:

El periodo soviético reconoció la supremacía de los intereses del Estado, dado que la teoría socialista asume que un individuo no puede tener ningún interés que contradiga los intereses del mismo. De esta manera, el concepto moderno de los derechos humanos se basa en los derechos humanos naturales que se tienen a partir del nacimiento y son inalienables. La Constitución contempla la obligación del Estado de reconocer, observar y defender los derechos y las libertades de los individuos y de los ciudadanos.³⁵⁵

Hoje em dia, constata-se no cenário constitucional russo os direitos humanos e as liberdades individuais declarados no próprio texto constitucional, e também, temos a adesão a Acordos e Tratados de Direito Internacional que ressaltam a importância desses direitos e liberdades, tanto no âmbito interno quanto no internacional.

A Rússia é signatária da Declaração Direitos Humanos de 1948. Ademais, ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais de 1966.

Por conseguinte, a Rússia também ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, e se tornou membro permanente do Conselho

³⁵⁴ ARKHIPOV e outros, 2013, p. 566. Importante destacar que o dispositivo citado diz respeito aos capítulos que não podem sofrer alterações legislativas, o que para a teoria jurídica russa é conhecido como “Convenção Constitucional”. Este instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro se equivale às “Cláusulas Pétreas”.

³⁵⁵ NARUTTO, 2013c, p. 235-236.

da Europa, incorporando também ao seu sistema jurídico a obrigação de garantir os direitos e liberdades discriminados na Convenção.³⁵⁶

Quanto à tratativa da Dignidade humana como direito fundamental na Constituição russa, se faz importante apresentar a forma como, constitucionalistas russos apresentam a normatividade constitucional russa a esse respeito. Segundo Kremyanskaya, Kusnetsova e Rakitskaya, o ordenamento jurídico russo vigente trata da seguinte forma o direito à dignidade:

A Constituição Russa protege a dignidade individual, estabelecendo-a enquanto princípio absoluto: “Nada pode servir de base para sua derrogação”. Existem muitas outras provisões na Constituição que visam proteger a dignidade humana: o direito a viver com dignidade, privacidade, proteção da honra e do bom nome, a proibição à coleta de informações sobre a vida privada, a proibição à busca domiciliar forçada, etc. Este princípio se revela, por exemplo no direito criminal e no processo criminal. Assim, no Código Criminal estão previstas ofensas como calúnia e difamação. O Código de Processo Criminal requer que o investigador tome os passos necessários durante a investigação de modo a garantir que não se anuncie ou identifique as circunstâncias íntimas da vida da pessoa. Já o Código Civil da Rússia classifica a vida, a saúde, a dignidade, a integridade pessoal, a honra e o bom nome, a reputação, a privacidade pessoal e familiar, o direito a um nome e o crédito pela autoria, bem como outros direitos constitucionais e liberdades pessoais como benefícios intangíveis (Artigo 150).³⁵⁷

No livro organizado pelo jurista russo Rudinsky, escrito a muitas mãos, dentre maiores especialistas russos em direitos humanos e direito constitucional, propõe-se o tratamento sistemático de tópicos concernentes a direitos humanos na Constituição de 1993, como o direito a vida, a dignidade humana, e o papel dos direitos humanos tanto no direito constitucional, como

³⁵⁶ São os Direitos e Liberdades presentes no TÍTULO I da Convenção: Artigo 2º Direito à vida; artigo 3º Proibição da tortura; artigo 4º Proibição da escravatura e do trabalho; artigo 5º Direito à liberdade e à segurança; artigo 6º Direito a um processo equitativo; artigo 7º Princípio da legalidade; artigo 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar; artigo 9º Liberdade de pensamento, de consciência e de religião; artigo 10º Liberdade de expressão; artigo 11º Liberdade de reunião e de associação; artigo 12º Direito ao casamento; artigo 13º Direito a um recurso efetivo; artigo 14º Proibição de discriminação; artigo 15º Derrogação em caso de estado de necessidade; artigo 16º Restrições à atividade política dos estrangeiros; artigo 17º Proibição do abuso de direito e; artigo 18º Limitação da aplicação de restrições aos direitos. (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016).

³⁵⁷KREMYANSKAYA, Elena A.; KUZNETSOVA, Tamara O.; RAKITSKAYA, Inna A. *Russian Constitutional Law*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2014, p. 46. [Tradução livre].

em outros ramos do direito russo. Assim, identificam-se quais foram as influências nas redações dos artigos do texto constitucional, sua inter-relação com outros diplomas legais, e, por vezes, o contraste entre direito e realidade. Se faz interessante colacionar a seguinte exposição sobre a presença do direito à dignidade na Constituição russa, por sua significância e repercussão:

No que diz respeito à Constituição da Federação Russa de 1993, de um lado, seguiu-se o modelo grego, fixando no artigo 2 a ideia da dignidade humana enquanto lei geral: “uma pessoa, seus direitos e liberdades são o máximo valor. O reconhecimento, observância e proteção dos direitos e liberdades da pessoa e do cidadão são um dever do Estado”. De outro, a Constituição Russa em seu Capítulo II estabeleceu o direito a dignidade como um direito humano do cidadão: “A dignidade da pessoa é protegida pelo Estado. Nada pode servir de base para sua depreciação” (parte 1 do Artigo 21). A análise da Constituição da Federação Russa mostra que em diferentes instituições jurídico-constitucionais a dignidade da pessoa como representante de grupos sociais distintos também é reconhecida: racial, nacional, sexual, religioso, ideológico etc. Como a Constituição fixou a igualdade de direitos e liberdades de uma pessoa independentemente de seu pertencimento a diferentes grupos sociais enquanto tal igualdade na dignidade dessas pessoas (Artigo 19) é garantida legalmente. Ao proclamar o apoio estatal à maternidade, paternidade, infância, inválidos, idosos, a Constituição reconhece o valor social desses cidadãos (Artigo 7). Fixando um sistema de direitos humanos dos cidadãos (primeiramente direitos como a liberdade e imunidade pessoais, privacidade pessoal, segredo familiar e pessoal, proteção a honra e da reputação), a Constituição garante também o direito à dignidade da pessoa enquanto indivíduo (Artigo 23). É necessário reconhecer que em um país no qual dezenas de milhares de pessoas estão abaixo da pobreza, e graves violações de direitos humanos existem, é difícil reconhecer as garantias constitucionais acima indicadas como reais. Mas o reconhecimento legal do valor máximo do ser humano, primeiramente, tem um sentido humanístico muito importante; secundamente, atribui ao Estado a obrigação conexa de proteção da pessoa e de seus direitos.³⁵⁸

Especificamente sobre o artigo 19 da Constituição, se faz interessante a seguinte análise acerca de seu impacto na compreensão do direito à dignidade também como direito à diversidade e à identidade pessoal, coletiva e cultural, no texto constitucional russo:

A análise da Constituição da Federação Russa permite se chegar à conclusão de que não está apenas positivado o direito da pessoa à dignidade humana, mas também seu direito humano à dignidade enquanto membro de um grupo social. Assim, o Artigo 19 da Constituição fixa a igualdade de direitos e liberdades da pessoa e do cidadão independentemente de sexo, raça, nacionalidade, religião, crença ou outras circunstâncias. Aqui o termo “dignidade”

³⁵⁸ RUDINSKY, F. M. [et al]. *Civil Human Rights in Russia: Modern problems of theory and practice*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008, p. 117-118. [Tradução livre].

significando nada mais que a provisão constitucional de garantir a igualdade do povo, enquanto representantes de diferentes grupos sociais (homens e mulheres, representantes de diferentes raças, nacionalidades, religiões etc) em sua dignidade.³⁵⁹

Outro jurista russo, Nigel Krylova, também constrói uma análise sobre a textualidade constitucional russa e acentua, justamente quanto às passagens relativas à proteção dos direitos humanos básicos na Constituição russa, a importância que estes dispositivos possuem para promover uma ruptura com o passado recente:

O Capítulo 2 “Direitos e Liberdades do Homem e do Cidadão” é a melhor parte da Constituição. Ele embarca quarenta e sete (47) artigos (quase um terço do todo do texto). Existem algumas provisões na nova Constituição que claramente mostram a ruptura para com o passado Comunista e Soviético. É bem sabido que muitos direitos e liberdades, comuns em sociedades democráticas, foram negados ao povo da União Soviética. Por exemplo, o indivíduo poderia ser despojado de sua cidadania; não havia liberdade de movimento; não havia nenhuma proibição ao uso de trabalho forçado por parte do Estado; e métodos ilegais eram aplicados nos processos de interrogatório a pessoas condenadas etc. Hoje, as provisões da nova Constituição sobre direitos humanos são consistentes com as existentes em qualquer sociedade democrática. A Constituição estabelece: “Seres humanos e seus direitos e liberdades são valores supremos”. Esta provisão é uma das mais fundamentais no novo sistema constitucional. É uma declaração muito importante para um país onde direitos humanos nunca foram o valor supremo.³⁶⁰

Uma questão que está intimamente relacionada ao direito à vida presente no primeiro parágrafo do artigo 20 da Constituição é a possibilidade de aplicação da pena de morte. Assim está disposto no Texto Constitucional: “Hasta su abolición, la pena de muerte podrá ser establecida por una ley federal como medida excepcional de castigo por delitos especialmente graves contra la vida”, e ainda concede ao acusado o direito de ser julgado por um Tribunal com a participação de jurados. Mesmo aqui, apesar da possibilidade de aplicação da pena de morte, há um avanço em relação à ordem constitucional anterior.

Em 1996, Boris Yeltisin decretou uma moratória sobre a pena de morte na Rússia, condição exigida para ser aceita sua participação no Conselho da Europa. Este foi o ano de realização da última execução de pena

³⁵⁹ RUDINSKY, 2008, p. 121. [Tradução livre].

³⁶⁰ KRYLOVA, Ninel S. The New Constituion of Russia: Main Principles and Features. *Akron Law Review*, v. 27, nº3-4, p. 397-406, 1994, p. 397-398. [Tradução livre].

de morte. No ano seguinte, a Rússia se comprometeu a abolir a pena capital. De acordo com as considerações de Maraver Gómez:

Desde entonces se han ido aceptando las solicitudes de clemencia y se han conmutado las penas de muerte por cadenas perpetuas o penas de prisión de 30 años. En 1999 todos los condenados recibieron una pena alternativa y actualmente no hay nadie en el corredor de la muerte. El tribunal constitucional explicó ese mismo año que hasta que no hubiera juicios con jurado no podría reinstaurarse la pena de muerte.³⁶¹

A Corte Constitucional da Federação Russa pronunciou, em 19 de novembro de 2009, a inconstitucionalidade de sentença que condene à pena capital na Chechênia. Essa questão já estava sendo discutida desde o dia 02 de fevereiro de 1999 e somente foi confirmada 10 anos mais tarde.

Ademais, também estava em questão o problema da Chechênia não admitir em seu sistema judicial a existência de um Tribunal auxiliado por jurados, posto que o dispositivo constitucional declara ser direito do acusado ser julgado por um Tribunal com a participação de jurados.

A inclusão dos jurados nos Tribunais Chechenos só ocorreu no início de 2010, quando “se planteó al tribunal constitucional [sobre la cuestión] y este declaró que se debía seguir con el estatus de la moratoria, aunque fuera deseable una abolición total de la pena capital”.³⁶² Neste sentido muitos estudiosos se filiam ao entendimento de Maraver, no sentido de que:

No parece posible que se vuelve a reintroducir expresamente la pena de muerte. No hay voluntad política en ese sentido. El propio Putin ha manifestado que las penas duras no siempre sirven para disuadir de la comisión de delitos. La opción política generalizada es la defensa de la abolición.³⁶³

Fato é que “la pena de muerte sigue siendo el asunto más controvertido en el presente. La Constitución no rechaza la pena de muerte, aunque formalmente limita su aplicación”.³⁶⁴

³⁶¹ MARAVER, Gomes. Pena de muerte: uma pena cruel e inhumana y no especialmente dissuasória. LUIZ ARROYO; ADÁN NIETO; WILLIAM SCHABAS (Edit.). Beatriz Garcia-Moreno (Coord.). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 432.

³⁶² MARAVER, 2014, p. 432.

³⁶³ MARAVER, 2014, p. 432.

³⁶⁴ ARKHIPOV e outros, 2013, p. 568.

A Rússia é o único País do Conselho da Europa que ainda não aboliu a pena de morte. Por outro lado, dentro do Grupo dos BRICS, a China e a Índia também admitem esse tipo de pena.

Outro ponto de suma importância no contexto político e jurídico da história recente da Rússia é o Relatório da Freedom House Word, que destaca a queda do índice de liberdade no país durante os anos 1999 a 2009. Destaca-se que o maior declínio se dá a partir de 2004, quando foi classificado como “país não livre”, quanto à liberdade de expressão e demais liberdades associadas a esta.³⁶⁵

Ademais do citado artigo 2 do Ordenamento Jurídico Interno Russo, podemos destacar o artigo 7 do diploma constitucional, quanto ao direito à dignidade:

1. La Federación de Rusia es un estado social, cuya política está orientada a la creación de condiciones que garanticen una **vida digna** y el desarrollo libre de la persona. 2. En la Federación de Rusia se protegen el trabajo y la salud de las personas, se establece un salario mínimo garantizado, se garantiza el apoyo del estado a la familia, la maternidad, la paternidad y la infancia, así como a los inválidos y personas ancianas, se desarrolla un sistema de servicios sociales, se fijan pensiones estatales, subsidios y otras garantías de protección social.³⁶⁶

Nesse dispositivo, a Constituição Russa faz menção expressa à garantia da “vida digna” como objetivo nuclear do Estado Social Russo. Estabelece-se o poder-dever do Estado Russo de garantir a vida digna por meio de políticas públicas que possam criar condições para sua realização, bem como garantir o desenvolvimento livre do indivíduo.

A ideia de direitos humanos ínsita nesta disposição constitucional tem como norte para sua compreensão a efetivação da dignidade tal como se exige pelos padrões internacionais. No entanto, com base no informe solicitado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, no ano de 1994, que teve por objetivo examinar a conformidade da Ordem Jurídica da Federação

³⁶⁵ Sobre esse tema visitar o site da Freedom House. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report-types/freedom-world#.VZpqxM-qqko>>. Acesso em 06 de julho de 2015.

³⁶⁶ Artigo 7 da Constituição da Federação de Rússia (grifo nosso).

Russa como os Princípios Fundamentais do Conselho, se constatou, nos diferentes poderes e âmbitos do Estado que:

- a) Legislativo: las leyes que debían permitir la aplicación de dichos principios no habían sido adoptadas. Los juristas reconocieron las enormes dificultades que habían de superarse, pero tenían ‘la impresión de que se efectúan esfuerzos enérgicos y claros a nivel parlamentario para solucionar la situación’.
- b) Ejecutivo: por lo general los funcionarios opinaban que en la administración pública ‘la antigua manera de pensar’ aún dominaba; se trataba de una enfermedad cuya persistencia podía comprenderse pero que debía ser eliminada.
- c) Tribunales: en el antiguo sistema los jueces no eran considerados como protectores de los derechos humanos; esta actitud parecía persistir.
- d) Tribunal Constitucional: durante la visita de los juristas, el Tribunal no ejercía aún sus poderes. La posterior constitución del Tribunal Constitucional permitía albergar esperanzas sobre la labor del mismo: su papel crítico durante las operaciones militares en Chechenia así lo indicó. De hecho, el informe señalaba que si los textos se aplican, el Tribunal podría convertirse um instrumento de control del orden constitucional.³⁶⁷

E como conclusão do supra citado informe tem-se que, apesar da existência de garantias constitucionais, “la aplicación práctica de los derechos humanos no podía asegurarse si la propia legislación no estimulaba una percepción favorable del principio del Estado de Derecho”.³⁶⁸

Já o informe realizado em 2010 pelo *Human Rights Watch* afirma que, em 2010, houve uma maior abertura com relação à cooperação internacional em matéria de Direitos Humanos, mas o clima ainda se mantém “intensamente negativo”.³⁶⁹

O relatório de Direitos Humanos e Democracia no Mundo, feito pela União Europeia, destacou que a postura da Rússia com relação aos compromissos assumidos com importantes organismos internacionais, ainda é deficitária. Com efeito, extraímos o seguinte trecho do relatório:

A UE continuou a sublinhar as suas preocupações relativamente ao respeito por parte da Rússia dos compromissos que assumiu na ONU, na OSCE e no Conselho da Europa. Visto que 2011 foi um ano de eleições, os direitos eleitorais da população russa contaram-se entre os temas debatidos com a Federação da Rússia, desde a questão do

³⁶⁷ ANDRÉS, 2011, p. 119.

³⁶⁸ ANDRÉS, 2011, p. 122.

³⁶⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, 2011, s/p. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/europe/central-asia/russia>>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

registro dos partidos políticos até ao acesso equitativo aos recursos e aos meios de comunicação, à liberdade de reunião para as manifestações e reuniões da oposição e à observação das eleições.³⁷⁰

Em que pese, o texto constitucional declarar os direitos e liberdades individuais, o tratamento dado às liberdades, notadamente à liberdade de expressão, liberdade de associação e aos direitos eleitorais, demonstra ainda um cenário de restrição e cerceamento destes direitos na Rússia atual.

Ademais, no relatório feito pela União Europeia, conclui-se que ainda existe uma grande resistência e hostilidade aos ativistas e movimentos de defesa dos direitos humanos e à mídia, como demonstra o seguinte fragmento do documento:

A difícil situação dos defensores dos direitos humanos e uma série de ataques violentos contra jornalistas e destacados ativistas na Federação da Rússia, bem como as deficiências em matéria de respeito pela liberdade de expressão, de associação e de reunião, continuaram a suscitar grave preocupação à EU. [...] O número de ataques ligados ao racismo e ódio racial constitui ainda um motivo de preocupação, tal como a situação das pessoas apátridas na Federação da Rússia.³⁷¹

São muitos os problemas e muitas as frentes a atuar para se conseguir que a Rússia seja considerada um país que respeita os direitos humanos. Não basta somente estar formalmente presente que “la persona, sus derechos y libertades son el valor supremo” no texto constitucional e nos discursos institucionais para que essa “ideia-força” normatizada passe a ter

³⁷⁰ EUROPEAN, 2012, p. 185. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_pt>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

³⁷¹ No que diz respeito a alguns casos importantes que trazem à tona a realidade da situação dos direitos humanos na Rússia, o relatório declara que: “Não houve resultados das investigações dos assassinios de defensores dos direitos humanos, como Natalya Estemirova, nem das mortes durante a prisão preventiva de Sergei Magnitsky e Vera Trifonova. Em 27 de dezembro, o Presidente do Conselho Presidencial para os Direitos Humanos e a Sociedade Civil, Mikhail Fedotov, entregou ao Presidente Medvedev relatórios sobre Sergei Magnitsky e Mikhail Khodorkovsky. Entretanto, o processo judicial contra o falecido advogado Sergei Magnitsky foi reaberto dois anos após a sua morte, enquanto as circunstâncias da sua morte durante a prisão preventiva estão ainda por esclarecer. Por último, mas nem por isso menos importante, o veredicto final no segundo julgamento de Khodorkovsky e Lebedev suscitou múltiplas preocupações devido às irregularidades do julgamento. A Alta Representante Catherine Ashton emitiu uma declaração a este respeito. A UE continuou a manifestar preocupações sobre a situação dos direitos humanos no Cáucaso Setentrional, que não melhorou em 2011, continuando a haver numerosos relatos de tortura, raptos, detenções arbitrarias e violações dos direitos humanos, incluindo os "homicídios de honra" e a violência doméstica. Continua generalizada a impunidade por estes crimes. Nas repúblicas vizinhas, em particular a Inguchétia e o Daguestão, a situação continuou a deteriorar-se” (EUROPEAN, 2012, p. 185-186).

relevância e efetividade nas relações entre cidadãos e cidadão, cidadão e estrangeiro e entre cidadão e o Estado Russo.

Alguns avanços, porém, já foram notados, tal como afirma o seguinte trecho do relatório:

Entre as importantes evoluções positivas reconhecidas pela UE contaram-se alguns esforços de modernização, nomeadamente em relação ao Estado de direito (lançamento de várias reformas nos setores judiciário, penal e de aplicação da lei) e ao pluralismo político (redução de sete para cinco por cento do limiar que permite aceder à Duma, lançamento de alterações da legislação relativa ao registo dos partidos políticos e à lei eleitoral).³⁷²

Nesse diapasão, após esta exposição da crítica internacional sobre a situação dos direitos e liberdades individuais na Rússia contemporânea, se faz importante analisar o artigo 55 da Constituição Russa:

Artículo 55: La enumeración de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución de la Federación de Rusia no debe interpretarse como una negación o disminución de otros derechos y libertades del hombre y universalmente reconocido. 1. En la Federación de Rusia no deberán promulgarse leyes que deroguen o menoscaben los derechos y libertades de la persona y del ciudadano. 2. Los derechos y libertades de la persona y del ciudadano podrán ser limitados por ley federal únicamente en la medida en que sea imprescindible para la defensa de los fundamentos del sistema constitucional, la moralidad, la salud, los derechos o los intereses legítimos de otras personas, la defensa del país y la seguridad del Estado.³⁷³

Ao analisar este artigo, se torna evidente que o próprio texto constitucional declarou que os direitos e liberdades fundamentais presentes na Constituição não exime que outros direitos e liberdades universalmente reconhecidos sejam também protegidos pelo Estado Russo.

O rol de direitos e liberdades fundamentais presente na Constituição Russa parte da ideia de que o próprio Estado considera os indivíduos como seu valor mais importante. “Dichos derechos y libertades no se ven afectados por la ciudadanía; y garantizan la vida y dignidad humana, la inviolabilidad personal y la libertad de comportamiento en varios aspectos”.³⁷⁴

³⁷² EUROPEAN, 2012, p. 186.

³⁷³ RUSIA (1993), s/p.

³⁷⁴ NARUTTO, 2013c, p. 237.

De acordo com o citado artigo 55, parágrafo segundo, os direitos e liberdades dos indivíduos podem sofrer limitações impostas pelo Estado. Porém, aqui também se nota uma evolução em potencial, pois as limitações ficaram condicionadas, no texto, à sua imprescindibilidade para defesa da própria Constituição, de outros direitos fundamentais e defesa do país. Não obstante, a menção no texto à “moralidade” e à “segurança do Estado” como justificadores de limitação a direitos e liberdades, deixa margem para prejuízos ao grau de proteção à dignidade, sobretudo num país de recente cultura de sujeição do indivíduo ao projeto estatal, como foi o Estado Soviético.

Assim, ditas limitações devem ser justificadas por motivos razoáveis, tais como as declaradas no artigo 56 do Diploma Constitucional Russo:

Artículo 56: 1. En condiciones de estado de excepción, para garantizar la seguridad de los ciudadanos y la defensa del sistema constitucional se podrán, de acuerdo con una ley constitucional federal, establecer determinadas limitaciones de los derechos y las libertades, indicándose los límites y plazo de su vigencia. 2. Podrá proclamarse el estado de excepción en toda la Federación de Rusia o parte de la misma en el caso de que concurran las circunstancias y según el procedimiento establecido por la ley constitucional federal. 3. No podrán ser limitados los derechos y libertades previstos en los artículos 20, 21, 23.1, 24, 28, 34.1, 40.1, 46 a 54 de la Constitución de la Federación de Rusia.

De acordo com o artigo acima transcrito, existe uma restrição à limitação quando os direitos e liberdades se referirem ao direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade pessoal e familiar, liberdade de consciência, liberdade de credo, direito à moradia, proteção judicial e assistência judiciária gratuita, dentre outros.

Al limitar los derechos de los individuos y los ciudadanos, Rusia se basa en los principios generales del derecho. Dicha limitación debe cumplir con las exigencias de justicia y ser adecuada, proporcionada, equilibrada y necesaria para la protección de los valores constitucionales fundamentales, incluidos los derechos públicos y privados, así como el interés jurídico de otras personas; tiene carácter general y abstracto, no tiene efecto retroactivo y no deberá afectar la esencia del derecho constitucional, es decir, no deberá imponer límites

en el alcance y la aplicación de los contenidos básicos de las normas constitucionales pertinentes.³⁷⁵

2.2.2 Direitos Fundamentais e Dignidade no constitucionalismo russo: diferenças e discrepâncias ao nível dos discursos eruditos e das categorizações hermenêuticas

2.2.2.1- Os caminhos do pensamento constitucional russo contemporâneo: considerações com base nas relações entre política, geopolítica e jurídica na Rússia

Segundo Mikhail Antonov, a constelação política do parlamento russo reflete, em alguns aspectos, a diversidade de ideias políticas e jurídicas no país. São quatro os principais partidos: Rússia Unida, o partido de Putin, que defende um Estado forte, com ênfase no direito positivo e contrário a filosofias mais próximas ao direito natural; Partido Comunista, evidentemente vinculado à tradição jurídica marxista; Rússia Justa, com posições que em geral avançam ideias vinculadas a noções que gravitam entre jusnaturalismo, axiologismo jurídico, jushumanismo e substancialismo jurídico; e o Partido Liberal-Democrata, ultraconservador, opondo a Rússia ao ocidente e louvando o direito costumeiro e à tradição jurídica desenvolvida durante o Socialismo de Estado soviético.

Contudo, especialmente no que diz respeito à dignidade humana e à causa dos direitos humanos, é possível resumir os polos do debate em dois lados: um mais “internacionalizado”, com um discurso voltado para a supremacia dos direitos humanos, fundados em um conceito de dignidade humana transplantado da tradição jurídica ocidental; outro mais “isolacionista”, profundamente amparado nas noções de soberania, da singularidade da Rússia, da decadência do ocidente, e em interpretações geralmente influenciadas por perspectivas religiosas a respeito da relação

³⁷⁵ NARUTTO, 2013c, p.246.

entre indivíduo e sociedade, unidos de maneira imediata na realidade do Estado. No que diz respeito a segunda corrente, há uma marcante dificuldade de alcançar diretamente a respectiva literatura – provavelmente em razão de sua desconsideração para com a opinião pública internacional, denunciada e vista com suspeitas, a culminar na ausência de textos publicados ou traduzidos em e para qualquer outro idioma que não o russo.³⁷⁶

Ademais dessas duas tendências, que, por sua vez, possuem nuances e variáveis internas, encontramos também um terceiro conjunto de autores que desenvolvem uma literatura jurídica mais manualística, doutrinária, dedicada a uma tratativa mais exegetica e doutrinária da sistemática dos direitos fundamentais na Constituição de 1993. Trata-se de uma literatura que expressa o que poderíamos chamar de senso comum acadêmico. Uma literatura pretensamente neutra, mas que acaba por ser um espelho de uma ou de outra das duas tendências majoritárias do pensamento jusfilosófico russo de ponta, a “internacionalista” ou a “isolacionista”³⁷⁷.

Não obstante, do que foi possível encontrar a respeito, em autores a refletir criticamente sobre os fundamentos e posições avançados pela dita corrente, constatou-se que essa segunda tendência é a majoritária no pensamento jurídico russo, por formar o discurso correspondente ao adotado pelas autoridades russas políticas, jurídicas e religiosas, a formar, em certa medida, a “precompreensão” a partir da qual se interpreta e aplica a Constituição de 1993, inclusive e especialmente no que diz respeito a direitos humanos – entendidos, ao menos parcialmente, como fruto da decadência ocidental e que se transplantados à realidade russa sem a devida cautela acabariam por dismantelar aquilo que há de único na tradição russa e, conseqüentemente, sua posição e futuro privilegiados.

Contrastando com as leituras formalistas e exegeticas (e de senso comum acadêmico) oferecidas por grande parte da literatura especializada

³⁷⁶ ANTONOV, Mikhail. Conservatism in Russia and Sovereignty in Human Rights'. *Review of Central and East European Law*, v. 39, p. 1-40, 2014, p. 01-13.

³⁷⁷ São bons exemplos dessa literatura de senso comum acadêmico as obras de Kremyanskaya, Kusnetsova e Rakitskaya (2014), bem com as de Rudinky (2008) e Krylova (1994), já citadas e trabalhadas no tópico anterior.

encontrada a respeito do texto constitucional (especialmente quanto ao capítulo segundo da Constituição), a realidade imposta pela perspectiva ou horizonte acima identificado (a “consciência jurídica”, para usar de um conceito apontando como caro à tradição jurídico-teórica russa) gera um descompasso entre o direito russo e o direito ocidental que, dada a influência do segundo no vocabulário da Constituição de 1993, usando dos mesmos significantes, visam hoje significados diferentes e dificilmente conciliáveis.

Outra consequência desse desencontro de traduções é a banalização das denúncias internacionais das violações à dignidade humana na sociedade russa perante as autoridades estatais, que, na interpretação fornecida por alguns autores, trabalham com pressupostos, senão radicalmente distintos, ao menos diretamente em conflito para com os da comunidade internacional ocidentalizada. Em consequência, as críticas do Ocidente passam a ser enxergadas com impaciência pelos isolacionistas russos e vistas enquanto atentados à soberania do país. Então, reagem intensificando as críticas ao Ocidente. Assim, nossa percepção foi a de que, de certa maneira, há um duplo equívoco, por exageração, se retro-alimentando e potencializando as disparidades entre estas duas perspectivas do pensamento jurídico russo.

Paralelamente, ainda que a casuística da Corte Constitucional tenda a uma aproximação daquilo que é decidido e das metodologias para tanto empregadas pelas demais cortes europeias, podendo se falar, como sugere Alexei Trochev, em uma “revolução de direitos” incompleta promovida pelo dito tribunal, enfrenta-se, como veremos, um sério problema no que diz respeito ao cumprimento ou efetivação destas decisões³⁷⁸. Como se verá, subjacente à organização formal do Estado russo, existe toda uma hierarquia informal, muitas vezes movimentada para completamente ignorar as decisões da Corte Constitucional. De outro lado, a ênfase soviética nos apelidados direitos de segunda geração, que segundo a maioria da doutrina constitucional russa tem caráter predominantemente programático (convivendo com a hegemonia de ideias conservadoras, por vezes de fundo religioso, por outras de viés autoritário), acaba influenciando, na maneira pela qual a própria corte

³⁷⁸ Cf. TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

sistematiza sua casuística, com uma conseqüente hierarquia de direitos que coloca o direito à vida, à dignidade humana e ao acesso ao judiciário no topo da escala. Isto se dá, porém, ao nosso entender, em uma perspectiva *top to down*, portanto sem que implique, necessariamente, na permeabilidade das subjetividades individuais e da sociedade na estrutura do Estado, com a conseqüente participação dos cidadãos. Trata-se, portanto, de uma configuração jurídica da dignidade humana muito mais construída a partir de direitos sociais como algo concedido pelo Estado (portanto configurados em lógica *top to down*), do que de direitos civis como algo pertencente ao cidadão independentemente do Estado e de direitos sociais como algo fruto da reivindicação e dos movimentos sociais (quando seriam estruturados *bottom up*). Esta diferença substancial se soma, como se verá com Malksoo³⁷⁹, à defesa, na Rússia, de idéias sobre a dignidade humana, inspiradas na tradição do cristianismo eslavo-Ortodoxo russo, que pontencializam essa leitura da dignidade humana como algo concedido, que se perde ou ganha e que, portanto, no plano secular, pode ser dado ou retirado pelo Estado.

Mesmo que os direitos normalmente classificados como civis e políticos, como liberdade de expressão e manifestação, tivessem maior destaque no raciocínio dos juizes constitucionais, a própria população russa não parece tê-los em grande importância.³⁸⁰ Mais ainda, parece ser um lugar-comum da literatura jurídica russa a denúncia de um “niilismo jurídico” inato à cultura russa, tal como afirmado por Phrzhilenskiy e Zakharova³⁸¹, a qual tenderia a ver com desconfiança e descrença a ideia de princípios

³⁷⁹ Cf. MALKSOO, Lauri. *The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church: a critical appraisal*, 2013, p. 410-411.

³⁸⁰ Cf. GORDON, L. A. Socioeconomic Human Rights: Content, Features, and Significance for Russia. *Russian Politics & Law*, v. 36, n°3, p. 30-44, 1998.

³⁸¹ Cf. PHRZHILENSKIY, Vladimir; ZAKHAROVA, Maria. Which way is the Russian double-headed eagle looking? *Russian Law Journal*, v. 4, n°2, p. 06-25, 2016, p. 18-19. Para estes pensadores russos, o niilismo jurídico é uma característica tanto do sistema político como do sistema jurídico na Rússia, um problema comum, ainda que suas causas sejam discutíveis. Para alguns autores, como E. V. Solovyev, e V. V. Bikikhin, a origem está nas experiências religiosas, culturais e filosóficas da sociedade russa. Vladimir Phrzhilenskiy e Maria Zakharova, contudo, sugerem que o niilismo jurídico do povo russo reflete sua instintiva desconfiança em frente à complexidade, com a tendência daí resultante de que a mentalidade jurídica da sociedade russa seria caracterizada por uma atitude negativa e irresponsável quanto ao Direito, vingando em sua extrema politização, e em um estatismo orgânico e inerente.

transpositivos a determinar a criação, modificação e aplicação das leis e, específica e conseqüentemente, a ideia de um Estado de Direito. Tal “nihilismo jurídico” acabaria por ser uma das principais dificuldades, senão a principal, de se popularizar noções vinculadas à dignidade humana, ao menos enquanto entendida como direito humano-fundamental estruturador dos demais direitos.

Vejam, então, uma amostra paradigmática das variantes do pensamento jurídico-político russo relativo aos direitos humanos fundamentais e ao direito à dignidade.

2.2.2.2- Ainda um ‘governo de homens’ sem um ‘governo das Leis’: a crítica à apropriação do público (e do privado) pelo fisiologismo político russo, segundo Diligensky e Chugrov

Guerman Diligensky e Sergei Chugrov em seu estudo “‘The West’ in Russian Mentality”, amparados em profunda e extensa pesquisa empírica, se propõem a identificar os lugares-comuns a respeito do que representa o Ocidente na mentalidade russa, e de que modo tais representações têm auxiliado ou prejudicado o avanço da democracia e dos direitos humanos na Rússia.

Os autores denunciam a postura contraditória do povo russo quanto à cultura Ocidental. Para eles, um dos aspectos mais importantes do Ocidente, ainda não encontrou apoio na Rússia, qual seja, o respeito pela lei e por normas sociais universalmente aceitas. Assim, ao mesmo tempo em que os russos têm por prioridade a restauração da lei e de uma cultura cívica, cansados do voluntarismo das autoridades, se considera que essas mesmas autoridades, que são responsáveis por todos os problemas correlacionados, sejam as que mudem a situação. Por conseqüência, se institucionalmente já se tem um Estado de Direito na Rússia, a maioria da população não acredita nele, e raramente vai aos tribunais para defender seus interesses³⁸².

³⁸² DILIGENSKY, Guerman; CHUGROV, Sergei. “The West” in Russian Mentality. NATO. s./a., p.30. Disponível em: <<http://www.nato.int/acad/fellow/98-00/diliguenski.pdf>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2016.

Passado um breve período após a reabertura do mercado, o poder político passou a se concentrar nas burocracias centrais e regionais, que, ao contrário de seus antecessores soviéticos, são altamente interessadas em seus ganhos financeiros, segundo os autores. Assim, unidas à figura do entretenimento, formam-se conglomerados comerciais da elite burocrática, voltados para fortalecer seus poderes, e conservar o *status quo* político e socioeconômico. Para Diligensky e Chugrvo, o único símbolo ideológico da elite russa é o Estado sob o seu controle, enquanto reprodução de seus poderes. Discursivamente, tal interesse por estabilidade do *status quo* assume o lugar-comum dos “interesses nacionais”, recurso ao nacionalismo que se dá com vistas a inviabilizar reformas vindouras, bem como qualquer possibilidade de retorno ao regime comunista.³⁸³

2.2.2.3- Nova roupagem, mas mesmo conteúdo? Pensamento jurídico russo pós-abertura e o fenômeno da interpretação do novo com o horizonte compreensivo do antigo, segundo Mikhail Antonov

Em seus dois artigos, Mikhail Antonov se propõe, identificando a importância do conceito de soberania nos discursos e práticas política e jurídica da Rússia contemporânea, a explicar as origens e influências filosóficas da conceituação da ideia, bem como suas implicações e conflitos para com o discurso dos direitos humanos.

Com a perestroika, houve um grande incentivo à atividade intelectual dos teóricos russos do direito, ávidos a se adaptar às novas circunstâncias. Neste horizonte, Mikhail Antonov discrimina as seguintes estratégias adotadas: alguns se voltaram para o que se produzia filosoficamente no resto do mundo e, contra a sua vontade, repetir os seus lugares-comuns, sem contribuir nada de útil ou original ao debate em um nível mundial; outros, em sua maioria, decidiram continuar em seu curso, abandonando os preceitos da ideologia soviética, mas mantendo todo o resto,

³⁸³ DILIGENSKY; CHUGROV, s./a., p. 32.

isto é, trabalhando com os conceitos da dogmática jurídica soviética. Segundo o autor, tal padrão entra no século XXI, estando presente, por exemplo, na maioria dos manuais jurídicos, que reproduzem os mesmos esquemas teóricos, agora injetados de novo conteúdo ideológico, como direitos humanos, liberdades e democracia. Por consequência, para Antonov, a ciência do direito russa é tida por atrasada, e *outsider* em relação às discussões internacionais. E assim, de duas estratégias passar-se-ia a ter duas opções para o futuro da ciência do direito no país: ou reconhecer seu atraso, tentando corrigi-lo, ou continuar ignorando o que se desenvolveu internacionalmente na filosofia do direito.³⁸⁴

Enquanto no Ocidente a tradição jurídica se volta para a construção de um sistema liberal-democrático de proteção à liberdade individual, na Rússia, contrasta Antonov, os debates giram em torno de se alcançar uma “democracia genuína”, com traços clássicos e medievais, voltada para as necessidades do corpo político como um todo, e não dos indivíduos enquanto membros do corpo político. Assim, a democracia seria mais um instrumento de proteção dos interesses nacionais, em contraponto aos interesses individuais. Tal instrumentalização ocorre por meio de uma particular concepção de soberania, a direcionar a prática política e judicial do país, especialmente no que diz respeito ao campo dos direitos humanos e das instituições.³⁸⁵

Para Antonov, parte considerável da elite russa entende por correta a interpretação da soberania que permita ao Estado e à sociedade russa a sobrevivência em tempos de globalização, contexto no qual direitos humanos e democracia são interpretados como pretextos para a interferência Ocidental nos assuntos domésticos, ameaçando a soberania da nação, bem como de seus recursos³⁸⁶. O autor ressalta que o discurso reiterado por Putin e outros políticos conservadores é o de que os perigos da globalização poderiam se tornar reais se se permitisse que a Rússia se engajasse com a cultura

³⁸⁴ ANTONOV, Mikhail. Sovereignty in the light of russian legal philosophy. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n°3, set./dez., p. 59-78, 2015, p. 67-68.

³⁸⁵ ANTONOV, 2015, p. 69.

³⁸⁶ ANTONOV, 2015, p. 74.

cosmopolita internacional, e se se admitisse a universalidade seja da democracia, seja de padrões humanitários, destruindo o que haveria de único na nação russa.³⁸⁷

Em outro artigo com forte impacto no contexto russo, Atonov pondera que, diante da postura reiteradamente crítica (notadamente no âmbito internacional) acerca da injustiça das leis ou das decisões judiciais russas relativas a direitos civis, muitos juristas russos buscam por defesa no conceito tradicional de soberania, enquanto um poder absoluto e irrestrito, incompatível com a ideia de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que teria validade objetiva, independentemente da vontade do Estado. Isto, tornaria o conceito de soberania um instrumento tão eficaz em legitimar o poder disciplinar estatal sobre as liberdades privadas, que imunizaria o Estado, segundo os defensores dessa leitura, das críticas estrangeiras, dando às autoridades políticas e judiciais ampla discricionariedade, ao ponto de se sentirem legitimadas a decidir sobre as limitações aos compromissos internacionais assumidos sobre direitos humanos. Na contraposição resultante, entre direitos humanos e soberania nacional, lamenta Antonov que é a segunda que normalmente vem ganhando tanto nas práticas governamentais, quanto na atividade jurisdicional na Rússia³⁸⁸. Segundo o autor:

As tendências autoritárias e isolacionistas na política interna russa foram utilizadas (voltando aos tempos soviéticos) para favorecer a argumentação de que isto seria em defesa da Rússia contra o “imperialismo moral do Ocidente”. [...] Pode-se encontrar a supremacia dos padrões internacionais sobre direitos humanos no artigo 17: os direitos humanos na Rússia são reconhecidos e garantidos “em acordo com os princípios e normas de direito internacional generalizadamente reconhecidos”. Não obstante, para alguns observadores, esta referência ao direito internacional aparece como mera constatação de um plano de ação. Uma leitura estritamente formalista pode chegar à seguinte conclusão: apenas aqueles tratados para os quais o Estado cedeu sua soberania serão vinculantes para o judiciário, parlamento e governo russos. Desta perspectiva, pode-se concluir que os padrões referentes à proteção de direitos humanos e os princípios democráticos – em certas circunstâncias – podem ser abandonados em virtude da proteção da soberania, conforme previsto no artigo 4 da Constituição. Esta conclusão é confirmada pelo Artigo 53 (3) da Constituição, o qual prevê que direitos e liberdades individuais podem ser restringidos com vistas

³⁸⁷ ANTONOV, 2015, p. 75.

³⁸⁸ ANTONOV, Mikhail. Conservatism in Russia and Sovereignty in Human Rights’. *Review of Central and East European Law*, v. 39, p. 01-40, 2014, p. 14-15.

a proteger a fundação do sistema constitucional, a segurança do país, ou a segurança do governo.³⁸⁹

E Mikhail Antonov traz-nos um exemplo concreto deste estado de coisas:

Um claro exemplo dessa última abordagem pode ser encontrado na atitude das cortes para com gays e lésbicas que alegam estarem sendo processados por expressarem suas opiniões. Como mostraremos abaixo, não é necessário argumentar que tais processos estão em contradição para com os padrões internacionais de direitos humanos. Porém, na Rússia esses processos são justificados tanto teórica como praticamente com referência não apenas à família tradicional, papéis de gênero, e comandos religiosos, mas também por meio do argumento da soberania: para defender a sociedade russa do Ocidente. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos de 2010 no caso Alekseyev – na qual a CEDH encontrou por unanimidade violações à Convenção nas restrições impostas pelas autoridades de Moscou às paradas por direitos homossexuais – não tiveram de fato qualquer efeito na prática jurídica russa. A argumentação da CEDH foi rejeitada com recurso às tradições culturais do povo russo as quais são soberanas e, conseqüentemente, podem impor seus valores àqueles derivados do direito internacional.³⁹⁰

Para Antonov, como já dissemos no tópico anterior, duas são as principais correntes do atual debate russo, ambas as quais têm suas origens e muitos de seus argumentos ainda no século XIX. De um lado, os “ocidentalizantes” (liberal-democratas e democratas revolucionários) defendem que a Rússia deveria se modernizar se ocidentalizando, significando, no pensamento jurídico contemporâneo russo, a desnecessidade de se continuar lutando pela particularidade de seu desenvolvimento, bastando aderir e alcançar a tradição intelectual do Ocidente, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos. De outro, os “eslavófilos”, ao defenderem a unidade entre sociedade e indivíduo, enxergam a civilização européia como fragmentada e individualista. Para alcançar tal integridade, entendida enquanto irmandade (*bratstvo*), o egoísmo individualista inerente aos membros da comunidade deve ser suprimido, mobilizando-os a um comum acordo (*soglasie*). Evidentemente, aponta Antonov, nem a proteção da minoria ante a maioria, nem a defesa dos direitos humanos do indivíduo frente

³⁸⁹ ANTONOV, 2014, p. 18-19. [Tradução livre].

³⁹⁰ ANTONOV, 2014, p. 21. [Tradução livre]

ao coletivo, então formas de um Ocidente decadente, têm espaço nessa segunda perspectiva³⁹¹.

E, ceticamente, conclui Antonov:

Fato é que violações de direitos humanos alegadamente acontecem mais na Rússia do que em outros lugares da Europa, e isto é naturalmente lamentável. Mas parece não existir qualquer efeito teórico ou prático nas repetidas lamentações acerca das alegadas violações de direitos humanos e padrões democráticos e nas banais conjurações para respeitá-los. [...] Deste ponto de vista, não há qualquer modo de prever o futuro desenvolvimento dos direitos humanos e da democracia na Rússia, nem se pode inquestionavelmente qualificar a posição das autoridades russas como anti-humanitárias – em contravenção para com os padrões da democracia. Como Valimir Bibikhin, um filósofo do direito russo contemporâneo, insistiu no começo dos anos 2000: “A consciência jurídica russa continuamente tende a criar uma sociedade democrática moderna de tipo Europeu e, ao mesmo tempo, afastá-la para longe”.³⁹²

2.2.2.4- Um contraponto às críticas internacionalistas: a busca por um caminho próprio da Rússia na proteção de direitos humanos, na perspectiva nacionalista moderada de Starzhanetskii

Em um texto final de uma edição especial da revista *Review of Central and East European Law*, voltada para a questão dos direitos humanos na Rússia, Vladislav Starzhenetskii se propõe responder às críticas dirigidas por autores ocidentais à situação dos direitos humanos em seu país. Suas principais preocupações estão em, ao mesmo tempo, indicar o progresso da regulação de proteção de direitos humanos nas áreas denunciadas pelos autores, e a inexistência de uma incompatibilidade cultural, no que diz respeito a direitos humanos, entre Rússia e Ocidente.

³⁹¹ ANTONOV, 2014, p. 31-32. O autor complementa: “Direitos humanos, nesta perspectiva, não podem sair ganhando no que diz respeito às leis estatais que têm sua origem na soberania popular nacional, expressando a vontade do povo. Ao mesmo tempo, o pedigree do direito internacional é obscuro, e suspeito de ter sido influenciado por poderes estrangeiros. Este modo de pensar está em contraste com as provisões constitucionais a respeito da prioridade dos direitos humanos e do direito internacional sobre leis domésticas (Artigos 15, 17 da Constituição); contudo, as formulações imperfeitas da Constituição Russa permitem ao judiciário que frequentemente circunde essas formulações, utilizando-as – bem como dos princípios de direito internacional – como redundantes e pletóricos argumentos”, p.34-35. [Tradução livre].

³⁹² ANTONOV, 2014, p. 39-40. [Tradução livre].

Para Vladislav Starzhentskii, se se lembra da situação dos direitos humanos na Rússia no ano de 1998, ano em que o país ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, não se pode negar o quão se progrediu, especialmente no que diz respeito às reformas realizadas no sistema jurídico com vistas a adequá-lo à efetivação dos direitos humanos protegidos pelo dito instrumento legal. Na opinião do autor, dentre as várias mudanças tanto legislativas como de outros tipos – todas em acordo com os padrões internacionais de direitos humanos e implementadas em cooperação com o Conselho da Europa –, as que se destacam são as reformas judicial, processual, civil e criminal, responsáveis por introduzir uma série de necessárias e importantes salvaguardas aos direitos humanos, alterando, em seu juízo, o cenário jurídico russo extensivamente.³⁹³ O autor embasa esse posicionamento em análises como a seguinte:

A Rússia é o maior país do mundo, com a maior população da Europa, com um grande número de problemas internos e externos muito específicos (começando pela situação econômica e demográfica de dividir fronteiras com estados altamente instáveis e autoritários). A Rússia é um país com uma das histórias mais dramáticas do século XX, com contradições quase irreconciliáveis, as quais ainda se esforça para superar. A replicação cega de modelos Ocidentais – em desconsideração para com o contexto da situação russa – já levou a consequências dramáticas no passado recente. Isto somente implica que a Rússia tenha uma noção própria de direitos humanos e está buscando contestá-los? Ou que sua identidade nacional não inclui uma dimensão a respeito dos direitos humanos? Claro que não. O mero fato da Rússia não estar seguindo os caminhos tradicionais não dá margem suficiente para essas alegações. Deve-se ter espaço para uma “margem de apreciação”.³⁹⁴

Starzhentetskii busca um caminho moderado em relação aos extremos da crítica internacionalista ceticista ou “ocidentalizante”, de um lado, e da apologia “eslavófila” isolacionista ou conservadora, por outro. Nestes termos, afirma que:

As observações críticas de alguns políticos russos, celebridades, acadêmicos, representantes da Igreja Ortodoxa Russa e outras pessoas religiosas – que os direitos humanos se tornaram excessivamente individualistas, interesseiros e egoístas; que o discurso fundado em direitos é conflitivo, agonista, não dando espaço

³⁹³ STARZHENETSKII, Vladislav. Assessing Human Rights in Russia: Not to Miss the Forest for the Trees A Response to Prelik, Schönfeld and Hallinan. *Review of Central and East European Law*, v. 37, p. 349-356, 2012, p. 350.

³⁹⁴ STARZHENETSKII, 2012, p. 353-354. [Tradução livre].

para o compromisso e para julgamentos contextuais acerca das prioridades em situações de diversidade cultural; que valores como solidariedade, e a importância da família e da comunidade, devem receber uma maior atenção – refletem uma preocupação pública acerca do desenvolvimento dos direitos humanos. E esse criticismo se tornou parte do discurso sobre direitos humanos muito antes da Rússia se unir ao Conselho da Europa, ratificando a Convenção.³⁹⁵

Assim, para esse autor, não há conflito genuíno entre a Rússia e o Conselho da Europa, ou entre valores russos e valores europeus, ou sobre noções de direitos humanos, para Vladislav Starzhenskii. O autor entende que a Rússia está caminhando rumo à completa implementação dos padrões europeus de proteção a direitos humanos, e que a demora se dá em razão de muitas dificuldades particulares ao caso, bem como à inércia social.³⁹⁶

2.2.2.5- A percepção do descompasso entre a “consciência jurídica-acadêmica” e “consciência popular” na Rússia, acerca dos direitos humanos, na análise de Abramovich Gordon

Leonid Abramovich Gordon procura destacar a discrepância entre a consciência jurídica da elite russa e a consciência jurídica popular no que diz respeito aos direitos humanos. Para tanto, o autor propõe as causas e as consequências desse desencontro, bem como uma estratégia para alteração desse cenário.

Abramovich Gordon explica que até os anos sessenta e setenta, os movimentos por direitos humanos não existiam na Rússia. Suas raízes se formaram na luta de direitos básicos de caráter civil e político, causando uma mudança radical no clima político e intelectual, especificamente entre as elites e a intelligentsia, bem como a opinião pública mundial. Contudo, pouca ou nenhuma influência foi sentida na “consciência popular”, especialmente no que diz respeito à ideia de direitos humanos, culminando em um descompasso entre os sentimentos da maioria popular e a “consciência jurídica” dos estratos sociais mais desenvolvidos.³⁹⁷

³⁹⁵ STARZHENETSKII, 2012, p. 356. [Tradução livre].

³⁹⁶ STARZHENETSKII, 2012, p. 356.

³⁹⁷ GORDON, L. A. Socioeconomic Human Rights: Content, Features, and Significance for Russia. *Russian Politics & Law*, v. 36, nº3, p. 30-44, 1998, p. 40-41.

Um dos principais obstáculos para o desenvolvimento da democracia russa, segundo Abramovich Gordon, é o relativo atraso da “consciência jurídica de massa”, que acaba por criar um ambiente confortável aos mais cínicos e amorfos representantes dos estratos mais elevados da sociedade. Para o autor, a formação acelerada e disseminada dessa consciência, impregnada da ideologia dos direitos humanos, é condição imprescindível para o sucesso da reforma russa, além de ser, também, um processo extremamente complexo, dada, especialmente, a tradição jurídica fraca e instável da Rússia. Isso, contudo, não implicaria na mera repetição do caminho trilado pelo Ocidente, o qual demorou gerações para conquistar a assimilação de direitos fundamentais civis e políticos, e depois, a afirmação de direitos econômicos, sociais e culturais. Para Abramovich, um desenvolvimento simultâneo de ambos os tipos é preferível, inclusive em razão da proximidade das pessoas mais pobres para com a segunda categoria de direitos, que cotidianamente se veem perante problemas de caráter socioeconômico, como conflitos laborais, por exemplo, a permitir o mover de percepções particulares para a percepção de direitos políticos mais gerais.³⁹⁸

Tal estratégia parece ter reflexo na opinião popular. Se por um lado, afirma Gordon, a tradição de direitos civis e políticos é relativamente fraca na cultura russa, a proteção de direitos sociais não é. Assim e por exemplo, o autor dá notícia de que, em uma pesquisa realizada em 1994, 70-90% dos respondentes consideraram as garantias socioeconômicas presentes na Constituição da Federação Russa como de primordial importância, enquanto apenas 20-60% atribuíram tal posição aos direitos políticos.³⁹⁹

2.2.2.6- A Corte Constitucional como guardiã da Constituição e do respeito ao direito à dignidade humana na Rússia, segundo a visão otimista de Trochev

Alexei Trochev se propõe a descrever e analisar a história da Corte Constitucional Russa desde o processo de reabertura até o ano de 2006. Em

³⁹⁸ GORDON, 1998, p. 41-42.

³⁹⁹ GORDON, 1998, p. 43.

paralelo e sobreposta à própria narrativa, constrói-se discussões altamente conceituais, amparadas, sobretudo, na ciência política, com vistas a identificar os padrões de decisão e os impactos das sucessivas gerações de colegiados que determinaram os rumos e o papel político da instituição.

Segundo Trochev, juízes e juristas russos concordam que a ênfase na proteção de direitos individuais constitucionais simultaneamente despolitiza as decisões judiciais e aproxima as cortes constitucionais dos cidadãos, suscitando o aumento da confiança no controle de constitucionalidade. Tal estratégia, afirma Alexei Trochev, foi seguida pela Corte Constitucional Russa, após sua suspensão de 16 meses, resultante dos conflitos políticos e federativos nas quais ela se envolveu anteriormente. Evitando tais conflitos políticos, de presidente em presidente se consolidou na corte o entendimento de que seu papel deveria estar voltado para os direitos dos cidadãos. Assim, relata Trochev, Marat Baglai, que presidiu a corte entre 1997 e 2002, declarou em uma entrevista de 2002, insistentemente, que a atuação de seu tribunal, com seu foco em direitos constitucionais, permitira a construção de um Estado de Direito, sem interferir no processo político. Uma perspectiva que foi mantida por seu sucessor, bem como pelo colegiado como um todo.⁴⁰⁰

A Corte Constitucional Russa contribuiu para a popularização da procedimentalidade relativa à exigibilidade de direitos humanos de duas maneiras, segundo Trochev. Primeiro, ela estendeu o sentido da lei de 1994, a qual originalmente permitia que indivíduos apresentassem reclamações contra atos legislativos. Em um primeiro momento, leis estaduais e locais estavam excluídas do escopo de análise, restrito a leis federais. Contudo, com os anos, não só esse entendimento mudou, passando a se admitir a contestação de atos de anistia, bem como atos do governo federal, quando sua atuação se desse em autorização legislativa, a significar, em meio à pressão do autoritarismo, que um presidente, mesmo que popular, não estava acima da Constituição. Segundo, estendendo o rol de legitimados a proposição de

⁴⁰⁰ TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 158.

ações perante sua jurisdição, então incluindo corporações, estrangeiros, empresas estatais, membros federativos, e as municipalidades. Para Trochev, em última instância, a Corte estava encontrando novos direitos básicos em todo o texto da Constituição de 1993, bem como em tratados internacionais sobre direitos humanos.⁴⁰¹

A percepção otimista do papel da Corte Constitucional russa na proteção dos direitos relativos à dignidade humana vem resumida pelo próprio autor nos seguintes termos:

Em resumo, um vívido debate entre os juízes constitucionais criou uma hierarquia de direitos constitucional na qual o direito a vida, à dignidade humana, e à proteção judicial estão no ápice. Como colocado pelo Juíz Constitucional Ebzeev, estes direitos absolutos foram a base da ordem constitucional Russa e impõem limites necessário ao Estado em ordem a assegurar o desenvolvimento humano e as liberdades individuais.⁴⁰²

Para Trochev, porém, a atuação da Corte Constitucional vai de encontro e contrapõe-se à postura do Governo e também dos níveis ordinários do poder judiciário russo. Concretamente, proteger direitos envolve mais gastos públicos, e a falta de dinheiro é uma desculpa usual para não efetivar uma determinada política pública ao redor do mundo, não sendo diferente na Rússia, em que setores do governo e cortes regulares desafiaram de maneira persistente e por anos as decisões da Corte Constitucional sobre direitos sociais, conta Trochev. Segundo o relato do ministro Nikolai Vitruk, anos foram necessários para implementar as decisões da corte que reconheciam o pagamento de indenizações a partes prejudicadas – como por demissões ilegais, decisões judiciais ilegais, ou mesmo pela perseguição sofrida pelas vítimas do stalinismo, e aos trabalhadores responsáveis por limpar o acidente de Chernobyl. O então presidente da corte, o ministro Zorkin, por sua vez, publicamente acusou a legislatura de falhar em adotar as leis necessárias à

⁴⁰¹ TROCHEV, 2008, p. 159-161. O autor acrescenta: “O que se comprova, ao menos até certo ponto, no número de petições protocoladas perante a Corte entre os anos de 1995 e 2006. 37,733 petições versavam sobre a violação de direitos constitucionais substanciais (perfazendo 25% do total de petições recebidas). 33,393 (22%) sobre a violação do devido processo legal em procedimentos civis, e 35,155 (23%) em procedimentos criminais. Em suma, 70% dos casos recebidos pela Corte diziam respeito à proteção de direitos humanos”.

⁴⁰² TROCHEV, 2008, p. 163-164. [Tradução livre].

implementação de vinte cinco dos julgados de sua corte, necessárias à constituição de um Estado Social.⁴⁰³

Assim, Trochev ao mesmo tempo que exalta o trabalho da Corte Constitucional russa, denuncia a inocuidade desse esforço, frente ao estado de coisas da política e da administração pública na Rússia. E arremata que, até tempos muito recentes:

[...] Temendo nenhuma punição pelo descumprimento das decisões judiciais, políticos, burocratas e cortes ordinárias aplicaram instruções governamentais secretas ao invés dos julgamentos da Corte Constitucional Russa. As vítimas de Stalin, por exemplo, sentiram o impacto do marco legal que foi a decisão de 1995 apenas depois que o Presidente Putin decidiu interferir no outono de 2001. Esta (ainda incompleta) saga de lidar com o passado mostra claramente que as decisões da Corte Constitucional Russa carecem de força vinculante perante a hierarquia legal em funcionamento, e elas adquirem essa força apenas após a decisão de políticos influentes em torna-las vinculantes.⁴⁰⁴

2.2.2.7- A possibilidade de um sentido cristão-ortodoxo de dignidade humana a informar a ordem constitucional russa, na visão de Lauri Mälksoo

Lauri Mälksoo busca analisar a Declaração Ortodoxa de Direitos Humanos de 2006, em paralelo à análise dos escritos do então Patriarca da Igreja Ortodoxa Russa, Kirill I, de modo a colocar em contraste o conceito de dignidade humana então proposto, e sua contraparte ocidental, então entendido como fundamento dos direitos humanos. Ao final, o autor sugere a influência da perspectiva religiosa no desenvolvimento e debates jurídicos atuais na Rússia.

Ao refletir sobre o impacto e influência jurídicos das posições ortodoxas na Rússia a respeito de direitos humanos, Lauri Mälksoo lembra o argumento avançado por Carl Schmitt, de que todas as noções da doutrina moderna de direito constitucional se tratavam de versões secularizadas de conceitos teológicos. Na ausência de um estudo sistematizado da influência da religião no desenvolvimento das tradições de direitos humanos na Europa,

⁴⁰³ TROCHEV, 2008, p. 240.

⁴⁰⁴ TROCHEV, 2008, p. 242. [Tradução livre]

após a Segunda Guerra Mundial, para o autor, resta questionar se o Ocidente não foi muito inocente, embriagado em seu triunfo, ao pensar que a ideologia comunista na Rússia se tratava apenas de uma idiossincrasia, derrotada em 1991, que permitiria o retorno tranquilo e sem problemas do país à sua casa europeia. Esta seria uma visão que menosprezaria a intensidade e importância da base cultural tradicional russa, para além da experiência soviética.⁴⁰⁵ Assim, padrões cultural e historicamente desenvolvidos na tradição russa poderiam ser fatores de resistência determinante ao pensamento e à vivência dos direitos humanos no contexto russo, ao menos no que diz respeito a uma perspectiva puramente ocidental de tais direitos.

Conta Mälksoo⁴⁰⁶ que, em 2006, o Décimo Conselho Mundial do Povo Russo adotou a Declaração Ortodoxa de Direitos Humanos. Intimamente influenciada por aquele que viria a ser o Patriarca Kirill I, uma análise cuidadosa de seu discurso programático proferido à época, intitulado *Direitos Humanos e Responsabilidade Moral*, permite perceber o paralelo entre os pontos postos na Declaração, como a existência única de uma civilização russa, como a distinção entre dignidade e valor humanos. Quanto a isso, este pensamento cristão-ortodoxo, ao determinar que se é fazendo o bem que se recebe dignidade, considera que o valor humano seria dado, enquanto a dignidade, adquirida. Esta leitura influenciará a visão atual da Igreja Ortodoxa sobre significado do conceito de dignidade. Para o mencionado Patriarca, dignidade significa tradicionalmente aquilo que merece respeito e posição elevada. Mas também, comportar-se de acordo com sua posição, comportar-se de maneira digna. Assim, ao pecarem, os homens perdem sua dignidade natural. Ao escolherem fazer o mal, eles degradam sua dignidade. Mälksoo não falha em denunciar as consequências deste pensamento para os direitos humanos, em razão da importância fundacional do conceito de dignidade humana. Veja-se:

A Rússia Pós-Soviética adotou uma constituição democrática em 1993 e ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1998.

⁴⁰⁵ MÄLKSOO, Lauri. The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church and its Patriarch Kirill I: A Critical Appraisal. In: *European Yearbook on Human Rights*. Vienna: NEURER WISSENSCHAFTLICHER VERLAG (ed.), 2013, p. 409.

⁴⁰⁶ MÄLKSOO, 2013, p. 403-407.

Contudo, desde então, os debates políticos na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a participação extensiva da Rússia na Corte Europeia de Direitos humanos e sua recepção política em Moscou não têm sido nem um pouco tranquilos. Forças conservadoras na Rússia aparentemente concluíram que o modo pelo qual o sistema de proteção de direitos humanos do Conselho da Europa funciona e prioriza seus valores condenaria a Rússia a permanecer como a aprendiz, no papel daquela que precisa ser “civilizada”. Em última instância, os problemas na Corte Europeia de Direitos Humanos permanecem sendo a ponta do iceberg – eles refletem práticas muito mais extensas e, no fim, o pensamento predominante no Estado e na sociedade. Vendo sob esta luz, a Declaração Ortodoxa de 2006 e os pontos de vista do Patriarca Kirill I simbolizam a crescente resistência tradicionalistas na Rússia à noção liberal de direitos humanos. É notável que Kirill comece com a desconstrução do conceito fundamental dos direitos humanos – isto é, o de dignidade humana. A Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece em seu preâmbulo que a dignidade inerente a todos os seres humanos, enfatizando em seguida no Artigo 1: “Todos os seres humanos nascem livres e em igualdade de dignidade e direitos”. Este é um conceito bem diferente daquele enfatizado pelo Patriarca Kirill, para quem seres humanos nascem no pecado, e que dignidade é algo que pode ser adquirido e perdido. Se uma pessoa não age como uma ‘boa’ pessoa, ela pode perder sua dignidade, e, isto é inferido logicamente do argumento, o fundamento de seus direitos humanos.⁴⁰⁷

Para exemplificar os impactos e alcances jurídicos desta concepção, Mälksoo menciona um caso recente que se tornou paradigmático quanto às críticas internacionais quanto à suposta truculência policial russa, bem como quanto ao exagero na dosimetria das penas aplicadas a certos tipos de conduta. Segundo o autor:

Para iluminar este dilema em termos concretos, [...] pode-se imaginar se, de acordo com a compreensão avançada por Kirill a respeito da dignidade humana, os membros da banda punk Pussy Riot mereceram as duras sentenças criminais a que foram submetidos, pois ao trazerem sua performance punk à Catedral Ortodoxa de Moscou, eles próprios negaram sua dignidade humana. Se assim for, então essa noção de dignidade humana pode explicar convincentemente e justificar alguns dos casos recentes da prática russa no campo dos direitos humanos duramente criticados no Ocidente.⁴⁰⁸

Mälksoo considera que a perspectiva ortodoxa sobre a dignidade humana poderia apresentar uma visão capaz de promover um encontro entre este conceito e as práticas sociais e culturais russa. Porém, o autor não deixa de ver significativas dificuldades e problemas quanto às consequências dessa

⁴⁰⁷ MÄLKSOO, 2013, p. 410 [Tradução livre].

⁴⁰⁸ MÄLKSOO, 2013, p. 410-411. [Tradução livre].

perspectiva na configuração político-constitucional russa. Por isso, lança as seguintes inquirições:

As últimas consequências de se repensar a noção de dignidade humana nesses moldes são evidentes: a relativização filosófica da validade dos direitos humanos. Ao invés – ao menos no que diz respeito aos fundamentais – dos direitos humanos serem inalienáveis, o Estado ou a sociedade podem retirá-los (ou toma-los de volta) se se entender que a pessoa ela própria denigriu sua própria dignidade humana. A questão ‘liberal’ crucial permanece, contudo: quem decidirá quanto à natureza do bem e do mal, e a questão acerca de quem e quando a dignidade – ou a principal fonte dos direitos humanos daquela pessoa – se perdeu? Por exemplo, a Igreja Ortodoxa enfatiza que a ‘pátria’ – ou, melhor, o que parece se querer dizer com isto – o ‘amor pela pátria’ – já que a pátria tal qual não pode ser um valor – não é menos importante que o valor dos direitos humanos. Eu, particularmente, simpatizo com essa posição, em princípio, entretanto, a questão permanece, quem determinará o que cabe à pátria e o que conta como patriótico? Se o governante não liga ou não liga suficientemente quanto a legitimidade democrática, será sua interpretação em proveito próprio acerca do significado de patriotismo deveria ser vinculante aos cidadãos?⁴⁰⁹

Estas últimas perguntas de Mälksoo, de profunda implicação jusfilosófica, sintetizam, em boa medida, as aporias do pensamento jurídico-constitucional russo em relação à implementação efetiva de uma constitucionalidade comprometida com a promoção e respeito aos direitos relativos à dignidade humana enquanto núcleo da ordem jurídica e social.

2.2.3 Análise da efetividade das práticas russas de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na Rússia

2.2.3.1- A situação concreta das minorias de gênero na Rússia

Às vésperas de 1918 existia na Rússia um já florescido movimento feminista, havendo considerável literatura a respeito das conquistas no sentido de libertação das mulheres, como, por exemplo, no que diz respeito à educação.⁴¹⁰ A contribuição da Revolução Russa para a causa das mulheres

⁴⁰⁹ MÄLKSOO, 2013, p. 411. [Tradução livre].

⁴¹⁰ Cf. ROUDAKOVA, Natalia; BALLARD-REISCH, Deborah S. F femininity and the Double Burden: Dialogues on the Socialization of Russian Daughters into Womanhood. *The Anthropology of East Europe Review*, v. 17, n°1, 1999; POST, Diana. Women’s Rights in

no país é ambígua, contudo. Por um lado, aclamada por culminar no primeiro Estado a oficialmente declarar dentre seus objetivos a total libertação das mulheres.⁴¹¹ Por outro, ponto de partida de um governo marcado pela polêmica “questão da mulher” e por práticas sociais discriminatórias e de submissão ignoradas e reproduzidas pelas próprias autoridades estatais, a configurar boa parte da problemática herança atualmente enfrentada na Rússia pós-soviética.

De imediato, a ascensão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas significou uma reorientação das ações voltadas para a extirpação das desigualdades entre homens e mulheres da sociedade russa. Em seu primeiro momento (1917-1930), o discurso oficial a respeito da referida “questão das mulheres” pautou-se na compreensão de que as estruturas patriarcais da sociedade russa eram derivadas de sua organização classista, de modo que com a reestruturação de classes, a desigualdade de gêneros desapareceria.

Várias leis foram passadas pelos bolcheviques nesse sentido (preocupados, sobretudo, com o suposto retrocesso das mulheres e sua ameaça ao desenvolvimento do comunismo), a respeito de questões como divórcio, casamento, propriedade, sucessões, e até mesmo aborto. No mesmo sentido, muitas provisões estatais referentes ao cuidado de crianças e a assistência no trabalho doméstico foram emitidas, objetivando a emancipação da mulher, ao buscar a “comunização” dessas responsabilidades. Contudo, conforme aponta Attwood⁴¹², a maioria dos indivíduos envolvidos em tais serviços estatais eram eles próprios mulheres, o que, parcial e evidentemente, contribuiu para a continuidade da compreensão de que cabia às mulheres o dever de cuidar das crianças e da casa.

Russia: Training Non-Lawyers to Represent Victims of Domestic Violence. *Yale Human Rights and Development Journal*, v. 4, nº1, 2001; PUSHKAREVA, Natalia. *Women in Russian History: From the Tenth to the Twentieth Century*. Nova Iorque: M. E. Sharpe, 1997.

⁴¹¹ Sobre a atenção recebida pela União Soviética por parte dos estudos feministas em razão de seu inicial protagonismo na causa de emancipação das mulheres, durante o período revolucionário, ao menos declarada e oficialmente, bem como para uma valorosa revisão da literatura a respeito do dia-a-dia das mulheres sob o regime socialista, cf. ENGEL, Barbara Alpern. *Women in Russia and the Soviet Union*. *Signs*, v. 12, nº4, p. 781-796, 1987.

⁴¹² ATTWOOD, Lynne. *The new Soviet man and woman: sex role socialization in the USSR*. Bloomington: Indiana University Press, 1990.

Com a chegada de Stalin ao poder em 1930, a “questão da mulher” foi subitamente dada por encerrada.⁴¹³ Posteriormente, em razão da 2ª Guerra Mundial e da drástica queda da população masculina, as mulheres na Rússia foram obrigadas a assumir o vazio na indústria, gerando aquilo que estudiosos apelidaram por “o duplo fardo” das mulheres russas, presente até hoje.⁴¹⁴

Em seguida, especialmente por razões demográficas, foram implementadas muitas reformas, revogando muitos dos direitos assegurados às mulheres durante o período revolucionário, com a criminalização dos abortos, e a vigência de uma nova lei familiar em 1944, com a finalidade de aumentar a taxa de natalidade, estabelecendo um verdadeiro culto à maternidade (mulheres com mais de cinco filhos recebiam medalhas, e aquelas que passavam de dez eram premiadas com o status de “Mãe Heroína”, recebendo o respectivo certificado do governo). Não obstante o claro contraste dos valores reforçados por essas medidas para com o ideário revolucionário, a ausência de espaços para discussão e contestação durante o stalinismo deixou poucas opções às mulheres senão “agradecer” a Stalin por sua “emancipação”.⁴¹⁵ Daí a existência, divulgada pela propaganda stalinista, de manifestação de apoio, por parte das mulheres, às políticas desse período.

Os estudos a respeito apontam que, de Khrushchev a Gorbachev, a “questão da mulher” na Rússia voltará paulatinamente a ganhar destaque, procurando-se, ao mesmo tempo, apagar os traços da ideologia stalinista, e reformar a situação legal das mulheres de modo a diminuir o abismo entre sua igualdade formalmente declarada em textos jurídicos e pela retórica oficial (*ravnopravie*) e a igualdade factual (*ravenstvo*).⁴¹⁶ Todavia, as estratégias voltadas para tanto se embasarão em um cada vez maior essencialismo de

⁴¹³ BUCKLEY, Mary. *Women and Ideology in the Soviet Union*. Hemel Hempstead: Harker Wheatsheaf, 1989. A autora se refere ao anúncio proferido por Stalin quanto ao fim da questão da mulher em Pravda, no ano de 1937: “O sistema Soviético terminou para sempre com a exploração e acabou com a falta de direitos e a escravidão das mulheres. As mulheres da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas é uma nova mulher, uma participante ativa da administração do Estado e no gerenciamento da vida econômica e cultural”, STALIN *apud* BUCKLEY, Mary. *Women and Ideology in the Soviet Union*. Hemel Hempstead: Harker Wheatsheaf, 1989, p. 109.

⁴¹⁴ ROUDAKOVA, Natalia; BALLARD-REISCH, Deborah S, 1999.

⁴¹⁵ TURBINE, Vikki. *Women’s perceptions of human rights and rights-based approaches in everyday life: a case study from provincial Russia*. 317 f. Tese (PhD) – Departament of Central & East European Studies, Universidade de Glasgow, 2007.

⁴¹⁶ TURBINE, 2007.

gênero⁴¹⁷, apostando no “respeito” às diferenças biológicas, psicológicas e sociais inextirpáveis entre homens e mulheres, que levariam, em todo caso, à natural propensão (ou ao “direito natural”, na expressão de Gorbachev)⁴¹⁸ do segundo grupo à criação dos filhos e ao cuidado do lar.

O fim da União Soviética e a liberalização da economia e do Estado não trouxeram mudanças significativas para as mulheres, entretanto. Se agora assuntos como violência doméstica, subordinação e discriminação podiam ser publicamente discutidos, os valores hodiernamente sustentados pela sociedade russa pós-socialista (caracterizada como tradicionalista e patriarcal)⁴¹⁹ auxiliam o discurso oficial a neutralizar tais discussões, evitando

⁴¹⁷ A respeito de como esse “essencialismo” foi herdado do período soviético, escreve Vikki Turbine: “Acerca do período pós-Soviético, muitos estudiosos notaram um ressurgimento de um essencialismo de gênero na Rússia particularmente bem sucedido em estruturar a compreensão pública a respeito das políticas de gênero. O sucesso de modelos de relações de gênero entre homens e mulheres que exaltam as diferenças ‘naturais’ entre homens e mulheres e seus papéis na sociedade foi em grande parte atribuído ao legado negativo e persistente da desigualdade de gênero durante o período Soviético. Mesmo que o modelo de igualdade de gênero soviético tenha dado às mulheres oportunidades de participar em espaços públicos dos quais elas foram anteriormente excluídas (e. g. educação, trabalho remunerado, e cargos públicos), para muitas mulheres, a equidade Soviética foi experimentada como um duplo ou triplo fardo de trabalho doméstico, emprego remunerado, e deveres cívicos. Isso se deu porque o modelo prevaemente não fez nada a respeito das desigualdades estruturais subjacentes baseadas no gênero ou para desmantelar os sistemas sociais patriarcais.” TURBINE, Vikki. Women’s human rights in Russia: outmoded battlegrounds, or new sites of contentious politics? *East European Politics*, v. 31, n°3, p. 326-341, 2015, p. 328. [Tradução livre].

⁴¹⁸ O livro escrito por Gorbachev, intitulado *Perestroika*, tem um capítulo específico acerca da questão da mulher e da família na Rússia. Do dito capítulo, destacamos como exemplar a seguinte passagem: “Ao longo dos anos de nossa difícil e heroica história nós falhamos em prestar atenção aos direitos e necessidades específicas das mulheres, provindos de seus papéis enquanto mães e donas de casa, bem como sua indispensável função educacional no que diz respeito às crianças. Engajadas em pesquisa científicas, trabalhando em construções, linhas de produção e prestação de serviços, e envolvidas em indústrias criativas, as mulheres não tinham mais tempo suficiente para realizar seus deveres diários em casa – cuidar da casa, educar as crianças e a criação de uma boa atmosfera familiar”. GORBACHEV, Mikhail. Mikhail Gorbachev on Women and the Family. *Population & Development Review*, v. 13, n°4, p. 757-759, 1987, p. 758. [Tradução livre].

⁴¹⁹ Nas palavras de Federova, Savitskaya e Yakovleva: “Hoje, o sistema de valores consuetudinários é frequentemente descrito como uma mistura amorfa de crenças tradicionalistas e modernistas aí incluídos um individualismo extremo, com uma busca agressiva por sucesso pessoal e uma ideologia neoconservadora, dominantes da esfera pública, na qual valores relacionados a gênero são empurrados para a mais distante periferia. Orientações voltadas para independência econômica, carreira e sucesso se tornaram extremamente difundidas entre as juventudes, reforçando discrepâncias de gênero e fazendo com que jovens de ambos os sexos estejam menos aptos a mitigar conflitos entre convicções, normas culturais, estereótipos de masculinidade e feminilidade e experiências individuais. Nessa situação, os mitos culturais russos enraizados em diferenças de gênero acabam fornecendo ideais fáceis de serem massificadas”. (FEDOROVA, Tatiana; SAVITSKAYA, Tatiana; YAKOVLEVA, Anna. *Gender Equality and Culture (Russian Federation)*. Disponível em:

a adoção de políticas públicas especificamente direcionadas ao combate a termos como a discriminação de gênero no mercado de trabalho, ou a implementação do combate à violência doméstica, por exemplo. Fale-se, sobretudo, na “privatização” dos direitos das mulheres, a só intensificar o seu “duplo fardo”, por elas sustentado na Rússia desde meados dos anos 30, e em sua situação “paradoxal”: de importância tamanha demográfica e economicamente, mas, politicamente silenciadas, o que se revela em uma baixíssima presença nos cargos governamentais, de alto escalão na gestão pública, ou na direção de grupos privados.

Conseqüentemente, em 2014, a Federação Russa ocupou a 54ª posição do ranking do Índice de Desigualdade de Gênero da Organização das Nações Unidas. Apenas 14,5% dos assentos parlamentares eram ocupados por mulheres, enquanto 89,6% das mulheres tinham nível de escolaridade superior ou igual ao segundo grau, contra 92,5% dos homens, e 57,1% da força de trabalho feminina estava inserida no mercado de trabalho, contra 71,7% da masculina, por exemplo.⁴²⁰

Assim, malgrado a redação do artigo 19 (3) da Constituição de 1993, no qual se lê: “Homens e mulheres deverão gozar dos mesmos direitos e liberdades e das mesmas oportunidades de exercê-los”⁴²¹, que se repete em vários outros diplomas legais, o direito fundamental aí inscrito tem encontrado dificuldades de densificação.

O Código Laboral da Federação Russa de 31 de dezembro de 2001 aparece ambigüamente nesse contexto. Em seu artigo 3 (2), proíbe-se qualquer tipo de discriminação, inclusive por sexo. Porém, na linha subsequente se estabelece que “distinções, exceções, preferências bem como limitações dos direitos dos empregados determinadas pelos requisitos inerentes a um tipo específico de trabalho conforme estabelecido pela

<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/Informkultura_Russian_State_Library_Gender_Equality_and_.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2017. [Tradução livre].

⁴²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

⁴²¹ FEDERAÇÃO RUSSA. *Russian Federation's Constitution of 1993 with Amendments through 2008*. 12 de dezembro 1993. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2008.pdf>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017. [Tradução livre].

legislação federal ou em razão da atenção especial do Estado a pessoas necessitadas de maior proteção legal e social não deverão ser consideradas discriminação”.⁴²² Esse dispositivo é usado, muitas vezes (e de forma distorcida, ao nosso ver) como fundamento para algumas práticas discriminatórias contra a mulher, como, por exemplo, a possibilidade, na Rússia, de se destinar certos postos de trabalho exclusivamente aos homens, se a natureza da função assim justificar essa razão, por exemplo, as condições de exigências físicas e sanitárias da profissão.

Assim, no artigo 253 se estabelecem restrições ao emprego de mulheres. Mulheres não podem ser empregadas em atividades consideradas difíceis, perigosas ou insalubres. Quando empregadas em atividades que envolvam o levantamento manual de peso, o máximo a ser levantado deverá estar de acordo com o legalmente permitido.

A definição do peso máximo a ser levantado por mulheres, bem como da lista de atividades consideradas difíceis, perigosas e insalubres se dá por iniciativa do Governo da Federação Russa, por procedimento por ele próprio definido, desde que ouvida a Comissão Trilateral (Estado, Empresa e Trabalhadores) sobre Relações Sociais e Laborais. O que atualmente se encontra na Resolução Governamental nº 162 de 25 de fevereiro de 2000. No total, são 465 atividades e 38 ramos de indústria considerados como inadequados às mulheres. O que chama ainda mais atenção é que a maioria dessas restrições se justifica na norma especialmente em razão de suas capacidades reprodutivas.⁴²³ A compreensão de que as mulheres são

⁴²² FEDERAÇÃO RUSSA. *Labor Code of the Russian Federation*. 31 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/60535/65252/E01RUS01.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2017. [Tradução livre].

⁴²³ COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA MULHERES. Communication nº. 60/2013. Genebra, 21 de março de 2016. A Federação Russa é parte signatária da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres da Organização das Nações Unidas. O documento em questão se deu em resposta do Comitê responsável pela observação do cumprimento e implementação da convenção após comunicação realizada por Svetlana Medvedeva. Medvedeva se graduou em 2005 no Colégio de Navegação de sua região, qualificando-se como oficial de navegação. Em 2012, Medvedeva se apresentou para a posição de timonel em uma empresa particular de transporte fluvial de passageiros. Inicialmente aprovada, acabou posteriormente rejeitada com fundamento na Regulação Governamental nº162 de 25 de fevereiro de 2000. De acordo com a seção 404 do capítulo XXXIII do referido diploma legal é proibido o emprego de mulheres em posições de maquinaria de qualquer embarcação, ou que combinem atividades de maquinaria e convés. Medvedeva judicializou a questão, embasando a controvérsia em passagens da Constituição

essencialmente mães, cabendo a elas exclusivamente a responsabilidade de criar e cuidar de seus filhos se manifesta em outros momentos do Código Laboral, como, por exemplo, nas restrições à realização de trabalho noturno e de horas extras. Mulheres com filhos menores de 3 anos não podem trabalhar no período noturno (artigo 96 (5)), e são desaconselhadas a trabalhar em feriados e para além do tempo de serviço normal (artigo 99 (4), artigo 113 (5)). O que é apresentada como sendo uma proteção à mulher é na verdade uma redução de suas oportunidades de trabalho.

Essas restrições não parecem ser contestadas internamente como discriminatórias quanto às mulheres, contudo. O que se constata, tanto na opinião pública como na consciência jurídica popular russa, é uma neutralização de gênero quanto a práticas discriminatórias, como se, na Rússia, só existisse discriminação laboral em razão de outros fatores, não em razão do sexo.⁴²⁴

Tais fatos ajudam a explicar, ao menos parcialmente, porque desde 2005 se têm discutido legislativamente um projeto de lei intitulado “Garantias

e do Código Laboral referentes à igualdade de gênero. Esgotados todos os recursos, sem sucesso (com o judiciário russo alegando que tal restrição se dava em consideração ao bem-estar da reclamante), a autora recorreu ao Comitê para Eliminação da Discriminação contra Mulheres, que decidiu a favor da autora, e contra o Estado russo, fazendo as seguintes recomendações: que a autora fosse recompensada e compensada pela seriedade das violações a seus direitos; que se revise e emendasse o artigo 253 do Código Laboral, com a periódica revisão, bem como proceder a emenda na lista de restrições sob a Regulação Governamental nº162, mantendo tão somente aquelas restrições que estejam estrita e diretamente vinculadas à proteção da maternidade; feitas tais alterações, que se promova a contratação de mulheres em ocupações anteriormente restritas e que se encoraje por meio de medidas especiais temporárias tal recrutamento. Até o presente momento não existem notícias ou indícios de que o Estado russo seguirá as recomendações do Comitê.

⁴²⁴ Amparadas em uma série de entrevistas realizadas com um amplo espectro de mulheres, Vikki Turbine e Kathleen Riach destacam a atual tendência no discurso comum das mulheres russas em assimilar a neutralização de gênero difundida pelo discurso oficial, avançado a interpretação de que qualquer vítima de discriminação pode, se se esforçar o suficiente, vencer tais dificuldades. Mais além, as autoras oferecem uma interpretação nuançada das forças contraditórias subjacentes tal fenômeno e as tensões daí resultantes, sugerindo que, malgrado a perpetuação da desigualdade causada por esse tipo de discurso, sua utilização muito provavelmente se dá pela recusa por parte das mulheres na Rússia de se identificarem como vítimas desamparadas, estando de acordo com as normas culturais prevalecentes na Rússia, e com a consciência demonstrada pelas entrevistadas dos impactos negativos para a situação das mulheres das ditas práticas discriminatórias e dos estereótipos informadores das normativas relevantes. O que não impede as autoras de pontuarem, nesse horizonte complexo, as perdas resultantes da neutralização observada. Cf. TURBINE, Vikki; RIACH, Kathleen. ‘The Right to Choose or Choosing What’s Right? Women’s Conceptualizations of Work and Life Choices in Contemporary Russia. *Gender, Work and Organization*, v. 19, nº2, 2002.

estatais de Igualdade de Direitos e Oportunidades para Homens e Mulheres”, especificamente voltado para o combate de práticas discriminatórias embasadas em diferenças de gênero. Não há, porém, qualquer sucesso de sua aprovação, em quase dez anos desde sua proposição original, não obstante os sérios indicadores de sua importância e necessidade, como a constante e gritante diferença salarial, que do início dos anos 90 até 2003 se manteve a mesma, com mulheres ganhando, em média, 64% do que ganham os homens.⁴²⁵

Em situação semelhante parece se encontrar o projeto de lei referente à violência doméstica, em tramitação desde 1995. Se um processo legislativo demorado não constitui, por si só, a reprodução de uma compreensão discriminante entre homens e mulheres, o contexto em que se dá tal demora é no mínimo alarmante. Afinal, segundo estimativas do Ministério do Interior russo, em torno de 600.000 mulheres experienciam abusos em casa ou por parceiros íntimos, com 40 mulheres morrendo diariamente como resultado do estado de violência⁴²⁶, chegando a 14.000 mortes por ano. Todavia, estudos afirmam que policiais se recusam sistematicamente a receber denúncias de casos de violência doméstica, e em casos de estupro, frequentemente culpando as próprias vítimas, à revelia de qualquer comoção pública.⁴²⁷

O tráfico de mulheres, por sua vez, foi reconhecido no começo de 2000 como um problema de segurança nacional, com o Estado russo assinando diversos tratados, pactos e convenções internacionais voltados para o combate ao tráfico de pessoas, com a subsequente promoção das emendas necessárias no atual Código Criminal, introduzindo dois dispositivos (arts. 127.1 e 127.2, respectivamente) criminalizando diretamente tanto o tráfico de pessoas como o uso de trabalho escravo. Os números são alarmantes. Estima-se que entre 30.000 a 60.000 mulheres e crianças são

⁴²⁵ RIMASHEVSKAYA, Natalia. Gender relationships and gender policy in contemporary conditions. *Intellectual Economics*, v. 7, n°1, p. 54-62, 2013.

⁴²⁶ TURBINE, Vikki. Women’s human rights in Russia: outmoded battlegrounds, or new sites of contentious politics? *East European Politics*, v. 31, n°3, p. 326-341, 2015.

⁴²⁷ POST, Diana. Women’s Rights in Russia: Training Non-Lawyers to Represent Victims of Domestic Violence. *Yale Human Rights and Development Journal*, v. 4, n°1, 2001.

retiradas anualmente do país, sobretudo para prostituição.⁴²⁸ Em que pesem os esforços oficiais (entre 2005 e 2011, por volta de 250 casos criminais foram levados aos tribunais relacionados aos referidos arts. 127.1 e 127.2)⁴²⁹, o problema parece estar longe de ser contornado. A opinião pública, por seu lado, conforme pesquisa realizada por Mary Buckley⁴³⁰, ao mesmo tempo em que condena o tráfico humano, vincula sua solução a um fortalecimento da família, de todo modo responsabilidade do Estado que, ironicamente, é tido como altamente ineficiente, com os cidadãos entrevistados não se mostrando propensos a se movimentarem ativamente para a resolução do problema, mesmo que de maneiras mais prosaicas, isto é, escrevendo cartas ao presidente, ou indo a manifestações.

2.2.3.2 – A situação concreta das minorias étnicas na Rússia

A questão das minorias étnicas na Rússia está intimamente conectada com a história de seu federalismo, enquanto discurso, e de sua federação, enquanto forma do Estado. Ainda que a convivência de várias etnias sobre um mesmo território seja fato corriqueiro desde as expansões do império czarista, a multiplicidade de etnias, ou nacionalidades, somente se converteu em um problema perante as primeiras tentativas de modernização das últimas décadas czaristas, então concomitantes à formação de um Estado nacional. Até então, como assinala Bill Bowring, o coração da política imperial a respeito dos povos anexados não era nacional, mas social, voltada para a segurança e estabilidade do Império, de modo que, conseqüentemente, seu princípio fundamental se encontrasse na divisão e estratificação social e por classe, e não por nacionalidade ou religião.⁴³¹ Assim, quando as elites a partir do séc. XVII buscaram eleger oficialmente uma dentre as etnias (no caso, a

⁴²⁸ IVAKHNYUK, Irina; IONTSEV, Vladimir. Human Trafficking: Russia. [Nota explicativa 13/55 – Consortium for Applied Research on International Migration] Migration Policy Center, San Domenico di Fiesole, Itália, 2013.

⁴²⁹ IVAKHNYUK; IONTSEV, 2013.

⁴³⁰ BUCKLEY, Mary. Public Opinon in Russia on the Politics of Human Trafficking. *Europe-Asia Studies*, v. 61, n°2, p. 213-248, 2009.

⁴³¹ BOWRING, Bill. Austro-Marxism's Last Laugh?: The Struggle for Recognition of National-Cultural Autonomy for Rossians and Russians. *Europe-Asia Studies*, v. 54, n°2, p. 229-250, 2002.

etnia russa) para culturalmente embasar a cidadania do Estado nacional russo, o fracasso em termos de fragmentação territorial se mostrou incontornável, com o conseqüente abandono de tais intentos.⁴³²

Essa ameaça se mostraria mais uma vez presente no período pós-revolucionário. A noção de “nacionalidade” era considerada por Lenin e pela liderança revolucionária em geral como “pequeno-burguesa” e contra-revolucionária, ao contestar e minar a universalidade do proletariado.⁴³³ No mesmo sentido, em consonância com a doutrina marxista, a estrutura federativa era interpretada como resquício de um particularismo feudal, preferindo-se e exaltando-se o que se chamava por “centralismo democrático”.⁴³⁴ Contudo, o federalismo, ainda que não a federação como estrutura do corpo político propriamente dita, se mostrou a solução e a salvação para a iminente fragmentação da recém constituída União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Pensada originalmente como uma solução temporária, ela acabou permanecendo, e, nas palavras de Michael Burgess, o que era de início tido pelo marxismo como uma corruptela constitucional foi elevada a um mito político, enquanto um poderoso símbolo ideológico da realização na Rússia da “auto-determinação dos povos” em uma união voluntária de repúblicas constituintes. Em suma, um federalismo, enquanto ideologia, sem federação, enquanto estrutura.⁴³⁵

Para o autor, esse processo deixou marcas inconfundíveis no próprio texto constitucional de 1977. Nesse sentido, enquanto por meio do artigo 70

⁴³² Nas fortes palavras de Anatoly Khazanov, “o Estado russo nunca foi em sua história um estado-nação, e no presente momento dificilmente pode ser assim caracterizado. Ele continua sendo um estado multiétnico em que o processo de construção cívica-nacional se encontra com muitos problemas e dificuldades. Na Rússia, a construção do Império precedeu e preveniu a construção de uma nação, não apenas do tipo cívico, mas, até certo ponto, mesmo a de um tipo étnico. Até a revolução Bolchevique, a nação Russa, ou, melhor dizendo, o povo (*narod*) Russo era oficialmente concebido principalmente em termos linguísticos e religiosos (a profissão da fé cristã-ortodoxa). Tal concepção carecia de limites territoriais claros. Todos os territórios conquistados do Império eram considerados como partes inalienáveis da Rússia, ‘única e indivisível’ ”. (KHAZANOV, Anatoly M. Nationalism in the Russian Federation. *Daedalus*, v. 126, n°3, p. 121-142, 1997, p. 132).

⁴³³ Cf. YAZKOVA, Alla A. Russia and its Minorities: an overview of existing and potential ethno-political conflicts. *Innovation*, v. 19, n°3/4, p. 273-282, 2006.

⁴³⁴ Cf. BURGESS, Michael. Between a rock and a hard place: The Russian Federation in comparative perspective. In: *Federalism and Local Politics in Russia*. ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (eds.) Nova Iorque: Routledge, 2009.

⁴³⁵ BURGESS, 2009.

se declarava ser a URSS um estado multinacional, integral, federal e formado sob o princípio do federalismo socialista como resultado da livre autodeterminação dos povos e da associação voluntária das repúblicas socialistas soviéticas, no artigo 3 se estabelecia que o Estado soviético se organiza e funciona com base no princípio do centralismo democrático.⁴³⁶ De modo que, em que pese o discurso federalista, o Estado soviético era, substancial e estruturalmente, um Estado unitário multinacional. Esse estado de coisas deixou profundos marcos na atual Federação Russa.

O “pseudofederalismo” soviético se divide por critérios de caráter étnico-territorial. Em uma incontestada política de *divide et impera*, nas palavras de Khazanov⁴³⁷, efetuava-se um controle estatal das identidades étnicas, vinculando-as, por vezes arbitrariamente, a determinados territórios, com a concomitante concessão de certo grau de autonomia em termos políticos e linguísticos-culturais, em uma hierarquia que ia das repúblicas constituintes da União, passando pelas repúblicas autônomas e regiões autônomas, aos distritos autônomos. Para além das declarações de soberania (a chamada “parada das soberanias”)⁴³⁸ que se seguiram à queda da União Soviética, talvez a consequência mais presente dessa política de nacionalização de territórios (feita em uma lógica vertical, de cima para baixo, com base na identificação estratégica de etnias “titulares”) seja os atuais chauvinismo e xenofobia interétnicos característicos da sociedade russa⁴³⁹, fruto da incontestada, mas oficialmente negada, hierarquização étnica do período soviético.

Em termos organizacionais, a influência também é patente. Os 81 entes federativos componentes da Federação Russa, conforme o artigo 65 da Constituição de 1993, estão divididos em 21 repúblicas (herança das políticas czaristas e soviéticas)⁴⁴⁰, 6 *kraits* (territórios), 49 *oblasts* (províncias), 2 cidades federais, 1 *oblast* autônomo, e 10 *okrugs* (distritos) autônomos. As

⁴³⁶ UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Moscou: Novosti Press Agency Publishing House, 1985.

⁴³⁷ KHAZANOV, Anatoly M. Nationalism in the Russian Federation. *Daedalus*, v. 126, n°3, p. 121-142, 1997.

⁴³⁸ Cf. BURGESS, 2009.

⁴³⁹ BURGESS, 2009.

⁴⁴⁰ Cf. BOWRING, Bill, 2002.

repúblicas, a província autônoma, e os distritos autônomos são considerados “nacionais”, ou “étnicos”, o que consolida formalmente a distinção entre etnias “titulares” (vinculadas ao menos “titularmente” a um território) e etnias “não-titulares”. Das 193 etnias presentes no território russo (das quais 46 são povos indígenas), apenas 41 estão retratados, individual ou em conjunto com outros, os nomes das referidas 32 regiões “autônomas”. Contudo, “não-titularidade” não implica, na prática, necessariamente em exclusão, ao menos não institucionalmente, segundo Vladimir Malakhov e Alexander Osipov. Ainda que essa distinção seja reproduzida legislativamente, de uma maneira muito incerta e indireta, seu principal efeito é retórico e simbólico, manifestando-se no debate público e acadêmico, segundo os autores.⁴⁴¹

Demograficamente, as etnias titulares não constituem maioria em 12 das 21 repúblicas, compondo 50,1% da população das repúblicas como um todo, e apenas 12,5% da província e distritos autônomos⁴⁴², ainda que, em geral, todas as minorias étnicas representem juntas 19% da população (com apenas 6 etnias ultrapassando 1 milhão de pessoas, quais sejam, Tártaros, Ucrânicos, Bashkires, Chuvaches, Chechenos e Armênios), com os outros 81% sendo formados por pessoas da etnia russa, em um total de 144 milhões de pessoas. Ou seja, em muitas dessas repúblicas, as etnias “titulares” são “minorias”, ainda que as etnias “não titulares” também sejam, estando a maioria com a etnia russa. O que pode parecer o reconhecimento pelos russos dessas minorias, por haver sido construída ao longo da história da URSS em geral por motivos político-estratégicos, acabou por produzir muitas situações em que essa titularização do território é abstrata, negando-se a outras minorias reconhecimento e autonomia federativa.

Em razão da íntima conexão entre etnia e federalismo na Rússia, uma federação mais centralizada implica em menor autonomia para as minorias étnicas e vice-versa. De fato, poucas são as diferenças entre as regiões nacionalmente autônomas e aquelas que não são; no que diz respeito

⁴⁴¹ MALAKHOV, Vladimir; OSIPOV, Alexander. The Category of Minorities in the Russian Federation: A Reflection on Uses and Misuses. In: *International Obligations and National Debates: Minorities around the Baltic Sea*. ÅKERMARK, Sia Spiliopoulou [et al] (eds.). Mariehamn: Åland Islands Peace Institute, 2006.

⁴⁴² MALAKHOV; OSIPOV, 2006.

às diferenças entre Repúblicas e províncias, por exemplo, destacam-se duas somente: o direito a adotar uma constituição própria, sem necessidade de aprovação pela Federação, e o direito de introduzir suas próprias línguas como oficiais. Assim, em alguma medida, a estrutura federativa deve ser analisada de uma perspectiva relacionada aos direitos das minorias étnicas.

Nesse contexto, B. N Topornina, reconhecido constitucionalista no país, segundo Andreas Heinemann-Grüder, entende que o direito a autodeterminação das minorias étnicas encontraria seus limites toda vez que a unidade do Estado, os direitos humanos, ou a “unidade nacional” estivessem ameaçadas. Em todo caso, permanece questionável se a atual⁴⁴³ distribuição de competências é medida proporcionalmente adequada para tanto, cabendo à federação aproximadamente 700 áreas temáticas de sua responsabilidade, contra 50 das regiões. No mesmo sentido, até 2012, os chefes executivos (normalmente denominados como “governadores”, excetuando-se o caso das Repúblicas Étnicas, nas quais o título normalmente é de “Presidente da República”) de cada região eram nomeados pelo Presidente da Federação Russa, sendo confirmados pelos respectivos parlamentos.⁴⁴⁴

O resultado é, ainda com Heinemann-Grüder, o vigorar de um centralismo institucionalmente instável, caracterizado por sua permanente reconstrução e seu reiterado desrespeito, na prática, aos princípios constitucionais autonômicos, desaguando num centralismo sistematicamente sobrecarregado, quase incapaz de aprender com seus próprios erros, extremamente personalista e imprevisível. A combinação entre autoritarismo e federalismo, na opinião do autor⁴⁴⁵, não teria sido bem sucedida em resolver os conflitos inter-regionais, nem em legitimar as atuais práticas assimilacionistas⁴⁴⁶. Mesmo assim, tal modelo continuou contando com o

⁴⁴³ Para uma discussão a respeito das reformas introduzidas por Vladimir Putin desde que ascendeu à presidência no sistema federativo russo, cf. ALEXANDER, James. Federal Reforms in Russia: Putin’s Challenge to the Republics. *Demokratizatsiya The Journal of Post-Soviet Democratization*, v. 12, n°2, p. 233-263, 2004.

⁴⁴⁴ HEINEMANN-GRÜDER, Andreas. Federal discourses, minority rights, and conflict transformation. In: *Federalism and Local Politics in Russia*. ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2009.

⁴⁴⁵ HEINEMANN-GRÜDER, 2009.

⁴⁴⁶ Cf. PRINA, Federica. Homogenisation and the “New Russian Citizen”: A road to stability or Ethnic Tension? *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. v. 10, n°1, p. 59-93, 2011. A autora argumenta que com o fim do governo de Boris Yeltsin, o pluralismo étnico

aplausos e autorização por parte da Corte Constitucional russa, que considerava válida a doutrina federalista da “ditadura da lei” de Vladimir Putin, contraposta à para a Corte inaceitável concepção de “soberania compartilhada” proposta pelas lideranças minoritárias. No entender do Governo e da Corte essa doutrina seria, supostamente, o único modo de evitar que a Federação Russa tenha o mesmo destino da URSS.⁴⁴⁷

Em 11 de dezembro de 1994 a Rússia invadiu a Chechênia. Contudo, a rápida restauração da ordem esperada das tropas russas não aconteceu, com sérias consequências tanto para o prestígio do exército russo como para o governo de Boris Yeltsin. Com uma cobertura sem precedentes em termos de independência por parte da mídia, a opinião pública pendeu toda para o fim da guerra, diante das violações massivas contra os direitos humanos, bem como o número elevado de vítimas inocentes, chechenos e russos igualmente.⁴⁴⁸ Em resposta, as duas casas do parlamento russo decidiram contestar a legalidade da invasão, com ambas peticionando à Corte Constitucional, questionando a validade de quatro atos executivos (3 éditos presidenciais e 1 resolução governamental, todos referentes às medidas militares adotadas quanto à crise em Chechênia), por contrariarem uma série

passou a ser entendido como sinônimo de instabilidade vinda de baixo e ineficiência vinda de cima. A resposta a tais complexidades dada por Putin, com sua ênfase no fortalecimento do Estado, em sua opinião, acarretou na disseminação de processos de homogeneização cultural, com a promoção de um conceito cívico de identidade nacional, construída, porém, com elementos étnicos tipicamente russos, simultaneamente rebaixando as demais etnias ao proclamar “o novo cidadão Russo”.

⁴⁴⁷ Cf. TROCHEV, 2008. Trochev destaca o quão compartilhada entre os juizes da corte constitucional era a compreensão de que sem um centro forte, a Rússia entraria em colapso: “Lembrando a fraqueza da presidência de Gorbachev em lidar com a queda da URSS, a maioria dos juizes concordava que o centro federal deveria ser forte para salvar a Rússia de um colapso político, econômico e territorial, mesmo se isso significasse o uso desenfreado de coerção, incursões militares, e a preempção federal quase total das autonomias regionais. Desiludidos pela inconsistência do governo federal em cumprir seus julgamentos, e desapontados com a falta de vontade dos governos regionais em agir voluntariamente, a corte Constituição almejava um centro federal mais forte. Essa foi uma trágica escolha entre autoritarismo e a ruína territorial, apesar do federalismo estar intimamente relacionado aos aspectos trágicos da política, como alguns já argumentaram.” (TROCHEV, 2008, p. 140-141). Em 1996, continua Trochev, com a ênfase no bilateralismo federal por parte de Yeltsin em sua campanha para a reeleição, os juizes constitucionais foram a público clamar por uma “ditadura da lei”, ansiosos para confirmar a supremacia da Constituição Federal sobre as leis regionais. Diante dessa narrativa, podemos simplesmente questionar se as duas opções fatalistas vislumbradas pelos juizes eram as únicas possíveis.

⁴⁴⁸ Cf. POMERANZ, William E. Judicial Review and the Russian Constitutional Court: The Chechen Case. *Review of Central and East European Law*, v. 23, nº1, p. 9-48, 1997.

de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao balanço de poderes e, especialmente, direitos humanos-fundamentais.

Surpreendentemente, após uma instrução processual dramática e marcada por tensões, a maioria decidiu pela validade constitucional dos atos presidenciais (apesar das duras críticas dos dissidentes). Uma das principais estratégias argumentativas adotadas para tanto foi restringir o âmbito da decisão ao que seriam “questões de direito” (em referência ao artigo 3 (2) da Lei da Corte Constitucional)⁴⁴⁹, dele excluindo qualquer referência às violações de direitos humanos decorrentes da invasão militar, então interpretadas como “políticas” e, conseqüentemente, não abarcados pela jurisdição constitucional. Concomitantemente, a Corte muito enfatizou a importância e a necessidade de se preservar a unidade da Federação Russa (negando à Chechênia qualquer direito de secessão, ainda que esse ponto em específico não tenha sido levantado por nenhum dos petionantes), sendo a “integridade do Estado” um dos “fundamentos do sistema constitucional”, ajudando a “garantir os direitos e liberdades constitucionais” de todos os cidadãos russos.⁴⁵⁰

William E. Pomeranz avalia que esse posicionamento da Corte Constitucional se tornaria sintomático, pouco ajudando a superar a situação jurídica caótica do país sua recusa em lidar com questões de legitimidade constitucional dos atos de poder. O autor, todavia, ressalva a sensível situação em que os membros da Corte se viam envolvidos, com sua decisão servindo, no fim das contas, para a consolidação do controle de constitucionalidade no país.⁴⁵¹ Tal juízo não é de todo incorreto, se se interpretar referente mecanismo assim e tão somente (poeticamente, é possível dizer), isto é, como o firmamento da posição da Corte Constitucional no jogo político na Rússia.

Outra interpretação possível, acentuadamente ética, enxergaria nessa decisão uma primeira e significativa autorização da tão desejada “ditadura da lei”. Ao implicitamente excluir a cidadania, e os direitos a ela atribuídos, de todos os descontentes com a nação Rússia, em concomitância

⁴⁴⁹ FEDERAÇÃO RUSSA. *Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation*. 21 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.ksrf.ru/en/Info/LegalBases/FCL/Documents/Law.pdf>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

⁴⁵⁰ Cf. POMERANZ, 1997.

⁴⁵¹ POMERANZ, 1997.

à autorização de amplos poderes ao Presidente da Federação, a Corte Constitucional pagou um alto preço humanitário para conter o risco de um colapso territorial, muito mais alto do que a avaliação de Trochev (ao indiretamente sugerir que o autoritarismo seria o preço a pagar para a manutenção da federação) e a certa condescendência de Pomeranz (ao se referir aos dilemas do federalismo) dão a entender. Pode-se arriscar, contudo, dizer que este seria um preço que a maioria russa e a sua elite política se mostrariam despreocupadamente disposta a pagar.⁴⁵²

Nos dias 26, 27, 29 e 31 de julho de 2013, grupos radicais perpetraram uma autointitulada “Limpeza Russa”, voltando-se para vendedores de rua (como uma espécie de grupo paramilitar ou parapolicial), exigindo a verificação de seus passaportes, virando vendas de frutas e vegetais, e usando de linguagem racista e xenofóbica contra pessoas representativas de minorias étnicas. No último dia, forças policiais detiveram os supostos organizadores das ações, denunciando-os por “vadiagem” (artigo 273 do Código Criminal), sem qualquer indicação às motivações por trás de seus atos, malgrado a legislação pertinente (artigo 282 do mesmo diploma legal) faça referência expressa ao crime de “incitamento de ódio e inimizade e humilhação da dignidade humana”.⁴⁵³ Tais acontecimentos se inserem em uma série de protestos de caráter nacionalista e xenofóbico, ocorrentes pelo menos desde 2006, com um momento crucial em dezembro de 2010, quando milhares de pessoas se reuniram na Praça Manazhnaia, a metros do Kremlin,

⁴⁵² Diversas são as pesquisas realizadas identificando a crescente antipatia da maioria russa em relação às demais etnias. Por exemplo, entrevistas realizadas em 2013 pelo Centro Levada mostraram que: 30% dos russos tinham sentimentos negativos em relação a pessoas originadas de repúblicas russas localizadas ao sul do país que residiam em suas cidades; 25% sentiam raiva; e 6% medo; 66% dos entrevistados concordavam com o slogan “Uma Rússia para os russos”; e 71% com “Parem de alimentar o Cáucaso”. Mais ainda, parcelas consideráveis defendem a adoção de restrições na concessão de permissões de residência na Rússia para pessoas provindas do Cáucaso (54%), da China (45%), antigas repúblicas Soviéticas (45%) e de Roma (32%). Cf. PRINA, Federica. *Protecting the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in the Russian Federation: Challenges and Ways Forward*. Budapeste: Minority Rights Group Europe, 2014.

⁴⁵³ FEDERAÇÃO RUSSA. *The Criminal Code of the Russian Federation*. 13 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru006en.pdf>> Acesso em: 24 de janeiro de 2017. [Tradução livre].

para demonstrar seu descontentamento em relação às minorias étnicas na Rússia.⁴⁵⁴

Em uma cuidadosa e detalhada análise das nuances dos discursos proferidos por Vladimir Putin desde sua ascensão à presidência, Helge Blakkisrud destaca a mudança de abordagem deste e uma direta relação com a acentuação dos referidos protestos. Se até 2010 Putin preferia tratar da questão nacional de uma perspectiva estatista, pautando pela construção de uma cidadania pautada em fundamentos cívicos, daí em diante ele passará a cada vez mais exaltar a etnia russa, em razão, por exemplo, do papel crucial dessa nacionalidade para a formação do Estado Russo (*gosudarstvo-obrazuiushchii narod*). Outro exemplo, mais recente, se encontra em um discurso proferido em março de 2014 sobre a inclusão da Crimeia e de Sebastopol na Federação Russa (e, implicitamente, as violações de direitos humanos disso decorrentes)⁴⁵⁵, em que Putin legitima tal curso de ação com o argumento de serem ambos os territórios etnicamente russos, tratando-se assim de uma correção de uma injustiça histórica e de uma questão de autodeterminação étnica.⁴⁵⁶

Essa retórica, entretanto, segundo Blakkisrud, ainda não se consolidou efetivamente no campo doméstico das políticas públicas. Políticas as quais, até o presente momento, têm um caráter ambíguo. O principal instrumento, complementar às dinâmicas federativas, é identificado na Lei Federal sobre Autonomia Nacional-Cultural de 17 de junho de 1996.⁴⁵⁷ O conceito de “Autonomia Nacional-Cultural”, anteriormente rejeitado desde o início do período soviético, foi amplamente debatido quando da constituição da Federação Russa. Sua presença é uma constante em vários textos legais,

⁴⁵⁴ Cf. BALKKISRUD, Helge. Blurring the boundary between civic and ethnic: The Kremlin’s new approach to national identity under Putin’s third term. *In: The New Russian Nationalism: Imperialism, Ethnicity, and Authoritarianism 2000-15*. KOLSTO, Pal; BLAKKISRUD, Helge (eds.). Edinburgo: Edinburgh University Press, 2016.

⁴⁵⁵ PARLAMENTO EUROPEU. Departamento de Políticas Públicas do Diretório Geral para Políticas Externas. *The situation of national minorities in Crimea following its annexation by Russia*. 2016. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578003/EXPO_STU\(2016\)578003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578003/EXPO_STU(2016)578003_EN.pdf)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

⁴⁵⁶ Cf. BALKKISRUD, 2016.

⁴⁵⁷ FEDERAÇÃO RUSSA. *Federal Law of the Russian Federation about national and cultural autonomy*. 17 de junho de 1996. Disponível em: <<http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1431>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

de forma mais genérica, geralmente indicando a particular maneira do governo russo de estruturar o exercício das múltiplas nacionalidades em seu território.⁴⁵⁸

Em contrapartida, na referida normativa, “Autonomia Nacional-Cultural” significa um tipo específico de organização não-governamental (um dentre os mais de trinta hoje existentes na Rússia). Tais organizações só podem ser constituídas em nome de grupos com status de minoria nacional em um determinado território (ainda que a própria lei não especifique o que é entendido por “minorias nacionais”, ou quais as características para tal identificação), com a especificação de sua esfera de atividade (se local, regional ou federal). Desde 2004, após decisão da Corte Constitucional Russa, de certo modo a legitimar as práticas restritivas adotadas pelos órgãos administrativos até então, apenas uma Autonomia Nacional-Cultural pode existir como associação por comunidade étnica em uma dada localidade ou região. Duas são suas principais funções, com as atividades correlatas sendo numeradas de maneira exaustiva no texto legal: aconselhar as autoridades governamentais e instituições oficiais na promoção da língua, educação e cultura de sua etnia; e realizar suas próprias atividades nessas áreas.

A jurística é descrente a respeito das vantagens das Autonomias Nacionais-Culturais em comparação a outras formas de organizações não-governamentais, bem como de seu impacto e efetividade no que diz respeito ao desenvolvimento cultural das minorias étnicas na Rússia.⁴⁵⁹ De todo modo, hoje mais de 60 etnias se constituíram em Autonomias Nacionais-Culturais, estando presentes em 72 das 83 unidades constituintes da Federação Russa. Conforme ponderam Davis Smith e John Hiden, se densidade institucional pode ser considerada uma medida, entre 1996 e 2000, mais de 250

⁴⁵⁸ Para uma discussão da história do conceito e de seus significados atuais no ordenamento jurídico russo, cf. OSIPOV, Alexander. National Cultural Autonomy in Russia: A Case of Symbolic Law. *Review of Central and East European Law*, v. 35, p. 27-57, 2010; TORODE, Nicky. National Cultural Autonomy in the Russian Federation: Implementation and Impact. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 15, p. 179-193, 2008.

⁴⁵⁹ Cf. OSIPOV, 2010. (também para uma valorosa consideração a respeito dos possíveis objetivos da referida legislação); TORODE, 2008. (apontando a dificuldade de se aferir o impacto da lei); PRINA, Federica. The Position of National Minorities in Putin’s Russia: Uniformity or Diversity? [*Working Paper* n° 15/08] Fundação Cícero, Maastricht, Holanda, 2015 (argumentando se tratar basicamente de um instrumento para despolitizar o debate étnico na Rússia).

Autonomias Nacionais-Culturais foram constituídas, o que faria da lei um sucesso.⁴⁶⁰

Não obstante, em nossa visão, esse tipo de regulação visa muito mais a permitir um controle e vigilância, por parte do “centralismo” governamental russo, das atividades dessas minorias, do que propriamente estimular sua expressividade e reconhecimento.

2.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na Rússia

O Direito russo tem em sua história os mais diversos nuances históricos, partindo de um primeiro encontro da cultura eslava com a civilização bizantina, formação que seria posteriormente sujeita ao domínio mongol, contestado e extirpado por uma guerra secular, dela resultando tanto a consolidação do czarismo como o particular isolacionismo russo, nem Ocidente, nem Oriente. Já com os Czares, a proteção da união do território perante ameaças exteriores se tornou a preocupação central, necessitando para tanto, da submissão da religião ao poder político e da confusão entre administração e Justiça. E é também com eles, se bem que ao seu fim, que se teve as primeiras tentativas de modernização do direito russo, inspiradas no exemplo napoleônico e interrompidas pelo advir da Revolução Russa.

De fato, na modernidade, foi a herança soviética, e não a tradição que lhe é anterior, que constituiu o horizonte normativo russo. A respeito do uso do Direito na instauração, subsequente à Revolução, do primeiro Estado socialista do mundo, pode-se dizê-lo ser essencialmente estratégico, não se preocupando com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mas sim com o empoderamento do Partido, fundamentado nos dogmas marxistas de enfraquecimento do Direito e do Estado, de modo que, durante o Regime Soviético (em seus dois períodos, seja o de edificação, seja o de estagnação), não existiu um Estado de Direito na URSS.

⁴⁶⁰ SMITH, David J.; HIDEN, John. *Ethnic Diversity and the Nation State: National cultural autonomy revisited*. Nova Iorque: Routledge, 2012.

Ao final do Período Soviético russo podemos constatar que o ideal marxista, posto em prática, não logrou êxito. Seu resultado foi um sistema burocrático, com níveis hierárquicos extremamente exacerbados, escassos traços de democracia socialista em todos os segmentos da URSS e uma massa de trabalhadores sem gestão própria e sem iniciativa. Assim, com sua queda, o Direito Russo passou necessariamente por reformas, em que nem o direito pré-soviético, nem o soviético, se apresentavam como parâmetros suficientes para a configuração de desenvolvimento econômico e social que atendessem ao projeto de transformação rumo a uma pretendida democracia capitalista.

Nesse contexto, teve notória centralidade a busca por um texto constitucional que traduzisse ao menos simbolicamente uma efetiva separação de poderes, uma Declaração de Direitos e garantias mínimas consoante com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e um sistema efetivo de controle de constitucionalidade. Em sequência, é possível sintetizar os valores resultantes e presentes do texto constitucional de 1993 no seguinte: busca por consolidação dos direitos e liberdades, preservação da unidade Estatal, manutenção e fortalecimento das bases democráticas, garantias da prosperidade e do bem-estar da Rússia, bem como na busca por consolidação da paz e do “consenso civil”.

Não obstante, são muitos os problemas e muitas as frentes a atuar para se conseguir que a Rússia seja considerada um país que respeita os direitos humanos. Não basta somente estar formalmente presente que “la persona, sus derechos y libertades son el valor supremo” no texto constitucional e nos discursos institucionais para que essa “ideia-força” normatizada passe a ter relevância e efetividade nas relações entre cidadãos e cidadão, cidadão e estrangeiro e entre cidadão e o Estado Russo. Vimos que a nomologia constitucional russa assume o discurso dos direitos fundamentais, mitigados, porém, em razão da primazia a direitos de subsistência frente a direitos de auto-expressão.

Esses problemas são enquadrados pelo debate jurídico contemporâneo russo a partir de uma polarização. De um lado, uma perspectiva mais “internacionalizada”, com um discurso voltado para a

supremacia dos direitos humanos, fundados em um conceito de dignidade humana transplantado da tradição jurídica ocidental; do outro, uma perspectiva mais “isolacionista”, profundamente amparado nas noções de soberania, da singularidade da Rússia, da decadência do ocidente, e em interpretações geralmente influenciadas por perspectivas religiosas a respeito da relação entre indivíduo e sociedade, unidos de maneira imediata na realidade do Estado.

Constatou-se que é a segunda tendência, contudo, que detém a posição majoritária no pensamento jurídico russo, por formar o discurso correspondente ao adotado pelas autoridades russas políticas, jurídicas e religiosas, constituindo o horizonte de sentido a partir do qual se interpreta e aplica a Constituição de 1993, inclusive e especialmente no que diz respeito a direitos humanos. Estes são entendidos, ao menos parcialmente, como fruto da decadência ocidental, um discurso que, se transplantado à realidade russa sem a devida cautela, acabaria por dismantelar aquilo que há de único na tradição russa e, conseqüentemente, sua posição e futuro privilegiados.

Postura que, no fim, não deixa de se apoiar no particular instrumentalismo resultante do período soviético e do conseqüente niilismo jurídico, culminando em uma excessiva politização que deixa pouco espaço para a afirmação de uma perspectiva substancialista de direitos de dignidade, a influenciar decisivamente a efetivação do texto constitucional russo. Tal constelação fica transparente ao se deparar com a situação das mulheres e das minorias étnicas na Rússia.

No que diz respeito às mulheres, em que pesem os dispositivos constitucionais e a instauração de um corpo político pautado em ideais democráticos, em meio ao qual assuntos como violência doméstica, subordinação e discriminação passam a ser publicamente discutidos, os valores hodiernamente sustentados pela sociedade russa pós-socialista, marcadamente tradicionalista e patriarcal, auxiliam o discurso oficial a neutralizar tais discussões (“privatizando” os direitos das mulheres), evitando a adoção de políticas públicas especificamente direcionadas ao combate a

termos como a discriminação de gênero no mercado de trabalho, ou a implementação do combate à violência doméstica.

Já a questão das minorias étnicas desejosas por autodeterminação constitui um dos principais desafios, senão o principal à manutenção da unidade territorial russa desde o início de seus processos de modernização. História que não deixa de ter pontos críticos, como quando da separação das repúblicas-membros já à queda da URSS, e, mais recentemente, quando da invasão da Chechênia por forças russas temerosas de intentos separatistas. O desenrolar de um e outro eventos parece ter contribuído para o atual estigma das minorias étnicas perante a maioria russa, desde a democratização e abertura econômica carente de uma “ditadura da lei” que pusesse fim às ameaças à unidade do Estado russo. De decisões judiciais eticamente questionáveis a tumultos e demonstrações de ódio às minorias étnicas, chegando à exaltação por parte de discursos presidenciais à maioria russa, é duvidosa e incerta a situação das minorias étnicas na Rússia, mais controladas e cooptadas que reconhecidas e autodeterminantes.

O debate construído pelos constitucionalistas russos parece, nesse momento, ter pouco potencial de inovar no curto prazo esse estado de coisas, uma vez que a polarização “interconstitucionalistas” versus “isolacionistas” acaba por reduzir a discussão e direcioná-la a um plano geopolítico, em que os “direitos humanos” e a “dignidade da pessoa humana” aparecem para a maioria “isolacionista” muito mais como a linguagem acusatória da opinião internacional do que como uma meta e desafio próprios à constitucionalidade russa.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL INDIANA

A República da Índia é considerada a segunda nação mais populosa do mundo e ocupa o sétimo maior território do mundo. Com uma riqueza cultural ímpar, e um recente crescimento e desenvolvimento econômico e tecnológico, a Índia ocupa o status de uma grande potência emergente.

É neste cenário que buscaremos analisar o sentido que cobra o termo dignidade dentro do ordenamento jurídico indiano, buscando verificar, desde uma perspectiva jurídico-constitucional, o papel dos Direitos Humanos-fundamentais nesta nação. Para lograr a feitura desse intento devemos esclarecer que evitaremos análises comparativas superficiais e equivocadas, no sentido de impor a partir de uma pré-compreensão calcada na cultura jurídica brasileira, uma interpretação de outro sistema com tantas particularidades próprias como é o sistema jurídico indiano. Ou ainda, fazer “interpretaciones occidentales de la Índia” como chamaria Amartya Sen⁴⁶¹. Ao contrário, nosso papel aqui é compreender a linguagem constitucional indiana, buscando entendê-la na medida em que a própria Índia oferta elementos e fatores para a seu entendimento. Somando-se a esses instrumentos temos os discursos internacionais sobre Direitos Humanos-fundamentais que a Índia incorporou em seu Ordenamento Jurídico Interno.

Com efeito, não podemos proceder essa análise sem antes abordar alguns tópicos muito importantes sobre cultura, religião, tradição e costumes na formação da cultura normativa indiana. Afinal, uma das questões aqui propostas é analisar a importante relevância dos costumes e das tradições e verificar até que ponto elas podem se sobrepor, na prática cotidiana, em detrimento dos direitos e garantias dos cidadãos, institucionalmente normatizados. O que pode ajudar a identificar qual ou quais são os problemas

⁴⁶¹ SEN, Amartya. *Índia contemporânea: entre la modernidad e la tradición*. Trad. de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa Editorial, 2007.

de inaplicabilidade dos Direitos Humano-fundamentais presentes no Direito Constitucional Indiano.

Ademais, no devir histórico da Índia, Religião e Direito, como veremos, se confundiam, sendo impossível delimitar os contornos significacionais de ambos na cultura tradicional. Assim, torna-se necessário para o desenvolvimento dessa análise verificar quais foram os impactos práticos na vida dos cidadãos indianos as Religiões, notadamente o Hinduísmo. Cabe, ainda, entender a relação dessa forte religiosidade com os aportes interculturais ocorridos nos processos coloniais pelos quais passou a Índia. A complexidade e diversidade étnica, social, religiosa e cultural constitui um desafio adicional na busca por compreender uma ideia possível de Dignidade na Índia.

3.1 FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL INDIANA

3.1.1 A NORMATIVIDADE TRADICIONAL INDIANA

O povo indiano tem uma riqueza cultural indiscutível. Para essa nação a tradição e os costumes persistem através do tempo. Um grande exemplo disso é o Código de Manu, considerado por muitos estudiosos, como o mais antigo conjunto normativo ainda utilizado nos dias atuais. Essas Leis de Manu dispõem sobre vários temas da vida em família e perante a sociedade.

No Código de Manu está presente também o dever de estudo das escrituras sagradas, considerado como o verdadeiro valor do amor a si próprio. Tal como destaca o seguinte fragmento do Código:

2. El amor a sí mismo no es digno de elogio; no obstante, nada en este mundo está exento de él; en efecto, el estudio de la Santa Escritura tiene por motivo el amor a sí propio, lo mismo que la práctica de los actos que prescriben los Libros sagrados.⁴⁶²

⁴⁶² MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, *Leyes de Manú*, Instituciones religiosas y civiles de la India, Casa editorial Garnier Hermanos, Paris, 1924. Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. Paris: Garnier Frères. 1909, p.37.

O amor a si mesmo, que permeia os ensinamentos do Código de Manu, é considerado como algo que está presente em tudo e que é exterior a si mesmo. Neste sentido, existe por parte dos seguidores da religião hindu a necessidade de cumprir todos os ensinamentos. Pois, segundo eles, o estudo da Escritura tem como seu fundamento principal o amor a si próprio.⁴⁶³

Por outro lado, este ensinamento de “amor a si” produziu, e produz ainda hoje, no imaginário das comunidades indianas modos de como devem ser tratadas algumas questões da vida em família e das relações sociais. Uma dessas questões diz respeito ao dever de dar continuidade às tradições normativas não-escritas, que conseguem sobreviver aos avanços das sociedades pós-modernas e das mais atuais reformas jurídicas. Referimo-nos, por exemplo, a questões polêmicas, que ainda hoje são uma prática corrente na Índia, como a prática do crime de infanticídio nas crianças do sexo feminino.

Quanto a isso, um exemplo contundente se dá na cidade de Rajastão, que está situada perto do deserto, no extremo oeste da Índia. Esse lugar é considerado uma fortaleza, uma cidade que conservou quase toda a sua tradição desde a idade média, o mesmo se passando com a mentalidade de sua população. Trata-se de uma cidade que cultivava uma das tradições mais cruéis, na qual homens matam suas próprias filhas. E quando alguém descumpra essa tradição deixando um bebê do sexo feminino gozar de seu direito a vida, a própria comunidade impõe que a família deva se afastar da comunidade ou da aldeia, para não servir de mau exemplo para as outras mães e famílias. Nesses casos, o direito que prevalece ainda é um costume hindu, arraigado numa tradição local, e quem tem competência para julgar esses casos são os “tribunais” realizados pelos próprios homens da aldeia local, pois os órgãos judiciários oficiais da atual Índia ainda não estão presentes em comunidades como essas. Nesses espaços, que ainda se carece de ter um Direito Indiano efetivo que respeite os direitos humanos,

⁴⁶³ Voltaremos ao tema do Código de Manu quando analisarmos as Fontes do Direito Indiano para verificarmos se a natureza jurídica deste Código possa ser considerada como Fonte do Direito na Índia atual.

especialmente o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade.⁴⁶⁴

Amartya Sen elenca, em seu livro *A Índia Contemporânea*, as três principais formas de se ver a Índia a partir de interpretações eminentemente ocidentais. Para o autor “las diversas interpretaciones occidentales se inclinaron de manera notable a encauzarse en la misma dirección y se reforzaron unas a otras en sus efectos sobre las identidades internas de los indios”. Essa direção que aponta Sen é a de se enfatizar a espiritualidade da Índia.

Para essa análise o autor utiliza o exame do “orientalismo” feito por Edward Said, que busca analisar a construção do “Oriente” no imaginário ocidental. Para Edward Said, citado por Sen “el oriente es una idea con una historia y una tradición de pensamiento, imágenes y vocabulario que le han dado realidad y presencia en y para el Occidente”.⁴⁶⁵ Assim, Sen diz que “los intentos ajenos a la India de entender y interpretar sus tradiciones pueden incluirse en al menos tres categorías distintas, que llamaré los enfoques *exotistas, magistrales y curatoriales*”.⁴⁶⁶

O modelo exotista enfatiza o que é diferente na Índia, ou seja, “se concentra en los aspectos prodigiosos”. Já o modelo magistral busca focar a Índia desde o ponto de vista do poder imperial e a partir daí valora o certo e o errado na cultura indiana, uma vez que o poder britânico que governava se sentia superior, visto sob essa análise, segundo estudiosos ocidentais. A categoria curatorial “incluye varios intentos de señalar, clasificar y exhibir diversos aspectos de la cultura india”. Amartya Sen diz o seguinte sobre as diferenças entre essas categorias de análise:⁴⁶⁷

A diferencia de los enfoques exotistas, un enfoque curatorial no busca solo lo extraño (aun cuando lo ‘diferente’ debe tener mayor ‘valor expositivo’), y a diferencia de los enfoques magistrales no está lastrado

⁴⁶⁴ Ver documentário “Le Pays qui n’aimait pas les femmes: Indies verlorene tóchter” (Índia, um país que não gosta de Mulheres). Exibido no programa Toda a Verdade. Produzido por SIC Notícias. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8BhojKJSrD8>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.

⁴⁶⁵ SAID *apud* SEN, 2007, p, 179.

⁴⁶⁶ SEN, 2007, p, 179.

⁴⁶⁷ SEN, 2007, p, 180.

por la influencia de las prioridades de los gobernantes (aunque la conexión magistral fuera difícil de evitar por completo cuando los autores también eran miembros de la élite dirigente imperial, como a veces sucedía). Por esas razones, esta tercera categoría está más libre de ideas preconcebidas. Por otra parte, los enfoques curatoriales tienen inclinaciones propias, con una inquietud general por ver el objetivo – en este caso la India- como muy especial y extraordinario interés.⁴⁶⁸

Como veremos mais adiante, a tradição é uma importante fonte do Direito Hindu. Também por isso, as aberturas feitas pelo legislador indiano contemporâneo, no sentido de buscar proteger os Direitos Humanos e garantir a dignidade da pessoa, ainda sofrem muitos obstáculos para tornarem-se efetivos na Índia.

Um destes obstáculos consiste no alcance que a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1950 possui. Por mais que de lá para cá muita coisa tenha mudado, são nos pequenos povoados, cidades de difícil acesso e aldeias que o Direito Indiano carece de ter efetividade nas relações familiares e sociais. Uma *aporia* jurídico-cultural que se apresenta neste cenário, pautada num histórico de tradições arraigadas e numa sociedade patriarcal, pode ser elaborada da seguinte forma: Quais são os meios que o Estado Indiano pode utilizar para que o Direito atual tenha maior efetividade na vida dos indianos, notadamente na vida das mulheres, crianças e idosos na Índia, sem com isso desconfigurar a autenticidade de sua cultura? E mais, como compreender os direitos humanos na cultura indiana atual, na busca por garantir a dignidade da pessoa humana e todo arcabouço que este princípio humano-fundamental alicerça (contemplado no Texto Constitucional Indiano)?

Não obstante, cabe-nos ressaltar que, via de regra, uma das características dos países de desenvolvimento tardio é a de existirem grandes discrepâncias entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento humano. Constata-se inequivocamente que existe uma demanda social

⁴⁶⁸ SEN, 2007, p, 180.

considerável na busca pela garantia dos direitos mínimos para uma vida digna.

3.1.1.1 - A multireligiosidade na cultura tradicional da Índia

A partir de algumas constatações de Amartya Sen, nas quais ele traça o quadro religioso presente na Índia Emergente, podemos ver “que más de los 80% de los índios [son] indúes, el país tiene una población musulmana muy grande [...] y muchos seguidores de otros credos: cristianos, sijis, jainitas, parsis y otros”. Essa grande diversidade que engloba o “povo indiano” traz consigo uma tradição heterodoxa praticada na Índia: ⁴⁶⁹

Es muy importante entender la extensa tradición heterodoxa aceptada en la Índia. Al resistir los intentos de los activistas del movimiento Hindutva⁴⁷⁰ de adueñarse la antigua India como se fuera su propia casa (y verla como la única cuna de la civilización india), no basta señalar que la cultura de la India también tiene muchas otras fuentes.⁴⁷¹

No sentido da pluralidade de fontes culturais defendida por Sen, o próprio autor chama a atenção para a importância e necessidade de se considerar a prolífica heterodoxia característica dos pensamentos e crenças indianos desde suas origens.⁴⁷²

Ademais, segundo Bakshi:

Es innegable que la India era (y es hoy) un mosaico radical, religioso, lingüístico y cultural. La diversidad étnica resulta de las mezclas entre

⁴⁶⁹ SEN, 2007, p.12.

⁴⁷⁰ Sobre o movimento Hindutva Mario Prayer o define como: “Il termine Hindutva venne proposto per la prima volta dal nazionalista indiano Vinayak Damodar Savarkar (1883-1966) nel trattatello *Hindutva: Who is a Hindu?* (1923). Con tale neologismo Savarkar intendeva definire ed esaltare l'essenza profonda dell'essere indù, l'“induità”, fondamento originale della storia e dell'identità nazionale indiana, a cui contrapponeva e subordinava tutte le tradizioni culturali allogene presenti nel subcontinente, a cominciare da quelle islamica e cristiana. Attorno allo Hindutva si formò negli anni Venti un movimento di riorganizzazione sociale e culturale sulle cui basi ideologiche e organizzative si è sviluppata, nel corso dei decenni seguenti, la cosiddetta “destra indù”. (PRAYER, Mario. Il concetto di autorità nel movimento Hindutva, da V.D Savarkar al Sangh parivar. In: *Religione e politica*. Mito, autorità, diritto. PISI, P.; AMORETTI, B. S. (orgs). Roma: La Sapienza Orientale, 2008, p. 157.

⁴⁷¹ SEN, 2007, p. 14.

⁴⁷² SEN, 2007.

las oleadas de migración que se han sucedido en el curso de la Historia del subcontinente indio [...] ⁴⁷³.

3.1.1.2 - As características normativas do Hinduísmo (A base tradicional hinduista)

O hinduismo é caracterizado por ser complexo e contraditório, e pretendeu não ser visto somente como uma religião, mas também como uma ciência que está presente nos mais diversos segmentos: Estado, Medicina, Direito e outros.

El derecho hindú no es el derecho de la India, como el derechos de los Estados musulmanes no se confunde con el derecho musulmán. El derecho hindu es el derecho de la comunidad que, en la India o en otros países del Sudeste Asiático o de Africa, se adhieren al hinduismo. ⁴⁷⁴

As principais obras do hinduismo clássico são as Samhitas, os quatro Vedas, as Brahmanas ⁴⁷⁵ e os livros derivados dos ensinamentos de gurús especificamente os Aranyakas e os Upanishadas ⁴⁷⁶. Estes últimos são considerados somente especulações a partir dos Vedas. ⁴⁷⁷

⁴⁷³ BAKSHI, P. M.. *La Constitución de la Índia*. Presentación y coordinación de Rafael Iruzubieta Fernández. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2013, p. LV.

⁴⁷⁴ DAVID; René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 356.

⁴⁷⁵ “Los numerosos discursos acerca de los Vedas que explican su uso en los sacrificios del ritual y el simbolismo de los actos de los sacerdotes. Data: desde el 900 al 600 a.C. (primero como tradición oral, luego puestos por escrito), constituyendo las fuentes históricas más antiguas para el ritual brahmánico. El Aitareya y el Kausitaki Brahmana, incluyen las discusiones acerca de los sacrificios diarios, el fuego sacrificial, ritos de la luna nueva y llena, y los ritos para el ascenso de reyes. Los Pancavimsa, Sadvimsa, y Jaiminiya Brahmana comentan de cosas cotidianas, ceremonias del soma, expiaciones por errores cometidos en el ritual. El Satapatha Brahmana introduce elementos de ritual doméstico, y el Gopatha Brahmana trata sobre la preocupación y vigilancia de los sacerdotes por los sacrificios”. (MELITÓN, Sergio Carrasco Álvarez. *El Hinduísmo en 84 conceptos*. s/a. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122817/127425_A5_El_%20hinduismo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016, p. 04).

⁴⁷⁶ “En los Upanishadas está la sustancia gnoseológica que contiene la clave del Veda (Alto Conocimiento), es decir la búsqueda del conocimiento para escapar del samsara (o cadena de renacimientos)”, (MELITÓN, s/a, p. 04).

⁴⁷⁷ Uma das obras de literatura de grande relevância para o hinduismo são as *Mahābhārata*, dentro dela se encontra uma seção intitulada Bhagavad Gītā. Nesta está presente o famoso diálogo ente Arjuna, comandante de guerra e Krishna a divindade mais importante para o hinduismo. Este diálogo “presenta una pugna entre dos posiciones Morales contrarias: la insistencia de Krishna en el cumplimiento del deber, por un lado, y el énfasis de Arjuna en evitar las malas consecuencias (y generar buenas), por otro”. O comandante Arjuna defende que devemos buscar uma causa justa para defendê-la e promovê-la que permanecer com ela

No hinduísmo está presente a divisão da sociedade em castas. São elas: Brâmanes (sacerdotes), Chatrias (guerreiros); Vaisias (lavradores); Sudras (trabalhadores); e os Párias (“intocáveis”) considerados sem casta.

Apesar do Direito Indiano já ter determinado a abolição das castas no âmbito jurídico, fundamentado no direito à igualdade perante a lei, nos demais seguimentos da vida em sociedade, esta divisão ainda perdura nos dias atuais.

É neste sentido que Kanshi Han, afirma:

O sofrimento e as humilhações dos escravos, dos negros e dos judeus não são nada em comparação com os intocáveis na Índia.... No mundo inteiro democracia significa governo da maioria. Mas, na Índia, 85% das pessoas são governadas por 10% a 15% das castas superiores... O bramanismo encerrava em si germes de tal forma venenosos que, efetivamente, mataram o desejo de revolta contra a pior forma de injustiça.⁴⁷⁸

Os considerados “intocáveis” (sem casta ou párias) foram e continuam sendo a classe mais explorada na Índia, sendo equiparados em termos de humilhações e abusos aos escravos. Tal afirmação cobra sentido na seguinte passagem:

O Pária não podia se utilizar das águas do poço de uma comuna; devia andar muitas milhas até encontrar aonde se lavar. Seus filhos não podiam ir às escolas, porque nestas estavam os filhos de outras castas. Na sua testa, deviam levar uma marca que assinalasse sua condição de ignomínia.⁴⁷⁹

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

até as últimas consequências, independente da infelicidade ou da possibilidade de massacre que possam se apresentar em qualquer guerra. No decorrer da narrativa, ao contrario de Arjuna, Krishna pondera o seguinte: “Krishna insiste en que el deber de Arjuna es combatir, prescindiendo de su evaluación de las consecuencias. La causa es justa y, como guerrero y general en quien su bando debe confiar, no puede vacilar en cumplir sus obligaciones, cualquiera que sea su corolário”. Esses diálogos entre Krishna y Arjuna foram muito importantes para compreender a cultura e a filosofia Hindu, na qual a eloquência de Krishna vem para resolver os questionamentos de Arjuna. Porém, não se limitou a estas narrativas, seu alcance pôde ser visto inclusive em alguns cenários da cultura europeia. (SEN, 2007, p. 26).

⁴⁷⁸ KANSHI RAM *apud* FRENCH, Patrick. Índia: *Uma Biografia Íntima*. s./l.: Bloco Gráfico Lda., 2011, p. 311.

⁴⁷⁹ CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado. O Hinduísmo, Direito Hindu, o Direito Indiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 71 - 111 jan./dez. 2009, p. 84.

Na Índia Medieval, o período da invasão islâmica iniciou-se entre 1191 e 1192, quando tropas turco-afegãs invadiram a Índia. As invasões se intensificaram em 1200, quando as tropas turco-afegãs lograram tomar o território de Délhi. Muhammad Ghor, comandante das tropas turco-afegãs, instaurou o Sultanato Muçulmano que perdurou de 1206 até 1526. O Sultanato teve seu fim com o início do período das Dinastias Mongóis.

O período histórico no qual a estrutura de poder teocrático islâmico esteve presente na Índia pode ser dividido, então, em dois momentos principais, o primeiro denominado “Sultanato de Délhi” (1206-1526), e o segundo conhecido como “Império Mongol” (1526-1858).

O choque cultural provocado pela invasão islâmica e pela consequente imposição de questões religiosas, políticas e culturais trouxe a violência para o cenário histórico indiano durante período islâmico na Índia. É nesse sentido que Sofia e Tressiamma afirmam que:

El encuentro del Islam religioso, su patrimonio cultural, político y administrativo con el mundo hindú, no fue fácil. Su penetración y consolidación en la India está caracterizado por persecuciones y violencia hacia los hindúes por la supremacía sobre el territorio, por la conquista y gestión del poder político y administrativo y por la extensión de la religión islámica.⁴⁸⁰

O “Sultanato de Délhi” perdurou por trezentos anos. Neste período foram as Dinastias Islâmicas que permaneceram no poder. São elas: a Dinastia Eslava entre os anos 1206 e 1290; a Dinastia Khilji de 1290 até 1320; a Dinastia Tughlaq de 1320 até 1399; a Dinastia Saiyad entre os anos 1414 e 1444; e Dinastia Lodi (1444-1526).⁴⁸¹

As Dinastias Islâmicas, apesar de serem consideradas de curta duração, frente à longevidade da tradição hindu, conseguiram conquistar grandes territórios para a Índia. Foi neste período, por exemplo, que uma mulher foi governante da Índia, Razia Sultana nos anos de 1236-1240.

⁴⁸⁰SOFIA, Pasquale; THRESSIAMMA, Paul Panikulangara. Origen y Desarrollo de la Constitución de la India. Un ejemplo de equilibrio entre tradición y laicismo. *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social e Política*. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocano, Universidad del Zulia, Vol. 16, N° I, 2009,p.73.

⁴⁸¹ SOFIA; THRESSIAMMA, 2009, p.73.

O domínio Mongol⁴⁸² na Índia teve início no ano de 1526 e trouxe importantes contribuições para a cultura jurídico-política indiana. Naquela época, foram introduzidas mudanças jurídicas e também reformas no âmbito administrativo, idealizadas por Sher Shah, o Primeiro Ministro do Imperador Humayun. Neste sentido também operou o sucessor de Humayun, seu filho Akbar, que logrou estabelecer relações amistosas com os súditos de origem não mulçumana dentro da Índia durante o domínio Mongol. Ademais, foram “introducidas varias normas predominantemente a favor de los musulmanes, pero la política del gran Emperador Akbar creó uniformidad en el sistema judicial y, por consiguiente, decretó una única ciudadanía en su impero”.⁴⁸³

Além disso, o Imperador Akbar permaneceu no poder até o ano 1605, e durante este período trouxe várias reformas e aboliu normas, trazendo mudanças significativas para a normatividade tradicional indiana. A passagem traz exemplos dessas alterações normativas:

En 1562 abolió la costumbre de transformar los presos de guerra en esclavos; en 1564 abolió la tasación sobre la peregrinación impuesta a los no-musulmanes; en 1580 prohibió la conversión obligada al Islam, así como la pena capital para los críticos del Islam y de El Profeta; además, prohibió la costumbre de las viudas hindúes de inmolarse vivas sobre el fuego funerario del esposo, el matrimonio de los niños y entre parientes cercanos y permitió a los hindúes y a los cristianos edificar templos e iglesias, respectivamente. En línea general puede afirmarse que la India del período islámico ha conocido novedades en materias legislativa y administrativa.⁴⁸⁴

A invasão mulçumana trouxe consigo um arcabouço cultural, social e religioso para a cultura indiana. Se por um lado a Índia já tinha suas fontes de direito, a presença mulçumana fez com que as fontes do direito islâmico também se tornassem presentes no território indiano.

É precisamente por essa questão que destacamos as fontes do Direito Islâmico que prevaleceram durante o período do Islã na Índia. São elas:

⁴⁸² O Império Mongol teve início com o “descendiente de Tamurlan y de Genghish Khan, de origen turco, conquistó la fortaleza derrotando a Ibrahim Lodi, el último Sultán de Delhi, dando origen a otra descendencia. Baber (Zahir al-Din Muhammad), como fundador del Imperio Mogol, gobernó la fortaleza de Delhi desde 1526 hasta 1530, mientras su hijo Humayun ocupó el trono hasta 1556. (SOFIA; THRESIAMMA, 2009, p. 73).

⁴⁸³ SOFIA; THRESIAMMA, 2009, p. 74.

⁴⁸⁴ SOFIA; THRESIAMMA, 2009, p.74.

o Alcorão, a Ahadis, o Ijnia e o Qiyas.⁴⁸⁵ O Alcorão é considerado “fonte absoluta” ou “fonte primeira” da lei islâmica. Assim, para os muçulmanos o Alcorão:

[...] representa la voluntad de Alá (Dios) y por eso la autoridad absoluta del código legislativo del Islam. El texto es dividido en capítulos, sura. Los suras son divididos en ayat, o versículos. Los ayat contienen normas sobre las costumbres, sobre la sociedad, sobre la condición de la mujer, sobre la sucesión, sobre la herencia, sobre la penalización, entre otros.⁴⁸⁶

As imposições do direito muçulmano, com a conversão ao Islamismo e os grandes choques culturais provenientes das invasões as quais a Índia foi submetida ainda podem ser notados, mesmo após o domínio islâmico. De certa maneira, integraram-se na cultura indiana. O hinduísmo, múltiplo e complexo, consegue conviver com localismos, tradições autóctones e convivência inter-religiosas. O mesmo, porém, não se pode dizer do islamismo, sem maiores complicações e critérios.

Estes contrastes aos quais nos referimos tornam-se notáveis mesmos muito tempo após a dominação islâmica, já na Índia independente, os conflitos são internos, tal como expressa o seguinte exemplo:

Fue hasta 1937 cuando el conflicto entre la comunidad islámica y la hinduista alcanzó su apogeo que la Asamblea legislativa central se vio obligada a vincular a toda la comunidad musulmana sin excepción al derecho de su religión por la llamada Muslim Personal Law (Shariat) Application Act.⁴⁸⁷

É notório perceber as influências do direito islâmico no direito hindu, e mais, também é verdadeira a afirmação de que o direito islâmico está

⁴⁸⁵ A título de nota explicativa, pois esta questão ultrapassa a delimitação proposta nesta tese de doutoramento, as fontes do Direito Islâmico: “Para o Islão, o Direito (*rectius*, a *Xaria*) é, como dissemos, a expressão normativa da vontade divina. Segundo a teoria jurídica clássica, existem quatro manifestações dessa vontade, que correspondem a outras tantas fontes ou ‘raízes’ (*usul*) do Direito: a palavra de Deus vertida no Corão, a conduta exemplar do profeta (*Suna*), o consenso da comunidade islâmica (*ijma*) e a analogia (*qiyas*). Trata-se, como é bom de ver, de realidades que não encontram no mesmo plano. No processo de determinação do conteúdo da *Xaria* (também dito *ijtihad* ou ‘esforço racional’), deve-se recorrer em primeiro lugar ao Corão e à *Suna* (por isso denominadas fontes primárias), se necessário com apoio no *ijma*. Só quando determinado problema não se encontra especificamente regulado no Corão ou na *Suna* pode lançar-se mão da analogia. (VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 355-356).

⁴⁸⁶ SOFIA; THRESSIAMMA, 2009, p.76.

⁴⁸⁷ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 361.

presente no direito indiano atual. Um exemplo disso é o fato de que o Direito islâmico, ao fazer parte do corpus normativo da Índia, “se enseña en las facultades y escuelas de derecho y se aplica, en lo que concierne al derecho de las personas, a aproximadamente 115 millones de habitantes”.⁴⁸⁸

Por fim, cabe ressaltar que a introdução da cultura jurídico-religiosa islâmica na normativa hindú vigente na Índia gerou questões contrastantes e por vezes incompatíveis, entretanto a evolução dos sistemas jurídicos (o hindú e o islâmico) apresentou certas correspondências entre si. Veja-se:

As fontes do direito bramânico são a revelação (*Veda*), a tradição (*Smrti*), as opiniões e as interpretações dos juristas (*Nibandha* e comentários). Essas quatro fontes correspondem às do direito islâmico, em que a revelação está contida no *Corão*, a tradição na *suna*, o consenso dos sábios na *ijma* e as interpretações no *qiyas*.⁴⁸⁹

Essas “afinidades estruturais” acabaram por influenciar reciprocamente ambos os sistemas, permitindo, apesar das dificuldades e tensionalidades, uma conversação entre eles. Até este ponto vimos o processo compatibilização do Direito indo-islâmico aplicado na Índia durante o domínio do Islã. No próximo tópico, veremos de que modo *Common Law* foi introduzido na normatividade indiana pela colonização inglesa, dando-se a partir daí a experiência de modernização (ocidentalizante) do Direito na Índia e seu peculiar acoplamento à normatividade tradicional.

3.1.2 A Colonização Britânica e a co-construção do Direito Moderno Indiano a partir da experiência da *Common Law*

A colonização Inglesa levou para a Índia um complexo sistema jurídico, que foi acoplado, com *outputs* e *inputs*, ao Direito Hindu tradicional (não sem dificuldades e ruídos comunicacionais, obviamente, mas em geral com um acoplamento bem-sucedido).

⁴⁸⁸ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 361.

⁴⁸⁹ LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. De Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 478.

A Companhia das Índias Orientais⁴⁹⁰ estabeleceu sua primeira base na Índia, em 1612, na cidade de Surat. Mas somente no início do Século XIX, a Inglaterra conseguiu conquistar uma fronteira estratégica que tornava sua ocupação dentro do território indiano mais manejável. Assim, a Companhia iniciou atividades administrativas e judiciárias na Índia. Essas atividades perduraram até 1858, quando o controle da Índia foi passado para a Coroa Britânica.⁴⁹¹

Neste período de “gestão privada da administração pública, a tendência dos ingleses foi de restringir progressivamente o âmbito dos direitos bramânico e islâmico, mesmo permitindo sua sobrevivência nos setores mais ligados à tradição”.⁴⁹²

Deve-se observar que no início da colonização britânica a aplicação do Direito Hindu pelos Juizes ingleses foi complicada, uma vez que se utilizavam de textos sagrados do hinduísmo como base legal para a aplicação do direito, notadamente sobre questões que tratavam das tradições hindus e os problemas de tradução, compreensão e aplicação neste caso pululavam, neste sentido, a corte inglesa

en un principio se llegó a pensar que las dharmasastras contenían el derecho positivo de la India. Pero las obras que lo desarrollaban estaban escritas en una lengua que les era extraña, y su complejidad los desconcertaba.⁴⁹³

Na busca por facilitar a aplicação do direito, o sistema jurídico inglês levado para a Índia utilizou a figura dos “pundits” para auxiliarem os juizes ingleses, como peritos para interpretação dos Dharmasatras e Nibandhas. O resultado dessa ajuda interpretativa dos “pundits” acabou por somente

⁴⁹⁰ “As verdadeiras origens da Companhia das Índias Orientais não remontam a uma época anterior ao ano de 1702, em que diferentes sociedades, aspirantes ao monopólio do comércio com essa parte do mundo [Oriente], fundiram-se em uma única companhia”. (MARX, Karl. *A Companhia das Índias Orientais: sua história e as consequências de sua atividade*. 1853. The Marxists Internet Archive, p. 02).

⁴⁹¹ LOSANO, 2007, p. 480. Importante destacar que, a passagem do controle da Índia se deu em virtude da revolta dos Sepoys (eram os soldados indianos a serviço do exército inglês). Essa revolta foi classificada por um historiador indiano contemporâneo como “ ‘uma gigantesca luta de classes’ e, ao mesmo tempo, uma grande revolução anticolonial”. (LOSURDO, Domenico. *A Luta de Classes: Uma história política e filosófica*. Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2015).

⁴⁹² LOSANO, 2007, p. 480.

⁴⁹³ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.354.

atribuir ao Juiz o papel de dar poder executivo ao que fosse determinado por esses peritos. Essa forma de aplicação do direito hindu não obteve resultados satisfatórios, tal como se afirma:

La manera en que el derecho hindú fue aplicado, suscitó muchas críticas en uno y otro caso. Los jueces, cuyo mandato consistía en aplicar las reglas del dharma, carecían del conocimiento para poder cumplir este mandato. Máxime si se considera que solo un tercio, pero no más de la mitad de las dharmasastras, habían sido traducidas al idioma inglés; en consecuencia los jueces únicamente tenían acceso exclusivamente a un conocimiento parcial de un sistema, que requería ser conocido en la totalidad de sus fuentes.⁴⁹⁴

Ademais, somam-se à complexidade do processo de aplicação do direito na Índia o fato de que os Dharmasatras foram compostos por proposições de dever-ser ideal, compreendidos como uma espécie de meta-ideal e não como uma obrigação exigível como *rule of law*. Ou seja, seu conteúdo contemplava o que seria considerado o ideal para as diversas situações. Ideal, porém, adaptável aos diversos contextos.

Então, podemos inferir que a interpretação feita pelos “pundits” dos casos em concreto, tomando como normas de direito os Escritos Religiosos do Hinduismo, acabou gerando decisões frágeis que posteriormente foram criticadas. Neste sentido, os “pundits” sofreram também diversas críticas, foram acusados de interpretar de forma banal as Escrituras, produzindo resoluções dos casos em concreto proferidas a partir de más interpretações da normatividade hindu, sobretudo porque simplificadoras da sua complexidade circunstancial e conjectural.⁴⁹⁵

Para tornar mais coerente a aplicação da normativa indiana e as respectivas decisões dos juizes britânicos foi solicitada a tradução das partes relevantes dos livros do Dharma para o inglês. Também se iniciou o processo de compilação do Direito Hindú na língua inglesa.

Ademais, foi solicitada a feitura de compilações das jurisprudências pertinentes ao direito hindu, então construídas pelos “pundits”, e a sua tradução para a língua inglesa. Este processo de compilação corroborou para

⁴⁹⁴ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 355.

⁴⁹⁵ Sobre as críticas aos “pundits” veja-se DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

tornar os tribunais mais independentes. Desse modo, foram compilados os costumes das populações para serem aplicados como direito nas regiões central e norte da Índia. Já na região sul, a Corte de Madrâs “se persistia en los errores anteriores al considerar que la sociedad parecía haberse acomodado relativamente bien, y que la certidumbre en las relaciones jurídicas provenía de la observancia de los precedentes”. Assim, começou o processo de consolidação da interpretação do Direito Hindu pela técnica dos precedentes.⁴⁹⁶

Quando, porém, a normatividade tradicional indiana não conseguia dar uma resposta coerente com as questões apresentadas aos tribunais, os juizes decidiam de acordo com os critérios de “justice, equity and good conscience”. É neste sentido a afirmação de Vicente:

Nem sempre, porém, as regras do Direito Tradicional eram facilmente determináveis ou davam resposta satisfatória aos problemas postos pelos novos modos de vida induzidos pela colonização. Os juizes ingleses eram, por isso, autorizados a julgar segundo a ‘justiça, a equidade e a boa consciência’, o que os conduzia frequentemente a referirem-se ao único Direito ao qual eram versados: o inglês.⁴⁹⁷

Para muitos autores esse processo ocasionou a “deformação” do Direito Hindu, sofrida pela influência do Direito Inglês. Com efeito, podemos constatar que foi conferida sobrevalente importância aos precedentes judiciais, antes inimagináveis ao Direito Hindu.

As alterações sofridas pelo Direito Hindu partiram também da necessidade dos Ingleses terem o domínio dos termos utilizados dentro dos procedimentos judiciais - posto que existiam termos que não possuíam um correspondente na língua Inglesa fazendo com que o processo de compreensão e aplicação do Direito fosse algo baseado em uma compreensão parcial do caso em análise por parte dos juizes ingleses - isso fez com que se tornasse imprescindível para os juizes ingleses a adoção de terminologia inglesa, que, para uma parte dos estudiosos⁴⁹⁸, pode ser em diversas questões a origem de distorções, variações e transformações no Direito Hindu tradicional.

⁴⁹⁶ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.355.

⁴⁹⁷ VICENTE, 2012, p. 481.

⁴⁹⁸ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010.

Não obstante às alterações impostas ao Direito Hindu, incluindo elementos até então desconhecidos pela tradição hinduísta, o acoplamento do sistema de precedentes resultou ser, segundo David, um avanço em termos jurídicos que contribuiu para a modernização deste Direito. O relativo eurocentrismo da análise de René David fica claro na seguinte passagem:

Las distorsiones respetaron del derecho hindú en algunas ocasiones resultaron benéficas ya que llegaron a modernizarlo, respetando su espíritu. Los tribunales flexibilizaron, a través de consideraciones de buena fe y de equidad, las reglas provenientes de la tradición, que pudieran resultar extremas o anacrónicas. No todos los cambios empero, fueron siempre favorables.⁴⁹⁹

Importa notar que o encaixe da normatividade jurídica do direito religioso hindu com do sistema de precedentes “tornou-se cada vez mais forte e os tribunais indianos tiveram os tribunais ingleses como modelo de funcionamento” a partir da metade do século XIX.⁵⁰⁰

Com relação às alterações sofridas pela normatividade indiana, David e Jauffret-Spinosi destacam que:

El sistema jurídico indio ha sido desde su inicio sumamente complejo. La sucesión de una centena de Dharmasastras fracasó en la consecución del objetivo de uniformizar la legislación. En forma por demás inteligente sus autores evitaron esta uniformidad. Inglaterra gobernada por su tradición de ley commune intentó someter a la India a su propio derecho, a través de la codificación, sin conseguirlo.⁵⁰¹

Como resultado deste processo histórico, até a independência da Índia, o Direito Hindu sofreu alterações significativas que corroboraram para sua reestruturação.

Apesar de avanços significativos em termos de positivação de direitos e de procedimento judicial, uma das ponderações relevantes sobre a imposição do Direito “anglo-indiano” consiste no seguinte questionamento se: “estas modificaciones eran realmente deseadas o incluso aceptables para la mayoría de la población que se mantenía altamente vinculada a su tradición”.⁵⁰²

⁴⁹⁹ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p.364.

⁵⁰⁰ VICENTE, 2012, p. 483.

⁵⁰¹ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.383.

⁵⁰² DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.369.

Uma vez que se leva em conta esse questionamento, outro problema surge: “es válido cuestionarse en qué medida el derecho oficial, redactado en lengua inglesa, corresponde al derecho aplicable de la India”. É por isso que passaremos a analisar no próximo tópico o Direito Indiano atual, desde uma perspectiva do seu Direito Constitucional vigente, na busca por entender qual foi o resultado, o produto, desse acoplamento histórico.⁵⁰³

3.1.3 O proceso de independência da Índia e as bases do constitucionalismo indiano

Entre o processo de independência, de separação do Paquistão e de construção da nova autonomia jurídico-constitucional, a Índia teve um grande papel no cenário político internacional, notadamente entre os países em desenvolvimento, pela forma como reconheceu, desde os idos da década de 1950, os direitos humanos em sua Constituição. Introduziu, assim, ao menos em termos de discurso legal, os direitos humanos como uma questão que merecesse atenção por parte do Estado, dos cidadãos e das comunidades locais (nas quais, até os dias de hoje, os costumes tradicionais rivalizam com a legislação constitucional). Neste sentido, é interessante o comentário de Balakrishnan:

A Índia é descrita como a maior democracia do mundo por conta de sua população. O seu poder judiciário independente está no centro da estrutura de ‘controle de constitucionalidade’ que não apenas garante um sistema confiável de freios e contrapesos entre os diferentes poderes, mas também funciona como instrumento de mudança e desenvolvimento social.⁵⁰⁴

Mas essas características possuem origem em um processo mais longo e profundo. No processo de independência da Índia, alguns fatos foram sobremaneira relevantes para a posterior feitura do texto constitucional

⁵⁰³ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.369.

⁵⁰⁴ BALAKRISHNAN, K. G.. *A Prática do Controle de Constitucionalidade nos dias de Hoje*. Palestra proferida no Supremo Tribunal Federal (Brasil) pelo Presidente da Suprema Corte da Índia, em 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Contrôle_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2016.

indiano. Quando surgiram os novos nacionalistas hindus “movidos pelos ideais de liberdade e de democracia, recorreram à resistência pacífica das massas para lutar pelo fim do domínio estrangeiro”. Nas palavras de French, esses novos nacionalistas Hindús já estavam cansados de serem manobrados com a concessão de “ninharias e títulos especiais” dados aos “governantes-clientes”.⁵⁰⁵

É neste contexto que, em 1885, foi criado o Congresso Nacional Indiano pelos profissionais liberais que buscavam uma maior participação no governo. Segundo Losano, o congresso poderia ser classificado como “escola de parlamentarismo” que se empenhou em combater a discriminação dos indianos nos tribunais ao mesmo tempo que opuseram-se às tradições indianas que não podiam ser compatibilizadas com o “novo espírito liberal”.⁵⁰⁶

Os movimentos de independência se intensificaram após a primeira Grande Guerra. É neste contexto que foram feitos, pelos membros dos movimentos, pedidos de reformas da estrutura normativa aplicada na Índia.

Como resultado das reivindicações dos movimentos independentistas, em 1918, entrou em vigor a última Constituição da Índia colonial denominada *Government of India Act*. Importante destacar que esta Constituição atribuía um duplo princípio de governo, isto é, uma “diarquia”.⁵⁰⁷

Com a refutação da resistência indiana em cooperar com o controle colonial britânico, cinco décadas após a criação do Conselho Nacional Indiano e sob a direção criativa de Mohandas Gandhi, o Mahatma ou ‘grande espírito’, o Congresso tornou-se um movimento popular em prol da libertação do império britânico.⁵⁰⁸

Durante a vigência da Constituição de 1919, o processo de negociação entre os indianos e os britânicos acabou por notabilizar as peculiaridades dentro do próprio povo indiano. Assim, “toda tentativa de

⁵⁰⁵ FRENCH, 2011, p.18.

⁵⁰⁶ LOSANO, 2007, p. 482.

⁵⁰⁷ LOSANO, 2007, p. 484.

⁵⁰⁸ FRENCH, 2011, p.18.

instituir órgãos representativos chovava-se sempre com as desconfianças recíprocas de hindus e muçulmanos”.⁵⁰⁹

Dentro do Congresso Nacional Indiano, os representantes muçulmanos estavam preocupados com a grande representatividade dos Hindus, que poderiam, com a independência da Índia, colocar em xeque o estatuto muçulmano. Outra questão que marcou os conflitos entre muçulmanos e hindus foi a eleição do hindi como língua oficial do Congresso e não o urdu.⁵¹⁰

Ainda, no que diz respeito aos conflitos entre hindus e muçulmanos, a seguinte passagem narra, de modo claro, os conflitos dentro do Congresso que resultaram na violenta separação do Paquistão e da Índia:

Quando a incerteza política se acentuou, durante a Segunda Guerra Mundial um grande número de muçulmanos voltou-se para Mohammad Ali Jinnah, que pretendia criar uma pátria ou um local seguro para sua comunidade, em regiões do Norte da Índia onde os muçulmanos constituíam a maioria. O Congresso Nacional Indiano não se apercebeu a enorme gravidade desta reivindicação. Em 1946, a Liga Muçulmana de Jinnah ainda estava disposta a aceitar uma federação em que a defesa, a política externa e as comunicações ficassem sobre o controlo conjunto, em vez de exigir um Paquistão totalmente independente. Durante as negociações Jinnah foi encurralado por um partido do Congresso triunfalista e pela incompetência britânica: o resultado foi a divisão sangrenta e catastrófica do império britânico em dois domínios – o Paquistão e a Índia.⁵¹¹

A independência da Índia se deu com a saída do império britânico⁵¹² do território indiano. O cenário, à época, mostrou uma situação instável,

⁵⁰⁹ LOSANO, 2007, p. 485. Importante destacar também, que as questões de rivalidade entre hindus e muçulmanos e seu constantes desacordos fizeram com que em 1932, o primeiro – ministro britânico decidisse “proteger oficialmente as minorias religiosas grantindo-lhes um mínimo de representantes ao lado da arrasadora maioria hinduísta. Contra esse Communal Award Gandhi iniciou jejum total até obter sua revogação”.

⁵¹⁰ As línguas Hindi e Urdo “se desenvolveram a partir do dialeto ‘khari boli’ falado na região de Delhi, no norte da Índia. Junto com essa origem comum, Hindi e Urdu também compartilham a mesma gramática e a maior parte do vocabulário básico da vida cotidiana; Mas desenvolveram-se como duas línguas seperadas”. (THE HINDI Urdu Flagship at the University of Texas at Austin. Disponível em: <<http://hindiurduflagship.org/about/two-languages-or-one/>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017).

⁵¹¹ FRENCH, 2011, p.20.

⁵¹² French explica em breves linhas o contexto no qual resultou a retirada do império britânico da Índia: “Quando o império britânico se retirou estava prestes a desmoronar-se. A política estava desmoralizada, o exército refletia as fraturas religiosas e a administração desintegrava-se. Os imperialistas não tinham deixado qualquer força de manutenção de paz que fosse eficaz. Encontrando-se à beira da bancarrota, depois de ter dependido da ajuda financeira

notadamente pelo fato de a Índia independente se encontrar com um território consideravelmente menor após o governo indiano assumir o país.⁵¹³

Após a independência, enquanto a parte Norte sofria com a violência e com a catastrófica divisão com o Paquistão, Vallabhbhai Patel, líder do Congresso Nacional Indiano, estava preocupado em assegurar a coesão territorial da Índia, para tal liderou uma força-tarefa muito audaciosa, para fazer com que os principados se integrassem à Nação Indiana. Calcula-se que existiam 554 reinos. Com efeito, essa tarefa teve muitas particularidades, pois “cada reino indiano era diferente, o que mostrava a variedade das comunidades sociais, étnicas e religiosas do subcontinente”, e tendo-se em vista as especificidades de cada reino, Patel traçou uma estratégia que fosse capaz de garantir a coesão da Índia.⁵¹⁴

Com a independência, a Índia passou a ser uma República Democrática, possuindo um ordenamento jurídico considerado híbrido, que associa, em sua ordem jurídica interna, particularidades das famílias romano-gemânica e da *Common Law*, com o legado da normatividade tradicional, e que contempla, como fonte precípua do Direito atual, uma constituição escrita.⁵¹⁵

3.1.4 O Direito Constitucional contemporâneo da Índia

3.1.4.1 - A Constituição da República da Índia de 1950

A atual Constituição da República Democrática da Índia foi aprovada pela Assembleia Constituinte, em 26 de Novembro 1949, e entrou em vigor em 26 de janeiro de 1950. O tempo que durou o processo de

americana durante a Segunda Guerra Mundial, a Grã-Bretanha tinha uma preocupação: partir.” (FRENCH, 2011, p. 25).

⁵¹³ “O nordeste e o noroeste converteram-se no Paquistão, ficando a fazer parte da Índia seis províncias inteiras (Bombai, Madrasta, Orissa, Bihar, as Províncias Unidas e as Províncias Centrais), que se encontram sob o domínio britânico, e uma parte de três outras (Penjabe, Bengala e Asam)” (FRENCH, 2011, p. 25).

⁵¹⁴ FRENCH, 2011, p.27.

⁵¹⁵ VICENTE, 2012, p. 423.

elaboração do texto constitucional foi de cerca de cinco anos, e contou com as assinaturas de muitos membros fundadores da República da Índia. Dentre eles podemos destacar um grande líder dos “intocáveis” na Índia, Ambedkar “tinha sido Ministro da Justiça no primeiro governo da Índia independente e participara da redação da Constituição do país [...]”⁵¹⁶ Esses redatores tinham por escopo “garantir a ‘unidade’ e a ‘democracia’ e criar uma ‘revolução social’”.⁵¹⁷ Nas palavras de Barak:

Para manter uma verdadeira democracia – e para garantir um equilíbrio delicado entre seus componentes – é preferível uma constituição formal. A fim de funcionar com eficácia, uma constituição deve ter supremacia normativa, não deve ser tão facilmente alterável quanto uma lei ordinária e deve dar aos juizes o poder de examinar a constitucionalidade da legislação. Sem uma constituição formal, não existe limitação jurídica da supremacia legislativa e a supremacia dos direitos humanos só pode existir como resultado do autocontrole da maioria. Uma constituição, no entanto, impõe limitações jurídicas ao legislativo e garante que os direitos humanos sejam protegidos não apenas pelo autocontrole da maioria, mas também pelo controle constitucional sobre a maioria. Daí a necessidade de uma constituição.⁵¹⁸

A Constituição da Índia está dividida em 22 Títulos e composta por 395 artigos. Até 2015 a Constituição da Índia sofreu 100 alterações por via de Emendas Constitucionais. Dentro dessa estrutura, o nosso foco de investigação se concentrará principalmente na Parte III, que dispõe sobre os Direitos Fundamentais.

Já no início do Texto Constitucional Indiano podemos observar os valores fundamentais declarados pela República Democrática Indiana no preâmbulo da Constituição. Veja-se:

NOSOTROS, EL PUEBLO DE LA INDIA, habiendo decidido solemnemente constituir la India como una (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA, LAICA, SOCIALISTA Y SOBERANA) y para asegurar a todos sus ciudadanos: LA JUSTICIA, social, económica y política; LA LIBERTAD de pensamiento, de expresión, de creencias, de fe y de culto; IGUALDAD de estatus y de oportunidades; LA FRATERNIDAD que asegure la dignidad del individuo y la (unidad y integridad de la Nación).⁵¹⁹

⁵¹⁶ NAIPAUL, V. S. *Índia: um milhão de motins agora*. Trad. de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 08.

⁵¹⁷ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵¹⁸ BARAK, Aaron *apud* BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵¹⁹ BAKSHI, 2013, p. 03.

O Direito na Índia ainda necessita alcançar a todos os grupos sociais, por menores e mais distantes das cidades onde se localizam estas comunidades. Apesar do vanguardismo da Constituição da Índia para sua época, a normatividade indiana atual ainda vive a forte dualidade entre a normatividade hindu tradicional e o modelo constitucional de Direito, calcado nos direitos fundamentais como núcleo e razão-de-ser do sistema normativo. O caminho a ser percorrido ainda é longo, apesar da abertura para diálogos no âmbito internacional, a Índia contemporânea ainda carece muito de apoio dos poderes institucionais, para garantir de modo efetivo, o cumprimento dos Direitos humanos -fundamentais. Analisaremos os termos desta dualidade no sistema de fontes normativas atuantes no modelo constitucional indiano.

3.1.4.2 - A estrutura das fontes do Direito na ordem constitucional indiana

Quanto à normatividade tradicional ainda presente, são consideradas fontes do direito Hindu, os textos revelados, as tradições, os comentários e os tratados, o costume, a jurisprudência e a lei. “O direito hindu tem na sua origem o denominado *Dharma*⁵²⁰”, e suas fontes podem ser divididas em primárias e secundárias. De acordo com os ensinamentos da cultura religiosa hinduísta, são considerados como fonte primária (de origem divina segundo o hinduísmo) os chamados *sruti* (revelações), e como fonte secundária de (de origem humana) as *smriti* (tradições).⁵²¹

El Dharma⁵²² gravita en torno a la concepción de obligaciones, y no a la de derechos; las reglas del Dharma le indican a cada miembro de la

⁵²⁰ “El dharma se funda sobre la creencia que existe un orden del universo, inherente a la naturaleza de las cosas que no debe perturbar el hombre. Prescribe las leyes morales que deben observarse para evitar toda amenaza a este orden normativo o para restaurarlo, de ser necesario. El dharma se refiere de igual manera a la conducta de los hombres en su conjunto. El dharma no diferencia entre obligaciones religiosas y obligaciones propiamente jurídicas. En esa forma prescribe a los hindúes la penitencia a la que deben someterse cuando han infringido la ley y las ocasiones con la que deben ofrecer sacrificios. La idea moderna de “derechos subjetivos” es totalmente extraña al Dharma” (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358).

⁵²¹ VICENTE, 2012, p. 70 e 428.

⁵²² Em termos de diálogos entre culturas, uma crítica pertinente à questão dos significados entre culturas distintas Jullien afirma o seguinte: “Se *dharmā* é o termo mais ostensivamente traduzível em língua europeia, a ponto de não encontrar nela nenhum equivalente possível (podemos traduzi-lo também por elemento-qualidade-origem-norma da conduta-caráter das

comunidad cómo debe regir su conducta, si pretende ser un hombre de bien, así como de cualquier otra inquietud que pudiera albergar. Las obligaciones que se imponen en esa forma varían según la casta, el sexo y la etapa de la vida. Aunque na haya sanciones para la mayoría de las reglas, la creencia en la metempsicosis obliga a los miembros de la comunidad a resignarse. Aquellos que han descuidados de sus obligaciones durante su vida activa estarán obligados a recomponerlas en más adelante.⁵²³

Importante destacar, que a cultura normativa hindu está intimamente ligada a algo eminentemente religioso e metafísico, e como veremos, estes pontos de contato entre direito e cultura se concretizam muitas vezes através dos textos sagrados. Grande exemplo está presente em um de seus escritos principais: os *Veda*.

*Rigveda*⁵²⁴, *Yajurveda*⁵²⁵, *Samaveda*⁵²⁶ e *Atharvaveda*⁵²⁷ são os livros sagrados que compõe o *Veda*⁵²⁸. Eles possuem um papel fundamental no processo ritualístico hindu, trazendo como alicerce para a vida dos indivíduos, desde uma análise eminentemente religiosa, o arraigamento de valores baseados numa crença que afere uma “estreita ligação entre o indivíduo e a

coisas-moral-verdade-justiça etc.), é porque não é entendido plenamente, na medida em que é capaz de declinar-se em conjunto apenas do ponto de vista do que proporciona a *coesão* das coisas: que as mantem juntas, de maneira co-erente (não aberrante) e permite sua continuidade”. (JULLIEN, François. *O diálogo entre culturas: do universal ao multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.140).

⁵²³ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358. Por outro lado, o conceito de karma é compreendido pelo hinduísmo como “el remanente de la acción, considerando que todo acto humano jamás es perfecto. Luego, el karma se consume y finiquita como si fuese un residuo el que se ha de desechar por ser nocivo (en sí, es la expresión física del mal)”. (MELITÓN, s/a, p. 02-03).

⁵²⁴ O Livro dos Hinos é o primeiro e mais antigo Veda, considerado o documento literário mais antigo do hinduísmo. Estudos estabelecem que foi escrito por volta de 1700-1100 a.C. e é composto por hinos, rituais, oferendas e sacrificios para as divindades.

⁵²⁵ Escrito durante o período Védico 1500 a. C a 500 d.C., este Veda hindu contém textos religiosos.

⁵²⁶ O terceiro Veda hindu, é composto por hinos e é considerado o segundo mais importante Veda.

⁵²⁷ O quarto Veda é composto por *rishis* (antigos videntes hindus da verdade espiritual), tais como Bhrigus e Anngirasas, que tiveram a revelação do Veda.

⁵²⁸ “Grupo de himnos y versos sagrados, compuestos en sánscrito arcaico. Período de la composición: 1500-1200 a.C. Juntos conforman un cuerpo de literatura litúrgica, desarrollada alrededor del culto y ritual del soma. Recurre a deidades hereditarias que personifican fenómenos naturales y cósmicos. La llamada literatura védica, incluidos los Upanisadas, son sruti -revelación divina. Los Vedas fueron mantenidos oralmente por generaciones antes de ser puestos por escrito (que se consideró casi herejía)”, (MELITÓN, s/a, p.3).

família, o clã, a sociedade e o próprio universo que o rodeiam, que é a chave para a compreensão do Hinduísmo”.⁵²⁹

Ainda, sobre as fontes do direito Hindu, nos cabe demonstrar o papel das tradições no Ordenamento Jurídico indiano. Notadamente no que se refere às *smritis*⁵³⁰ denominadas *Dharmasutras*⁵³¹ e *Dharmasatras*⁵³², que contém um arcabouço de condutas morais que devem ser respeitadas pelos hindus, de acordo com sua “condição social e espiritual”.⁵³³

Estamos a considerar a experiência jurídica em sentido próprio, i. é, enquanto processo apenas humano e histórico do direito. Mas o direito tem conhecido também uma imputação que ultrapassa o domínio dessa experiência – é o caso da sua imputação carismática e religiosa. Se esta última se verifica quando o direito se compreende, não autonomamente constituído numa experiência, mas comunicado e imposto diretamente por Deus numa revelação, é isso que acontece [...] [no] direito religioso-metafísico hindu, guardado nos textos sagrados dos *Scrutis* e *Sastras*.⁵³⁴

Dentre os textos denominados Dharmasatras o mais notável é o Código de Manu, considerado “obra fundamental do Direito hindu”, tem sua origem datada entre os séculos II e III d.C, o que o torna “ uma das codificações mais duradouras da História da Humanidade”.⁵³⁵

O Código de Manu (ou Leis de Manu) é composto por 12 livros.⁵³⁶ Este Código tem grande importância mesmo nos dias de hoje, entretanto

⁵²⁹ VICENTE, 2012, p. 428.

⁵³⁰ “Literatura sagrada que se basa en la memoria humana. Distinta a los Vedas que son sruti, revelación divina. Smurti sirve para elaborar, interpretar, y codificar la literatura Védica. Menos autorizante que la literatura Védica, pero es más conocida”, (MELITÓN, s/a, p.6).

⁵³¹ “Escritos em forma de aforismos sintaticamente ligados entre si (sutras)”. VICENTE, 2012, p. 428.

⁵³² “Redigidos em forma de versículo (slokas)”. Alguns podem ser lidos ainda nos dias atuais pois tiveram sua escrita preservada, além disso alguns Dharmasatras foram traduzidos para várias línguas europeias. São alguns exemplos de Dharmasatras os atribuídos a Apastamba, Gautama, Baudhayana, Vasistha. (VICENTE, 2012).

⁵³³ VICENTE, 2012, p. 430.

⁵³⁴ NEVES, A. C. Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXIII, 1982, p. 181-2.

⁵³⁵ VICENTE, 2012, p. 430.

⁵³⁶ Os livros do Código de Manu são: livro primeiro: Criação (composto por 29 versículos); segundo livro: Sacramentos, Noviciado (composto por 120 versículos); livro três: Casamento: Deveres do chefe da família (composto por 142 versículos); livro quatro: Meios de subsistências: Preceitos (composto por 125 versículos); quinto livro: Regras de abstinência e de purificação (composto de 82 versículos); livro sexto: Deveres do eremita e do ascético (composto por 48 versículos); sétimo livro: Conduta que os reis e a classe militar devem observar (composto por 119 versículos); oitavo livro: Leis civis e criminais: O ofício dos juizes (composto de 213 versículos); nono livro: Leis civis e criminais: Deveres da classe comerciante

alguns de seus ensinamentos vão de encontro a muitas questões estabelecidas no Ordenamento Jurídico atual da Índia. Dentre elas, entendemos ser o Princípio da Igualdade a principal divergência de ambos os lados. Sabemos, que, por um lado, o Código de Manu traz um *modelo de conduta* a ser seguido, notadamente para os Brâmanes, e, por outro lado, traz a compilação de praticas aceitas pela comunidade desde a época de sua feitura. Isso nos demonstra, por exemplo, o papel da mulher naquela época e de acordo com este Código, as mulheres “deben estar mantenidas por sus protectores en estado de dependencia; y deben estar sometidas a la autoridad de las personas de quienes dependen, cuando tienen muy grande inclinación a los placeres inocentes y legítimos”.⁵³⁷

Outro exemplo que citamos, presente no Código de Manu, é referente à discriminação entre a casta mais importante, os Brâmanes, e as demais castas. Esta superioridade se torna evidente nos seguintes versículos do Código de Manu:

54. « Matar a un Bracmán, beber licores espirituosos prohibidos, robar el oro de un Bracmán, cometer adulterio con la mujer de su padre natural o espiritual han declarado los legisladores que son crímenes de mayor grado, así como toda relación con los hombres que los han cometido.

55. « Jactarse falsamente de ser de condición elevada, darle al rey un informe mal intencionado, y acusar injustamente a un maestro espiritual son crímenes casi semejantes al de matar a un Bracmán.⁵³⁸

Para o texto constitucional Indiano em vigência, esses ensinamentos contidos no Código de Manu ferem de modo inequívoco suas disposições constitucionais, notadamente o artigo 14 da Constituição que estabelece a igualdade perante a lei e o artigo 15 que proíbe a discriminação por causa de religião, raça, casta, sexo e lugar de nascimento.

e da classe servil (composto de 166 versículos); décimo livro: Classes mistas: tempos de miséria (composto por 65 versículos); décimo primeiro livro: Penitências e sacrificios (que consistem em 135 versículos) e; décimo segundo livro: Transmigração das almas: Final (composto por 78 versículos) (MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA. Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Trad. de A. Loiseleur-Deslongchamps. Paris: Garnier Frères, 1909).

⁵³⁷ MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, 1909, p.154.

⁵³⁸ MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, 1909, p. 198.

Há prevalência formal do Texto Constitucional sobre o Código de Manu, no que tange aos direitos fundamentais, uma vez que, a Constituição deve prevalecer sobre qualquer outra fonte do direito indiano. Neste sentido, o disposto no artigo 13, parágrafo primeiro, estabelece que qualquer lei incompatível com dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional deve ser considerada nula na medida da sua incompatibilidade.

Ainda, sobre a tradição dos Dharmasutras e Dharmasatras é importante destacar que estas obras deixaram de ser atualizadas no século VIII. A partir daí, a função de sistematizar e interpretar traduções já compiladas ficou a cargo dos juristas hindus. Por conseguinte, surgiram os *Nibandhas*⁵³⁹, que durante a Idade Média serviram de diretivas para aplicação do direito pois não podiam ser considerados códigos ou leis, mas as complementavam e davam sentido e aplicabilidade nos novos tempos e contextos. Durante a colonização britânica, os *Nibandhas* foram de grande valia para os juizes ingleses na aplicação do direito na Índia. Não obstante, essas compilações não podem ser considerados fontes de Direito “na medida em que as opiniões neles formuladas não obrigam os tribunais”.⁵⁴⁰

Também é considerado como Fonte do Direito na Índia, os Costumes. Na cultura indiana os costumes tiveram, e ainda têm, grande importância. Apesar disso, por vezes, a herança costumeira ainda praticada na atualidade acaba por contradizer preceitos constitucionais de suma importância, devido a questões religiosas, de castas entre outras:

A fim de que possa ter como vigente um costume, é necessário, segundo a jurisprudência indiana, que se demonstre que certo uso, que pela sua duração e pela uniformidade se sua observância em detrimento do meio (seja este uma localidade, uma casta ou uma família) foi consensualmente aceite como expressão de uma regra de conduta vinculativa.⁵⁴¹

⁵³⁹ “Os preceitos ou normas de conduta religiosas, morais e jurídicas constam do livro Dharmasastras, os quais contêm os ensinamentos dos sábios da tradição hindu chamado Smūr̥ti, dos quais os mais conhecidos são: Manu; Yajñalkaya e Nibandhas Narada. Os comentários desses livros são escritos em sânscrito, exclusivamente por juristas. Nenhum deles pode ser catalogado ou qualificado como código e muito menos como um conjunto de leis. A autoridade desses livros advêm dos laços que os prendem aos livros sagrados, contemplados como os únicos que contêm a Verdade Revelada. CAMPOS NETO, 2009, p. 86.

⁵⁴⁰ VICENTE, 2012, p. 433.

⁵⁴¹ VICENTE, 2012, p. 433-4.

Com efeito, os costumes têm um papel importante na construção da história do direito na Índia. Podemos perceber, que no próprio texto do Código de Manu a referência aos costumes se dá do seguinte modo: “18. La costumbre perpetuada en este país, por la tradición inmemorial, entre las clases primitivas y las clases mezcladas, está declarada buena costumbre”.⁵⁴²

Quando o conflito se dá entre regramentos do Dharma e um costume, este prevalece. A fundamentação para a prevalência do costume sobre o Dharma consiste em que este possui um modelo ideal com maior alcance nas castas consideradas superiores.⁵⁴³ É neste sentido que David e Jauffret-Spinosi acrescentam que “las dharmasastras se aplican prácticamente en forma exclusiva a los brahmanes. La costumbre por su parte, ha sido elaborada con el transcurso de los siglos. Se ha deliberadamente conservado bajo la forma oral”.⁵⁴⁴

Cabe destacar que no Direito Hindu atual os costumes ainda desempenham um papel efetivo em algumas searas do direito, respeitado porém o texto constitucional, notadamente no que diz respeito aos Direitos Fundamentais.⁵⁴⁵

O Direito Hindu clássico foi eminentemente oral, sendo raras as vezes em que se chegou a utilizar de precedentes, com as decisões proferidas estando gravadas na “memória coletiva”. Estavam presentes na administração da Justiça, as Assembleias da Aldeia (*Panchayat*)⁵⁴⁶ que podiam ser compostos dentro de uma casta ou mesmo dentro de uma aldeia ou ficava a cargo do príncipe ou de seu delegado.⁵⁴⁷

⁵⁴² MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, 1909, p. 40.

⁵⁴³ VICENTE, 2012.

⁵⁴⁴ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, 360.

⁵⁴⁵ VICENTE, 2012.

⁵⁴⁶ Conhecida também por Assembleias da aldeia (*panchayat*), ainda permanecem em funcionamento nos dias de hoje, mas sofreram limitações de poder após a entrada em vigência dos *Village Panchayat Acts*. Lei que regula o processo de constituição e formação dos Panchayats e estabelece a estrutura das assembleias e conselhos, dispõe sobre a qualificação e a desqualificação de seus membros, além de enumerar os direitos e os deveres relacionados com a função. A título de exemplo Cf. <http://www.tnrd.gov.in/pract/tnpa_contents.html>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

⁵⁴⁷ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, 360.

A partir do século XVII os Dharmasatras foram dando lugar ao *Common Law*. A Jurisprudência começou a ganhar força com a colonização inglesa e a conseqüente instalação de tribunais estruturadamente britânicos, “e a introdução do princípio *stare decisis*”. Ademais, as mudanças foram marcadas pela introdução dos ritos processuais britânicos. Apesar disso, o direito da pessoa foi a única matéria tradicional a prevalecer fortemente dentro do Direito Hindu Moderno. Os manuais utilizados, no processo de introdução do *Common Law*, estavam publicados em língua inglesa implantando assim, na Índia, leis modernas e precedentes oriundos das Cortes Inglesas. Segundo Vicente e outros estudiosos é a partir daí que se funda a transição do Direito Hindu Tradicional para o Direito Indiano Moderno.

Atualmente os Tribunais Superiores Indianos emitem decisões que passam a abrir precedentes, e por sua vez, vinculam as decisões de mesma matéria, sendo inclusive, segundo teóricos do direito, desnecessário o recurso às fontes originárias do Direito Hindu, em razão da força substitutiva do precedente. Assim, os precedentes passam a ser, na Índia, fontes da maioria da normatividade do Direito Hindu Contemporâneo.⁵⁴⁸

Dando continuidade à análise das fontes do Direito na “maior democracia do mundo”, e seus respectivos contextos históricos, verificamos claramente que “as fontes do Direito hindu não são hoje, porém, apenas os textos sagrados, o costume e a jurisprudência, antes compreendem também, na Índia e noutros países, a lei”.⁵⁴⁹

Na Índia Independente, foi proposto pelo Parlamento a produção uma codificação total do Direito Hindu, o que para alguns foi considerado como uma “subversão do Hinduísmo” tal proposta. Apesar disso, em 1955 foram adotadas quatro codificações (*The Hindu Code*) que consistiam na atualização do Direito Hindu nas matérias de Família e Sucessões.

⁵⁴⁸ VICENTE, 2012.

⁵⁴⁹ VICENTE, 2012, p.437.

As quatro leis foram compostas por: *The Hindu Marriage Act* (1995), *The Hindi Minority and Guardianship Act* (1956), *The Hindu Adoption and Maintenance Act* (1956), *The Hindu Succession Act* (1956, e alterado em 2005). Estas leis estabeleceram o direito hindu reformado aplicado ainda hoje na Índia.

Outra fonte do Direito Indiano são os tratados internacionais ratificados pelo Estado indiano. Assim, em termos de Direito Internacional, cabe ressaltar a preocupação do texto constitucional com os deveres fundamentais do Estado no que diz respeito às relações internacionais. Esses deveres estão dispostos no artigo 51, são eles:

Artículo 51. Promoción de la paz y la seguridad internacionales. El Estado procurará: a) promover la paz y la seguridad internacionales; b) mantener relaciones justas y honorables entre las naciones; c) fomentar el respeto del derecho internacional y de las obligaciones derivadas de los tratados en el proceder entre pueblos organizados; y d) estimular el arreglo mediante arbitraje de las disputas internacionales.⁵⁵⁰

Importante ressaltar que os Tratados acima mencionados não se incorporam automaticamente ao Ordenamento Jurídico Interno, necessitam para tanto, de uma normatização adequada para se tornarem lei nacional. A tendência dos tribunais nestes casos é fazerem interpretações mantendo uma harmonização para com as normas de Direito Internacional. E no caso de que haja alguma desconformidade, o ordenamento jurídico interno prevalecerá em detrimento de uma norma internacional ainda não incorporada ao sistema jurídico indiano.⁵⁵¹

Para que um Tratado seja incorporado ao ordenamento jurídico interno e tenha força de lei nacional, a Constituição determina residir no parlamento o processamento dos trâmites necessários em relação aos acordos internacionais aderidos pelo Índia para tornar vigente a normativa internacional no território indiano. Assim, o artigo 253 do Diploma Constitucional dispõe que:

⁵⁵⁰ BAKSHI, 2013, p. 161.

⁵⁵¹ BAKSHI, 2013.

Artículo 253. Legislación para dar cumplimiento a los acuerdos internacionales. No obstante lo dispuesto en las disposiciones precedentes de este Capítulo, el Parlamento podrá dictar cualquier ley para todo o parte del territorio de la India, a fin de que se de cumplimiento a cualquier tratado, acuerdo o convención con cualquier otro u otros países, o a cualquier resolución alcanzada en una conferencia, asociación u otro organismo internacional.⁵⁵²

Por fim, podemos atestar que o Direito Hindu atual sofreu muitas alterações no decorrer de seu processo evolutivo. E neste sentido, é necessário explicitar que o Direito Hindu Contemporâneo “aplicado como derecho oficial en la India de hoy, es un derecho diferente del derecho tradicional, tanto en el plano de las fuentes como en el de los contenidos y los valores. Este nuevo derecho hindú estatalizado sigue siendo, de todas formas, hindú.”⁵⁵³

3.1.4.3 - A divisão de poderes e funções na ordem constitucional indiana

Assim como nos demais países dos BRICS, a divisão de poderes na Índia também segue a clássica tripartição entre Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que “nenhum dos três poderes tem absoluta autonomia ou ascendência sobre os outros; é dada a cada poder, no entanto, a possibilidade de fiscalizar o exercício de poder dos demais”.⁵⁵⁴ Ao contrário do que ocorre na Rússia, os poderes constitucionais na Índia revelam indicadores de maior equilíbrio e harmonia.

No âmbito da união, o chefe do Poder Executivo é o Presidente da Índia. De acordo com o artigo 53 do Texto Constitucional o poder é conferido ao Presidente e deve ser exercido diretamente por ele e por agentes subordinados de acordo com o disposto na Constituição.⁵⁵⁵

⁵⁵² BAKSHI, 2013, p. 360.

⁵⁵³ FRANCAVILLA, Domenico. Las reformas del derecho de familia en india: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal. Universidad Externado de Colombia: *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julio - diciembre de 2012, p.26. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3301>>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

⁵⁵⁴ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁵⁵ No mesmo dispositivo constitucional está prescrito também o seguinte: “Artículo 53. El poder ejecutivo de la Unión. [...] 2) Sin perjuicio de la generalidad de la disposición anterior, el mando supremo de las Fuerzas de Defensa de la Unión se otorgará al Presidente, y el ejercicio de dicho mando se regulará por ley; 3) Nada de este artículo: a) será considerado como traspaso al Presidente de cualquiera de las funciones conferidas al Gobierno de un Estado o a otra autoridad por cualquiera de las funciones conferidas al Gobierno de un Estado

De acordo com o artigo 54 da Constituição, a eleição para Presidente é feita por membros do colégio eleitoral composto da seguinte forma: membros eleitos de ambas as Câmeras do Parlamento e por membros eleitos das Assembleias Legislativas dos Estados (incluindo a Capital Nacional, o Território de Deli, e o Território da União de Pondicherry).⁵⁵⁶

Para ajudar e assessorar o Presidente, a Constituição prevê um conselho de Ministros, de acordo com o artigo 74.⁵⁵⁷ Este Conselho é liderado pelo Primeiro-Ministro que deverá ser nomeado pelo Presidente. O sistema de governo é parlamentarista.

O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento da União em âmbito nacional, e por Parlamentos Estaduais a nível estadual. De acordo com o artigo 79, “habrá um Parlamento de la Unión integrado por el Presidente y las Cámaras, que se denominarán respectivamente Consejo de los Estados y Cámara del Pueblo”. Os Conselhos de Estado são compostos por 12 membros, com experiência prática em várias áreas do saber ou que possuam conhecimentos especiais e devem ser nomeados pelo Presidente. Os

o a otra autoridad por cualquier ley existente; o b) impedirá al Parlamento conferir funciones mediante ley a otras autoridades distintas del Presidente” (BAKSHI, 2013, p. 164-165).

⁵⁵⁶ A eleição se dará da seguinte forma: “Artículo. 55. Modo de elegir al Presidente. 1) En la medida en que sea factible, habrá uniformidad en la proporción de la representación de los distintos Estados en la elección del Presidente; 2) Para garantizar dicha uniformidad entre los Estados inter se, así como la paridad entre los Estados como un todo y la Unión, el número de votos que cada miembro electo del Parlamento y de la Asamblea Legislativa de cada Estado esté autorizado a emitir en esa elección se determinará de la siguiente manera: a) cada miembro electo de la Asamblea Legislativa de un Estado tendrá tantos votos como múltiplos de mil haya en el cociente resultante de dividir la población del Estado por el número total de los miembros electos de la Asamblea; b) si, después de tomar los mencionados múltiplos de mil, el resto no es menos de quinientos, el voto de cada miembro referido en el apartado (a) se incrementará en uno; c) cada miembro electo de cualquiera de las Cámaras del Parlamento tendrá el número de votos que resulte de dividir el número de votos asignado a los miembros de las Asambleas Legislativas de los Estados, según los apartados a) y b), por el número total de miembros electos de ambas las Cámaras del Parlamento, con la particularidad de que las fracciones que excedan de un medio se contarán como uno, y las otras fracciones se desecharán” (BAKSHI, 2013, p. 166).

⁵⁵⁷ “Artículo 74: Consejo de Ministros para ayudar y asesorar al Presidente. 1) Habrá un Consejo de Ministros, encabezados por el Primer Ministro, para ayudar y asesorar al Presidente, quien actuará en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con dicho asesoramiento. Con tal de que el Presidente pueda requerir al Consejo de Ministros para que reconsidere dicho asesoramiento de manera general o de cualquier otra forma, el Presidente actuará de acuerdo con el consejo prestado después de esa reconsideración. 2) Ningún tribunal podrá investigar la cuestión de si se ofreció, y caso afirmativo cual fue, asesoramiento propuesto por el Consejo de Ministros” (BAKSHI, 2013, p. 176).

representantes dos Estados e Territórios não podem ultrapassar o número de 230 (duzentos e trinta) membros.⁵⁵⁸

Já a Câmara do Povo tem a seguinte composição: máximo de 530 membros eleitos nas circunscrições dos Estados, via eleições diretas; os Territórios terão no máximo 20 representantes e devem ser escolhidos de acordo com o disposto em lei.

De acordo com o artigo 168 da Constituição “en cada Estado habrá un Parlamento integrado por el Gobernador y por Cámaras”.⁵⁵⁹

Como vimos, o Direito na Índia, depois da Independência, sofreu muitas alterações. No entanto, a influência do *Common Law* continua muito presente. Apesar disso, o Direito Indiano se difere em muito do Direito Inglês. Um exemplo é a própria Constituição. Com efeito, a reconstituição das entidades federativas após a independência foi calcada sob uma base linguística. Isso significou que cada entidade federativa pode estabelecer sua própria identidade e seu próprio idioma oficial, fazendo com que a língua inglesa não fosse exclusiva e obrigatória.⁵⁶⁰

Segundo a Constituição, o idioma de base a ser usado no âmbito das Instituições de Estado será o inglês, abrindo-se, porém, espaço para a aprovação, em cada ente federativo, do uso oficial de outras línguas, notadamente o Hindi, conforme preceitua o texto constitucional.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Cf. Capítulo III. O Parlamento, Constituição da Índia.

⁵⁵⁹ BAKSHI, 2013, p. 242. Do seguinte modo: “Por dos Cámaras en los Estados de Andhra Pradesh, Bihar, Maharashtra, Karnataka, Tamil Nadu y Uttar Pradesh; y em los otros Estados, una Cámara. Cuando haya dos Cámaras en el Parlamento de un Estado, una será denominada Consejo Legislativo y la otra Asamblea Legislativa, y cuando haya una sóla Cámara, será conocida como Asamblea Legislativa”. Em âmbito Estadual as Câmaras são denominadas Assembleias Legislativas, existem Estados que possuem uma segunda câmara, estas são denominadas de Conselhos Legislativos. As Assembleias Legislativas devem ter um mínimo de 60 e máximo de 500 membros, via eleições diretas nas circunscrições territoriais dos Estados. Já os Conselhos Legislativos não poderão exceder “de un tercio del número total de miembros de la Asamblea Legislativa del Estado”, e em nenhuma hipótese o número de membros do Conselho Legislativos deverá ser menor que 40.

⁵⁶⁰ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.380.

⁵⁶¹ Neste sentido, a Constituição estabelece: “Artículo 348. El Idioma que se utilizará en el Tribunal Supremo, y en los Tribunales Superiores y en las leyes, proyectos de ley, etc. 1) No obstante lo dispuesto en las disposiciones precedentes de este Título, hasta que el Parlamento por ley disponga otra cosa, serán en idioma inglés.[...]. 2) [...], el Gobernador de un Estado podrá con el consentimiento previo del Presidente, autorizar el uso de la lengua hindi, o de

Sobre o Poder Judiciário, de acordo com o artigo 131 da Constituição Indiana, o Tribunal Supremo terá jurisdição em primeira instância ou em única instância nos casos: que envolvam o governo indiano e outro Estado; entre o governo indiano conjuntamente com outro Estado ou Estados contra outro Estado ou Estados; e quando for entre dois ou mais Estados, “siempre y cuando la disputa implique alguna cuestión (de hecho o de derecho), de la que dependa la existencia o el alcance de algún derecho legal”.⁵⁶²

Acerca do controle de constitucionalidade, a Constituição estabelece que:

Los tribunales de mayor jerarquía y la Suprema Corte de Justicia de la India, están investidos del poder de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y han ejercido plenamente este poder. La ley puede ser impugnada en todo momento, por una persona individual, en el curso de un proceso, lo que pone en un constante predicamento al conjunto de las leyes en vigor.⁵⁶³

O *Common Law* tem um papel fundamental sobre a questão dos precedentes judiciais, tendo-se em vista que, assim como nos Estados Unidos da América, os precedentes acabam por unificar a jurisdição, ainda que federativamente organizada:

En la India no existe una organización judicial diferente para la Unión y para los estados. Es una sola organización judicial que tiene en la cúspide a la Suprema Corte de Justicia, así como en las ciudades capitales de los grandes estados, cuyo mandato es vigilar tanto la aplicación de las leyes federales como las leyes de los estados.⁵⁶⁴

Verifica-se que as decisões do Tribunal Supremo são vinculativas e abrem precedentes para casos semelhantes, consubstanciado no artigo 141 do diploma constitucional, que dispõe o seguinte:

Artículo 141. El derecho declarado por el Tribunal Supremo será vinculante para todos los tribunales. El derecho declarado por el

cualquier otra lengua utilizada para cualesquiera fines oficiales del Estado, en los procedimientos ante el Tribunal Superior que tenga su sede principal en el Estado: Con tal que nada de esta cláusula se aplique a ningún fallo, auto u orden aprobado o dictado por dicho Tribunal Superior” (BAKSHI, 2013, p. 452).

⁵⁶² BAKSHI, 2013, p. 209. Importante destacar que o texto constitucional também dispõe que: “Con la condición de que la citada jurisdicción no se extienda a un litigio surgido de un tratado, convenio acuerdo o compromiso, *sanad*, o instrumento similar que habiendo sido firmado o ejecutado antes de que esta Constitución entrara em vigor, siga vigente, o disponga de la citada jurisdicción no se extienda a esse litigio”.

⁵⁶³ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.381.

⁵⁶⁴ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. p.381.

Tribunal Supremo será vinculante para todos los tribunales en el territorio de la Índia.⁵⁶⁵

Neste sentido, a questão que realmente é vinculante “es la *ratio* de la decisión, no el establecimiento de los hechos o la opinión del tribunal [...] es el principio que se encuentra al final de una lectura de la sentencia como un todo a la luz de las cuestiones planteadas ante el tribunal”.⁵⁶⁶

Seguindo a hierarquia dos Tribunais Indianos, logo abaixo do Tribunal Supremo temos os Tribunais Superiores dos Estados. Cada Estado deve ter um Tribunal Superior, de acordo com o artigo 214 da Constituição.⁵⁶⁷

Dentre as Competências dos Tribunais Superiores dos Estados, destacamos:

La competencia para expedir mandamientos u órdenes –‘writs’- del Tribunal Superior según el artículo 226 es más amplia que la del Tribunal Supremo. No se restringe a los derechos fundamentales, sino que se extiende a todos los casos en los que se alegue la violación de un derecho. [...] El mandamiento puede librarse para hacer cumplir los derechos fundamentales o ‘para cualquier otro propósito’.⁵⁶⁸

Importante destacar que os Tribunais Superiores têm o poder de supervisão e direção sobre os demais Tribunais.⁵⁶⁹ Assim, os Tribunais Subordinados também estão sob o controle dos Tribunais Superiores “dicho control incluye todos los aspectos, es exclusivo y efectivo, y debe servir de instrumento para la conservación de un rasgo básico de la Constitución, cual es la independencia del poder judicial”.⁵⁷⁰

O controle jurisdicional de constitucionalidade da Índia alcançou ser um sistema não apenas de controle formal-procedimental, mas também

⁵⁶⁵ BAKSHI, 2013, p. 222. As decisões do Tribunal Supremo são vinculantes, salvo: “a) Los *Obter dicta* es decir, afirmaciones que no forman parte de la *ratio decidendi*; b) Una decisión *per incuriam* (por falta de cuidado), es decir, adoptada ignorando los términos de una ley; c) Una decisión adoptada *sub silentio*, es decir, sin argumento o debate sobre el asunto relevante; d) Una orden adoptada con el consentimiento de las partes, y con la reserva de que no será considerada como un precedente”.

⁵⁶⁶ BAKSHI, 2013, p. 222.

⁵⁶⁷ Salvo o disposto no artigo 231 que estabelece a possibilidade de um Tribunal Superior comum a dois ou mais Estados. O artigo 216 dispõe que, “cada Tribunal Superior está integrado por un Presidente y tantos Jueces⁵⁶⁷ como el Presidente (de la India) crea necesario nombrar cada cierto tiempo” (BAKSHI, 2013, p. 268).

⁵⁶⁸ BAKSHI, 2013, p. 303.

⁵⁶⁹ BAKSHI, 2013, p. 310.

⁵⁷⁰ BAKSHI, 2013, p. 315.

material. E, quanto ao controle material, de fato tem seu foco na aferição de conformidade dos atos de poder aos Direitos Fundamentais. Essa percepção é confirmada por Balakrishnan, que acrescenta a seguinte análise:

Os direitos fundamentais listados na Constituição fornecem, por conseguinte, aos tribunais constitucionais critérios tangíveis para que possam realizar esse ‘controle de constitucionalidade’ da ação do governo e manter a ‘separação de poderes’.⁵⁷¹

Destacam-se dois casos em que se pode ver a intenção do Judiciário Indiano em implementar um controle de constitucionalidade mais efetivo. São os casos Coelho e Raja Ran Pal. Estes, segundo Balakrishnan, “demonstraram que a Corte Suprema da Índia está ingressando numa nova era de controle de constitucionalidade”:⁵⁷²

Na decisão Coelho, a Corte Suprema decidiu que ela tinha o direito de declarar nula qualquer dispositivo inserido na Nona Emenda caso fosse contrário às disposições da Constituição. Afirmava: a jurisprudência e o desenvolvimento em torno de direitos fundamentais tornou claro que eles não são direitos limitados, e sim fornecem um amplo controle contra violações ou excessos por parte das autoridades estatais. Os direitos fundamentais mostraram ser de fato o principal instrumento para a realização do controle constitucional do governo, em particular do poder legislativo.⁵⁷³

O caso Raja Ran Pal, “avaliou se os procedimentos internos do Parlamento (nesse caso, relativo à expulsão de membros do parlamento por corrupção) eram sujeitos a controle judicial.⁵⁷⁴

Já o caso Maneka Gandhi teve como veredito a decisão de que as “restrições à ‘liberdade pessoal’ previstas no Artigo 21 deveriam também ser verificadas com base nas garantias de não-arbitrariedade, justiça e equidade que foram incluídas nos Artigos 14, 19 e 21 da Constituição”.

A Corte desenvolveu uma teoria de ‘inter-relacionamento de direitos’ para determinar que ações governamentais que restringissem qualquer um desses direitos deveriam satisfazer os limites estabelecidos para restrições a todos eles. Dessa forma, as cortes incorporaram a garantia de ‘devido processo substantivo’ à linguagem do Artigo 21.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁷² BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁷³ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁷⁴ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁷⁵ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

Após essa decisão da Corte várias outras decisões foram tomadas no sentido de interpretar o conceito de “vida e liberdade pessoal” contemplando direitos que não foram mencionados na Parte III do texto constitucional, trazendo assim uma maior completude e efetividade no dever de garantir esses direitos aos cidadãos. É nesse contexto que o Juiz Indiano Bhadwati afirma:

Achamos que o direito à vida inclui o direito de viver com dignidade humana e com tudo que isso implica, especialmente as necessidades básicas para a vida, tais como nutrição adequada, roupa e um teto sobre a cabeça e meios para ler, escrever e se expressar de diversas formas.⁵⁷⁶

Há notoriamente um indicativo de avanços no sentido de tornar mais efetivo os direitos humano-fundamentais, por parte do Tribunal Supremo indiano, com uma tendência à capilarização desta postura progressista na jurisdição. Não raros os exemplos de uma atuação protetiva dos direitos da pessoa por parte dos tribunais da Índia:⁵⁷⁷

Essa política de harmonizar os direitos fundamentais e os princípios diretivos foi bem-sucedida em grande parte. Por exemplo, a Corte Suprema recorre aos objetivos dos direitos sócio-econômicos a fim de interpretar o direito à ‘vida e à liberdade pessoal’ como um direito que contempla o ‘direito à subsistência e à moradia’, o ‘direito à saúde’, e o ‘direito a um meio ambiente limpo’, entre outros. As Cortes também têm recorrido aos princípios diretivos para interpretar as proibições de trabalhos forçados e trabalho infantil.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ BHADWATI *apud* BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁷⁷ Sob essa ótica, também a Suprema Corte Indiana utiliza para consubstanciar a fundamentação de decisões, precedentes de outras Supremas Cortes de países importantes tal como os Estados Unidos da América. Tal como destaca Barroso: “Na Índia, a Suprema Corte frequentemente cita precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma variedade de diferentes contextos. Em um caso em que se discutia redistribuição de terras, direitos fundamentais e os limites do poder de reformar a Constituição, chegou-se a uma decisão que continha diversas referências à dignidade do indivíduo e que promoveu um intenso debate sobre a doutrina americana de que a mudança de orientação jurisprudencial consolidada somente se aplica para frente (*prospective overruling*)” (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 36).

⁵⁷⁸ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

3.2 RECONHECIMENTO, ANCAANÇE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL DA ÍNDIA CONTEMPORÂNEA

3.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Indiana: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

A Constituição da Índia estabeleceu, ao menos no plano da positivação jurídica, uma forte mudança no sentido de instituição, um caráter protetivo forte aos direitos fundamentais, se comparado às normas jurídicas indianas até então vigentes que, em razão da forte remição de conteúdo às tradições normativas hindus, albergavam diversas regras e institutos normativos incompatíveis com a ideia de respeito à dignidade humana. É precisamente no artigo 13 que se estabelece a base inicial dessa proteção. Veja-se:

Leyes incompatibles com los derechos fundamentales, o que los menoscaban (1) Todas las leyes vigentes en el territorio de la India inmediatamente antes de la entrada en vigor de esa Constitución, en la medida en que sean incompatibles con las disposiciones de este Título, serán nulas en la medida de dicha incompatibilidad; (2) El Estado no aprobará ley alguna que suprima o restrinja los derechos conferidos por este Título y cualquier ley que contravenga esta disposición será nula en la medida de dicha contravención; [...].⁵⁷⁹

De acordo com este dispositivo, toda e qualquer lei que, de algum modo, seja incompatível com o estabelecido no Título III do diploma constitucional, será considerada nula ou parcialmente anulada, na medida de sua incompatibilidade, permanecendo válida em território nacional as demais disposições legais. O termo “Lei” ao qual o artigo 13 se refere compreende “cualquier, decreto estatuto, norma, reglamento, anuncio oficial, uso o costumbre, que tenga fuerza de ley en el territorio de la India”. Podemos

⁵⁷⁹ BAKSHI, 2013, p. 25.

atestar que o propósito deste artigo é o de “garantizar la supremacía de la constitución en lo que concierne a los derechos fundamentales”.⁵⁸⁰

Sobre a transformação provocada pela nova Constituição, Patrick French tece interessante comentário:

A lista de novos direitos era longa. Um cidadão indiano não poderia ser obrigado a sair de uma loja ou de um hotel, impedido de aceder a um posto público ou a um depósito de água ou ainda de descer umas escadas para ir tomar banho no rio, com base no sexo, na raça, na casta, no local de nascimento ou na religião.⁵⁸¹

Outro avanço, a nível internacional, foi a subsequente adesão pela Índia aos pactos internacionais da ONU, notadamente o pacto Internacional de Direitos Cívís e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. A esse respeito, Bakshi considera que a Índia construiu um desenvolvimento institucional mais intenso no campo dos direitos humanos por haver participado fortemente da evolução do sistema de tratados internacionais multilaterais a esse respeito.⁵⁸²

Voltando à Constituição, o artigo 14 dispõe sobre a iguadade perante a lei. A esse respeito, a Constituição estabelece que: “El Estado no negará a persona alguna la igualdad ante la ley o la igual protección de las leyes dentro del territorio de la India”. Está presente desde o preâmbulo da Constituição, o discurso de “igualdad de status e de oportunidades, y que esse artículo es una manifestación de ese principio en el texto constitucional”.⁵⁸³

Os efeitos da busca por igualdade e por liberdade na Índia, e a demanda pela efetivação das garantias desses direitos, são sobremaneira relevantes na problemática constitucional indiana.

A igualdade perante a lei e a proibição de discriminação por razão de religião, raça, casta ou sexo, são duas das mais importantes tranformações nomológicas do Direito indiano em detrimento do Direito hindu tradicional.

⁵⁸⁰ BAKSHI, 2013, p. 26. El artículo 14 fue inspirado en las Constituciones norteamericanas e irlandesa.

⁵⁸¹ FRENCH, 2011, p. 36.

⁵⁸² BAKSHI, 2013, p. 29.

⁵⁸³ BAKSHI, 2013, p. 30. Nesse sentido, publicada em 1955, a lei que tornava lícito o casamento entre castas diferentes.

Apesar destes avanços, os redatores da Constituição permitiram “também um ‘tratamento diferenciado’ a fim de promover os interesses dos segmentos historicamente destituídos, que passaram a ser conhecidos como Scheduled Castes (SC)– castas específicas e Scheduled Tribes (ST) – tribos específicas”.⁵⁸⁴

Vinculado à problemática da igualdade, um tema que surgiu há muito tempo na Índia, e que ainda hoje é notadamente um problema social, se refere à discriminação em razão do sexo. Essa questão tem um impacto considerável no país, e mesmo com a atualização da normativa vigente, que proíbe a seleção gestacional em razão do sexo, ainda é considerada uma prática recorrente na Índia o “descarte” de bebês do sexo feminino, por famílias oriundas de contextos mais tradicionais.⁵⁸⁵

Somado-se a este problema temos, por um lado, o direito indiano proibindo o matrimônio de menores de idade, principalmente do sexo feminino, e por outro lado, a existência de uma prática antiga de se fazerem arranjos para matrimônio de mulheres menores de idade. O choque entre a norma constitucional e o costume é um dos grandes exemplos hoje, de contradição (tensão) entre o ordenamento jurídico vigente e a prática popular costumeira ainda muito utilizada. Ademais o texto constitucional indiano dispõe que a maioria se alcança com 21 anos para mulheres e 18 para homens, uma distinção que não parece encontrar sentido, num Estado Democrático de Direito. Ainda assim, a Constituição indiana representa um nítido avanço na Índia, em relação às questões de gênero.

Corroborando com o entendimento constitucional atual, Francavilla afirma que:

Esta práctica, que hiere profundamente la sensibilidad de muchos y genera grande preocupación en India y en otros lugares, no es sorprendente si se considera que matrimonios en edad precoz han sido

⁵⁸⁴ BALAKRISHNAN, 2008, s/n.

⁵⁸⁵ A esse respeito, há que se distinguir duas questões muito diferentes referentes ao tema “no cabe equiparar una futura madre que no quiere criar a un niño de un sexo determinado con una madre que quiere poner fin al embarazo no por causa del sexo”, mas por qualquer outro motivo, independentemente do sexo do nascituro. A questão que apresentamos aqui diz respeito à interrupção gestacional em razão do sexo. Devemos excluir também as circunstâncias de exceção, dispostas na Lei Médica de Finalização da Gravidez (The Medical Termination Of Pregnancy Act, 1971). De acordo com o Senso de 2011, para cada 1000 meninos de hasta 6 años, tem 914 meninas. (BAKSHI, 2013, p. 33).

practicados y legitimados en la historia del derecho en muchos contextos diferentes. No obstante, es en algunos específicos contextos, sobre todo asiáticos, que el matrimonio de niños, ya advertido como profundamente injusto y lesivo de las necesidades y derechos fundamentales, sigue siendo una práctica difundida, no obstante la tendencia hacia la modernización y la globalización.⁵⁸⁶

Com efeito, o artigo 15 da Constituição indiana dispõe exatamente sobre a “prohibición de la discriminación por causa de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento”.⁵⁸⁷

Estudiosos do Direito Constitucional indiano destacam a atuação dos tribunais, no sentido de afirmar os direitos fundamentais e penalizar discriminações, notadamente em relação à mulher. Essa foi considerada uma conquista importante para o avanço da efetividade dos direitos fundamentais na Índia. Se tornou paradigmática uma decisão do Tribunal na qual “el acoso sexual de las mujeres trabajadoras equivale a una violación de los derechos garantizados por los artículos 14,15 y 16 (igualdad y dignidad)”⁵⁸⁸.

Outra questão que afeta uma grande porção da população indiana é a discriminação por causa da casta. A normativa atual inovou neste sentido, com a abolição jurídica da intocabilidade. Presente no artigo 17, essa inovação dispõe que: “Queda abolida la ‘Intocabilidad’ y se prohíbe su práctica en cualquier forma. La imposición de cualquier incapacidad derivada de la ‘Intocabilidad’ constituirá un delito penado de acuerdo con la ley”.⁵⁸⁹

A esse respeito, os contrastes entre a normativa constitucional indiana e a realidade social são notórios. Amartya Sen analisa a situação pós-constitucional sobre a desigualdade entre as castas e sobre a desigualdade de gênero, e enumera os termos dessa desigualdade da seguinte maneira: “1) desigualdad en la supervivencia; 2) desigualdad en la natalidad; 3) servicios desiguales; 4) desigualdad en la propiedad; 4) reparto desigual de los beneficios y las tareas de la casa, y 5) violencia doméstica y victimización física”. Ele enfatiza ainda que “en muchos lugares del mundo la desigualdad

⁵⁸⁶ FRANCAVILLA, 2012, p.28.

⁵⁸⁷ BAKSHI, 2013, p. 49.

⁵⁸⁸ BAKSHI, 2013, p. 52. El artículo 16 dispone sobre la “Igualdad de oportunidades en materia de empleo público”.

⁵⁸⁹ BAKSHI, 2013, p. 59.

de género adopta la forma salvaje de índices de mortalidad desusadamente altos entre las mujeres y un consecuente predominio de los hombres en la población global”.⁵⁹⁰

Para Amartya Sen, a desigualdade é um problema muito sério e ocorre em várias regiões do mundo, não apenas na Índia, nas quais as mulheres acabam, por exemplo, recebendo menos que os homens, em alguns casos, muito menos. Mas, na Índia, Sen reconhece que há problemas peculiares e graves quanto a essa questão.⁵⁹¹

É neste sentido que Sen, ao tratar da desigualdade no contexto indiano, acrescenta outras variáveis ao tema:

[...] es menester tomar nota de la notable división geográfica de la india en dos mitades en lo concierne a la proporción niñas y niños (reflejo de la influencia combinada de la desigualdad generada por los abortos selectivos en función del sexo y la mortalidad posnatal diferencial) y dedicarle un análisis más detenido. También será de extrema importancia verificar con cuidado se la incidencia de los abortos selectivos muestra un aumento significativo en los Estados del este y el sur, donde por el momento esos procedimientos son relativamente poco comunes.⁵⁹²

A possibilidade de uma criança do sexo feminino conseguir ser escolarizada, ou quando se tornar adulta, conseguir seguir uma carreira política ou no comércio são menores. Essa condição se fundamenta na ideia de que homens e mulheres tem competências muito distintas. Essa ideia sobreviveu durante séculos e resiste até os dias atuais em muitos lugares do mundo, a Índia é um deles.

Essa disparidade entre homem e mulher já se inicia durante a gestação e nascimento da criança e tem continuidade durante o processo de criação e alfabetização desses meninos e meninas. Nas palavras de Amartya Sen, podemos consubstanciar as discriminações sofridas desde a infância e suas consequências inevitáveis:

La desigualdad en materia de escolaridad tiene consecuencias de largo alcance para el tejido de la sociedad y puede afectar profundamente a muchas facetas diferentes de la igualdad de género y también obrar

⁵⁹⁰ SEN, 2007, p.271-272.

⁵⁹¹ SEN, 2007, p.272.

⁵⁹² SEN, 2007, p.280.

sobre la privación en general, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres.⁵⁹³

Também como resultado do tratamento de gênero extremamente desigual, desde o nascimento e muitas vezes até antes, com interrupção da gravidez, a mulher tem culturalmente na Índia um papel subalterno em relação ao homem. Esta situação corrobora e acabará por desaguar no problema da prática da violência doméstica contra a mulher indiana.⁵⁹⁴

No que diz respeito à Índia podemos afirmar que esse tipo de tratamento contra a mulher atinge níveis elevados. Existem algumas características histórico-culturais baseadas em ensinamentos da Religião Hindu⁵⁹⁵ que provocaram durante o desenvolvimento desta sociedade um arraigamento de modelos de conduta que chocam com o texto constitucional atual. Isso gera um grande problema: a falta de eficácia e efetividade do texto constitucional quanto a essas temáticas, em detrimento de costumes e do direito religioso antigo, que acabam por ainda serem utilizados como modelo de conduta coerente com as tradições. Isto ocorre sobremaneira nas comunidades rurais onde o acesso à informação e a presença do poder judiciário oficial são precárias ou inexistentes.

Continuando a análise, verifica-se que o artigo 21 da Constituição indiana dispõe sobre a “protección de la vida y de la libertad: Nadie será privado de su vida ni de su libertad personal, excepto de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley”⁵⁹⁶.

⁵⁹³ SEN, 2007, p. 280-281.

⁵⁹⁴ Em que pese o quadro de desvalorização da mulher pela cultura indiana, a violência doméstica deve ser uma questão objeto de enfrentamento por diversos países, não só os subdesenvolvidos ou os países em desenvolvimento, mas também os países desenvolvidos. Essa é uma das questões que não somente os países dos BRICS devem colocar em pauta para discussões e elaboração de projetos e políticas públicas - aqui nos referimos tanto no âmbito interno do Estado quanto em diálogos de cooperação intra-BRICS- para se ter maior alcance e efetividade na luta contra a violência doméstica.

⁵⁹⁵ Um exemplo de que é seguido até os dias atuais na Índia é o do casamento dentro de suas castas ou respeitando o seguinte: “13. Un Sudra no debe tener por mujer sino a una Sudra, un Vaisya puede escoger en la clase servil y en la suya; un Chatrya en las dos clases mencionadas y en la suya propia; un Bracmán en estas tres clases y en la clase sacerdotal”. (MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, 1919, p.40).

⁵⁹⁶ BAKSHI, 2013, p. 81.

Neste sentido, destaca-se o seguinte entendimento consolidado pelo Tribunal Supremo da Índia:

Al declarar que el derecho a la vida incluía “los mejores dones de la civilización humana”, el Tribunal Supremo en P. Nalla Thampi v. Union of India, convirtió efectivamente este derecho fundamental en un depósito de varios derechos humanos. Así, incluye: (a) El Derecho a vivir con dignidad humana; (b) El derecho a un medio ambiente saludable, [entre otros].⁵⁹⁷

Vejamos um exemplo da calibragem que estes direitos e suas limitações recebem na ordem constitucional indiana atual. Na Índia também é aplicada a pena de morte. A mais recente atualização legislativa neste sentido foi a de poder sentenciar a esta pena estupradores que causem a morte a vítima. A pena de morte para este tipo de crime está vigente desde 2013 e já foi utilizada pelos tribunais desde então.⁵⁹⁸ Cabe ainda destacar que um dos casos estabelecidos por lei é o da “sentencia de muerte obligatoria por el asesinato cometido por un condenado que está cumpliendo una sentencia de cadena perpetua” de acuerdo con el Código Penal de la India, sección 3.⁵⁹⁹

O Título IV do Diploma Constitucional Indiano dispõe sobre os Princípios Reitores da Política de Estado (artigos 36 e 37). Ademais, expressam consonância com as últimas decisões do Tribunal Supremo. É neste contexto que Bakshi interpreta o texto Constitucional sobre os Princípios Reitores da Política de Estado:

Sirven de complemento a los derechos fundamentales en la labor de conseguir un Estado del Bienestar. El Parlamento puede reformar los derechos fundamentales a fin de hacer realidad los Principios, siempre

⁵⁹⁷ BAKSHI, 2013, p. 95.

⁵⁹⁸ De acordo com a Anistia Internacional, um caso que ganhou notoriedade mundial e fez com que o povo indiano fizesse grandes manifestações reivindicando condenação aos culpados. Assim relatam: “Nova Délhi – O trágico caso da mulher de 23 anos que foi brutalmente atacada, estuprada e abandonada para morrer por seis homens em Nova Délhi, no dia 16 de dezembro, realçou a realidade inaceitável enfrentada por milhões de mulheres na Índia. A violência contra elas é endêmica – mais de 220 mil casos de crimes violentos contra mulheres foram registrados em 2011 nas estatísticas oficiais do governo indiano, e o número real provavelmente é muito maior. A luz no fim do túnel desse caso horrível tem sido a enorme indignação da sociedade indiana. O que começou como protestos liderados por estudantes em Nova Délhi cresceu para incorporar indianos de diversos setores da sociedade e de todo o espectro político. Dezenas de milhares foram às ruas com a mensagem clara de que algo tem que mudar e que as mulheres não devem mais viver com medo”. (GURUSWAMY, Ananth. Estupros na Índia: por que a pena de morte não é a solução. Disponível em: <<https://anistia.org.br/estupros-na-india-por-que-pena-de-morte-nao-e-solucao>>. Acesso em: 08 jan. 2016).

⁵⁹⁹ BAKSHI, 2013, p. 83.

que esa reforma no afecte a los rasgos básicos de la Constitución. En cuanto a la legislación que se promulgue para hacer efectivos los principios, debe mantenerse en la medida de lo posible. De hecho cuando sea necesario incluso las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales deben amoldarse en su ámbito para realizar los Principios Rectores. Incluso pueden interpretarse en un sentido amplio las entradas de las leyes (dentro de los límites del esquema federal total) para hacer efectivos los Principios Rectores. Las disposiciones constitucionales (aparte de los derechos fundamentales) pueden interpretarse a la luz de los Principios.⁶⁰⁰

O artigo 39 da Constituição especifica alguns dos princípios que o Estado deverá seguir, são eles:

El Estado deberá, en particular, dirigir su actividad a asegurar: a) que los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan el derecho a los medios adecuados de subsistencia; b) que la propiedad y el control de los recursos materiales de la comunidad se distribuyan del modo que mejor sirvan al bien común; c) que el funcionamiento del sistema económico no resulte en la comunidad se distribuyan del modo que mejor sirvan al bien común; d) que haya una paga igual por un trabajo igual, tanto para los hombres como para las mujeres; e) que la salud y el vigor de los trabajadores, tanto hombres como mujeres, y la tierna edad de los niños, no sean objeto de abuso, y que los ciudadanos no se vean obligados por la necesidad económica a desempeñar ocupaciones inapropiadas a su edad o a sus fuerzas; f) que se procure a los niños las oportunidades y los servicios para que se desarrollen de manera saludable y en condiciones de libertad y dignidad, y que se proteja a la infancia y a la juventud frente a la explotación y frente al abandono material y moral.⁶⁰¹

A disparidade existente quanto ao acesso à propriedade privada na Índia é considerada uma categoria clássica da desigualdade social. Poderíamos citar as dificuldades nesse tema em razão das castas, das classes sociais ou em razão de gênero, todas extremamente graves, mas segundo Sen, essa sorte de desigualdade “há existido en la mayor parte del mundo desde hace muchísimo tiempo.”⁶⁰²

⁶⁰⁰ BAKSHI, 2013, p. 146.

⁶⁰¹ BAKSHI, 2013, p. 149-150.

⁶⁰² SEN, 2007, p. 284. “Por ejemplo, aun cuando los derechos de propiedad tradicionales suelen favorecer a los hombres en detrimento de las mujeres en la mayoría del territorio indio, un prominente sector de la comunidad del Estado de Kerala, sobre todo los nayars, que constituyen alrededor de una quinta parte de su población y ejercen desde hace mucho su influencia sobre el gobierno y la política del Estado, ha disfrutado durante un extenso período de la historia de éste de una herencia matrilineal. La mayor voz de las mujeres parece haber sido un factor en la naturaleza excepcional de las conquistas sociales de Kerala, y en este aspecto la prolongada tradición de herencia matrilineal en un segmento influyente de la sociedad ha tenido un papel significativo”.

Numa análise geral sobre a proteção de direitos fundamentais no sistema constitucional indiano, corroboramos com o entendimento de Agrawal, segundo o qual a Índia alcançou um nível formal satisfatório de reconhecimento normativo de direitos de dignidade e previsão normativa e institucional de instrumentos de garantia desses mesmos direitos. Porém, como país emergente e em desenvolvimento, os problemas de efetivação destes direitos e garantias ainda são significativos.

Ademais, concordamos com a seguinte análise de Agrawal:

En la India, muchos derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos están a disposición de la gente, ya sea por formar parte de la Sección III de la Constitución o debido a la amplia y liberal interpretación realizada por el Tribunal Supremo, al extender el significado y alcance de los derechos fundamentales específicos, aunque en la práctica las cosas sean muy diferentes. Esos derechos no son ejercitables por las masas, especialmente los pobres, ignorantes o analfabetos. Estos se encuentran privados de sus derechos por su falta de entusiasmo y consciencia respecto a dichos derechos. La falta de una aplicación efectiva de las leyes por las autoridades, la aspera actitud de la policía, la administración, los jueces y los agentes políticos son causantes también de la existencia de una gran violación de los derechos humanos en la India.⁶⁰³

Ainda que, ao nosso ver, seja um pouco extremada a posição de Agrawal, este autor parece haver intuído acertadamente os termos do problema da proteção constitucional de Direitos humano-fundamentais na Índia. Esse país ainda padece de um grau de significado de bipolaridade dissociativa entre o momento de declaração e efetivação dos direitos na sua experiência jurídico-política atual (questão que se assemelha muito ao problema constitucional nuclear do Brasil).

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

⁶⁰³ AGRAWAL, K. P. Protección de los Derechos Fundamentales en la India. *In: Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

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

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

O que todos os autores analisados neste trabalho parecem concordar é que a Corte passou a atuar, nos tempos mais recente, segundo uma lógica de “ativismo judicial”, impulsionada em grande medida pela cultura de “litígios de interesse público” – na terminologia emprestada do debate americano –, ou de “ações constitucionais sociais” – na terminologia utilizada por Upendra Baxi. É dentro deste contexto que virá a florescer o debate jurídico a respeito da dignidade humana e de sua localização na Constituição de 1950. De fato, a produção jurídico-dogmática a respeito está quase que inteiramente voltada para a casuística da Suprema Corte, preocupada em catalogar a história interpretativa generalizadamente centrada no Artigo 21 da carta constitucional. Para alguns, hoje o “coração” e a “alma” da Constituição, e, sem sombra de dúvidas, o texto central por meio do qual, aliado aos mecanismos mais diversos – desde a “supervisão mandamental”

àquilo que se apelidou por “jurisprudência epistolar”, isto é, a instauração de processos judiciais embasados em denúncias formuladas em cartas escritas por cidadãos endereçadas ao *Chief Justice* em exercício –, a Corte passou a expandir o rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

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

É importante salientar, comparativamente aos demais países estudados nessa tese, que a atual Constituição Indiana, originada em 1950, precisou necessariamente passar por uma construção constitucional jurisprudencial, para que nela fossem incorporados os direitos sociais, econômicos e culturais nas formas tipicamente configuradas a partir da década de 1960. Este estado de coisas se retroalimentou da característica tipicamente judicial que o sistema jurídico indiano, de forte influência na *common law*, possui. Dessas duas questões deriva principalmente a importância que a Corte Suprema acabou obtendo na Índia, inclusive no plano do desenvolvimento das linhas mestras do debate jurídico-intelectual nesse país.

Tal expansão de direitos é por vezes louvada e por vezes criticada – ainda que posições completamente críticas pareçam ser bem raras. No

segundo caso, a crítica é avançada em termos muito próximos daqueles utilizados no debate internacional e contemporâneo a respeito da justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais. No primeiro, mesmo dentre os entusiastas do ativismo judicial ora característico da Suprema Corte, existem aqueles que assumem uma atitude mais distanciada, apontando uma série de dificuldades e problemas na prática judicial do tribunal. A intelectualidade jurídica indiana denuncia, assim, de um modo geral: a falta de coerência; a ausência de qualquer esforço por identificar princípios ou “teorias” a guiar a atribuição de direitos ao texto constitucional; a seletividade dos casos e dos direitos então relacionados e a falta de transparência; a ausência de uma visão de longo prazo e de esforços voltados à resolução estrutural dos problemas igualmente estruturais que assolam a sociedade indiana, preferindo por uma abordagem caso-a-caso, pautando-se por raciocínios e juízos *ad hoc*; e, de certo modo relacionada com a última crítica, a falta de efetividade e de transformações realmente impactantes na realidade social indiana.

Nossa percepção é de que, malgrado o criticismo acima descrito, não parece haver por parte da jurística indiana, ou de quaisquer outros grupos – que chamem a atenção dos juristas, pelo menos, isto é, e por exemplo, movimentos sociais, outros agentes políticos, como órgãos executivos ou legislativos etc – a pretensão de substituir o papel de “liderança hermenêutica” construído e galgado pela Corte ao longo de seus mais de trinta anos de ativismo judicial. Assim, critica-se a ausência de formulação por parte da corte de uma “teoria dos direitos fundamentais” para o contexto constitucional indiano, inclusive a permitir construções conceituais entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Então, especialmente quanto à dignidade humana esse esforço de ressignificação teórica, em diálogo com a problemática constitucional especificamente indiana, se faz necessário, pois o significado exclusivamente contextual (em um sentido particular-abstrato, e não propriamente universal- concreto, porque ausente o necessário momento teórico abstrato, de mediatização) que a construção dada pela Corte à dignidade como direito fundamental nuclear da ordem constitucional indiana,

carece de um contraponto propriamente teórico-reflexivo autenticamente indiano. Mas não parecer haver por parte da dogmática um esforço significativo em suplantar esta ausência.

No mesmo sentido, Charles Epp, um observador externo, em seu *The Rights Revolution*, atribui à falta de organização e estrutura da sociedade civil indiana, somada à ausência de financiamento público a organizações exclusivamente dedicadas ao litígio de interesse público (ou de ação social) a dificuldade do país de consolidar uma “revolução de direitos”. São dificuldades localizadas em um campo que se poderia apelidar “institucional” ou “interno”, que se somam às dificuldades mais diluídas, presentes em outras dimensões sociais, por vezes ligadas a algumas das tradições da cultura indiana.

Consequentemente, o debate jurídico-constitucional na Índia, inclusive no que diz respeito à dignidade humana como direito, se construiu precipuamente (e ao nosso ver desequilibradamente⁶⁰⁴) em torno da Suprema Corte do país. Nela continua centrado, e assim continuará, ao que indica a literatura especializada, no futuro próximo. A maioria dos juristas parece ser favorável a tal configuração. E aqueles que são completamente críticos se utilizam de discursos que, supostamente, parecem por demais ocidentalizados para terem um efetivo impacto no debate jurídico. Distintamente de outros lugares e experiências jurídicas, o ativismo judicial, nos moldes praticados pela Justiça indiana, é interpretado como um fenômeno mais positivo que negativo, chegando a ser teorizado e proposto, como veremos, por Upendra Baxi, como uma possível contribuição do “sul global” para o *ethos* judicial, então dominado por uma visão ocidental, construída a partir de condições ausentes nos países em desenvolvimento, não sendo a Índia uma exceção. Logo, enquanto a Suprema Corte da Índia for a Suprema Corte para todos os indianos, ela continuará tendo a autoridade para interpretar o que a Constituição indiana mediatiza por dignidade humana.

⁶⁰⁴ Em nossas pesquisas e incursões de coletas de dados não localizamos, por exemplo estudos e reflexões jurídicas voltadas para as políticas públicas desenvolvidas pelo poder executivo do país. Análises sobre a eficiência regulatória de tais políticas etc. Debates sobre elas somente aparecem na discussão jurídica indiana, quando e naqueles aspectos que são em algum momento judicializados.

O quadro geral que acima sintetizamos criticamente, construído a partir das análises das obras dos autores indianos que serão a seguir detalhadas nos apartados deste tópico, não encontra, ao nosso ver, objeção em relação à análise feita no compendio *The Oxford Handbook of Indian Constitution*⁶⁰⁵. Essa obra coletiva é considerada inovadora, ao procurar contextualizar as perspectivas e tendências dos estudos de direitos constitucional indiano até então desenvolvidos, de certa forma confere a análise que propusemos, ainda que nossa análise seja mais crítica do que a feita pelos autores do compendio (talvez até mesmo em razão do perfil, também de formação na *common law*, dos autores).

No texto introdutório da obra (que também funciona como a síntese geral da mesma) os juristas de origem indiana Sujit Choudhry, Madhav Khosla e Pratap Mehta afirmam que dois são os modos de análise desenvolvidos pela doutrina constitucional indiana. No primeiro, busca-se uma análise cuidadosa e técnica da doutrina, visando especialmente os profissionais do direito. A mais atual contribuição de peso, neste sentido, indicam os autores, se encontra na obra de H. M. Seervai sobre o direito constitucional indiano. Já a segunda é mais acadêmica em natureza. Contudo, apesar de sua engenhosidade e brilhantismo, tal literatura estaria de certo modo desorganizada, tendo de lutar para conseguir apoio institucional e, conseqüentemente, estando particularmente vinculada à atuação deste ou daquele estudioso em particular, focando-se em algumas áreas do direito constitucional, ao mesmo tempo em que ignorando outras por completo. Em suma, para os autores, o direito constitucional indiano tem encontrado dificuldades em se consolidar como um campo de investigação intelectual, frente ao protagonismo da construção judicial.⁶⁰⁶

A esse respeito, e finalizando-se essa apresentação geral do estado da arte do pensamento constitucional indiano, é pertinente colacionar uma observação presente em um outro texto de Sujit Choudhry, professor da

⁶⁰⁵ CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016

⁶⁰⁶ CHOUDHRY; KHOSLA; MEHTA, 2016, p. 65.

Faculdade de Direito da Universidade de Berkeley. Ao analisar a dinâmica constitucional própria da Índia, partindo do debate sobre o modo próprio indiano de existência de um *living originalism* constitucional argumenta o seguinte:

Na imaginação constitucional Indiana, a Constituição marca uma decisiva e forte ruptura com o passado, sendo um elemento central da formação do corpo político indiano. Até hoje, a Constituição Indiana continua como um sítio de autocompreensão orgânica, provendo uma plataforma para a política. Os argumentos constitucionais indianos normalmente voltam às premissas fundantes da ordem constitucional, aplicando-as às circunstâncias contemporâneas.⁶⁰⁷

3.2.2.2- Uma tendência geral de busca por compreensão da relevância e dos riscos da construção judicial de uma ordem constitucional voltada para a promoção da dignidade humana, segundo a ótica de Upendra Baxi

Em um de seus muitos artigos, Upendra Baxi professor da Escola de Direito da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Warwick apresenta o papel central da Suprema Corte da Índia no atual contexto jurídico-político do país, para então apresentar a história de como se deu a construção “constelação de direitos” ligados à proteção da dignidade humana, na ordem constitucional indiana, avaliando então o papel desempenhado pelo órgão enquanto autoproclamado ator de transformação social.

Para esse autor, a guinada dada pela Corte após o período do governo autoritário Indira Nehru Gandhi tem papel determinante na explicação do desenvolvimento do pensamento constitucional no país. Indira Gandhi, dentre outras coisas, como a nacionalização dos bancos e das seguradoras, durante o período de “emergência nacional”, a parte os muitos atos autoritários cuidadosamente revestidos de aparência democrática e constitucional, produziu um único ato explícito de autoritarismo, segundo Upendra Baxi. A causa deste ato foi a decisão por parte da Alta Corte de Allahabad por retirá-la do Parlamento, ao considerá-la culpada de corrupção. Sua resposta foi a aprovação de uma emenda constitucional anulando esta

⁶⁰⁷ CHOUDHRY, Sujit. Living Originalism in India: Our Law and Comparative Constitutional Law. *Yale Journal of Law and Humanities*, v. 25, n° 1, 2013, p. 3. [Tradução livre].

decisão, bem como vetando quaisquer apelos eventuais. O autor continua, destacando que durante o ápice da ditadura constitucional, a Suprema Corte invalidou essa emenda. Contudo, a mesma Corte promoveu uma completa e total negação do venerado direito ao *habeas corpus* durante esse período⁶⁰⁸ que é considerado como o mais baixo ponto de “liderança hermenêutica” da Corte, nas palavras de Upendra Baxi.

Tal situação foi rapidamente revertida no período que se seguiu após a Emergência, em um longo itinerário de restauração normativa, retroalimentado por uma série de atos populistas e catárticos a culminar no reestabelecimento de uma Suprema Corte autônoma. Ainda neste sentido, o autor argumenta pelo acontecimento de uma “revolução de direitos” liderada pela Corte e iniciada com a interpretação extensiva do artigo 21, no caso *Maneka Gandhi vs Union of India* quanto ao direito à vida e à liberdade pessoal. Essa revolução de direitos foi, portanto, segundo o autor, marcada e impulsionada pela proposição de litígios socialmente estratégicos e engajados.

A Corte não apenas restaurou muitos direitos deliberadamente excluídos pela Assembleia Constituinte da Índia (como o direito a um processo célere, fiança, e representação adequada), mas, mais crucialmente, criou o direito ao substantivo devido processo legal; por este caminho, ela leu no direito à vida e à liberdade (artigo 21) um interminável regime de enunciação de direitos humanos à subsistência, abrigo e habitação, comida e nutrição, educação, saúde, e ao bem-estar ambiental; em suma, nos últimos 20 anos a Corte vêm firmemente convertendo necessidades humanas em direitos humanos. No processo, acabou também mudando o discurso sobre os judicialmente inefetiváveis (conforme originalmente promulgados) Princípios Diretivos, principalmente pela sua incorporação no artigo 21 em sua interpretação atual (importando o devido processo legal em sua dimensão substantiva).⁶⁰⁹

Já no artigo *The State and Human Rights Movements in India*, Baxi busca mostrar as limitações de uma definição estatizada ou estatal de direitos humanos, como os movimentos de direitos humanos na Índia vem

⁶⁰⁸ BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 149.

⁶⁰⁹ BAXI, 2016, p. 150. [Tradução livre].

contestando tal perspectiva, e qual o papel da Suprema Corte da Índia nestes conflitos enquanto, afinal, órgão estatal.

Baxi, porém, principia por reconhecer o grande potencial da Constituição indiana para abarcar uma experiência jurídico-política de forte proteção de direitos e garantias relativos à dignidade humana:

A 'teoria' dos direitos que anima a Constituição indiana tem pelo menos três características distintivas. Primeiro, a Constituição divide direitos entre direitos justicializáveis (Parte III da Constituição) e direitos econômicos e sociais que o Estado deve respeitar ao criar leis e políticas, bem como em sua governança (Parte IV: Princípios Diretivos da Política Estatal). Segundo, em muitos aspectos os direitos fundamentais da Parte III emergem não apenas como um *corpus* de limitação ao poder estatal, garantindo espaços livres de Estado para a busca de projetos de vida individuais e coletivos, mas também um ataque violento a atitudes e comportamentos intransigentes na sociedade e na cultura. Em outras palavras, por meio do Artigo 17 (proibição constitucional de muitas formas de servidão agreste e tráfico de seres humanos), a Constituição diretamente discute e confronta a formação dominante da sociedade civil: a Constituição Indiana é inaugural no sentido de que ela aprimora o alcance dos direitos fundamentais para além do Estado, para a sociedade civil. Terceiro, a Constituição é distintivamente solícita no que diz respeito a direitos solidários de minorias linguísticas, culturais e religiosas, bem como das classes atrasadas por motivos sociais, educacionais ou outrem.⁶¹⁰

Sobre a questão da inicial impossibilidade de judicialização de muitos dos direitos previstos na Constituição e a gradual construção por parte da Corte da garantia destes direitos, Baxi tece a base da explicação sobre como o judiciário na Índia deu sua contribuição na construção (inacabada) de uma experiência social de respeito a direitos de dignidade na Índia.

A primeira característica – a divisão dos direitos entre as Partes III e IV – foi substancialmente alterada, ainda que não totalmente erradicada pela adjudicação. Direitos sob a Parte IV, que foram declarados injusticializáveis, mas fundamentais para a governança do país, gradualmente se viram convertidos para a esfera dos direitos justicializáveis sob a Parte III. A tarefa que restou incompleta pelos autores da Constituição em termos do mínimo existencial de direito das massas empobrecidas da Índia foi retomada a partir dos anos 80 – em meios aos quais, por meio de seu *corpus* de jurisprudência ativista, [a Suprema Corte da Índia] enunciou uma série de novos direitos básicos. Em meio aos direitos fundamentais criados judicialmente estão o direito a dignidade, o direito a subsistência, o direito a compensação e reparação por danos cometidos ou causados

⁶¹⁰ BAXI, Upendra. The State and Human Rights Movements in India. In: *People's Rights: Social Movements and the State in the Third World*. MOHANTY, M.; MUKHERJI, P. N.; TÖRNQUIST, O. (eds.). Nova Delhi: Sage, 1998, p. 341. [Tradução livre].

por agentes ou agências estatais, o direito a um julgamento célere, o direito à saúde, o direito à educação, o direito a igualdade de gênero, o direito ao meio ambiente.⁶¹¹

O estilo de abordagem, feito por Baxi, consistente em focar a construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito à dignidade e aos direitos humanos encontrou muitos ecos no meio acadêmico jurídico indiano. Essa tendência acaba desdobrando-se em três principais linhas de abordagem: uma mais apologética, muito presente na produção acadêmica manualística e na intelectualidade jurídica mais próxima aos ambientes institucionais e judiciais, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; e uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca da experiência constitucional indiana de promoção de direitos humanos. Veremos a seguir essas três tendências, as quais se somam a uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

3.2.2.3- Variações laudatórias na análise do construtivismo judicial na proteção dos direitos de dignidade na Índia, nos discursos apologéticos de Vijayashri Sripati

Esta primeira tendência de remição do pensamento jurídico-constitucional indiano à atividade protagonista da Suprema Corte, caba por assumir um discurso marcadamente laudatório, portanto eivado de um certo

⁶¹¹ BAXI, 1998, p. 342 [Tradução livre].

otimismo, fundamentado em duas razões básicas. Primeiramente, uma ideia de que o direito decidido no papel pela Corte coincide com o direito vivido pela sociedade indiana (como se bastasse a decisão tomada pela corte em um processo para que todos os problemas sobre a fruição de um direito estivessem, desde ali, resolvidos). Segundamente, uma percepção tendencialmente acrítica em relação ao conteúdo das próprias decisões tomadas pela Corte, em matéria de direitos constitucionais fundamentais.

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

Vijayashri Sripati argumenta por uma longa tradição concernente a direitos, desde tempos antigos, chegando à Assembleia Constituinte e à construção da Constituição da Índia, bem como a mais recente e moderna preocupação do povo indiano para com o tema. Neste contexto, a Carta de Direitos dos Estados Unidos da América apareceu como uma inspiração natural para a Parte III da vindoura Constituição. Em uma simbólica expressão, ela afirma que “foi o rio Potomac, e não o rio Tâmis, que fertilizou as correntezas do Yamuna”⁶¹².

O Período de Emergência aparece como um evento significativo para a construção da compreensão dos direitos humanos e da respectiva articulação institucional na Índia. Vijayashri Sripati aponta que sua influência cataclísmica contribuiu decisivamente para a metamorfose da Suprema Corte do país, com o abandono de sua atitude inicialmente deferente quanto ao executivo, por vezes caracterizada por outros autores, como Upendra Baxi, pela alcunha de “positivista”, rumo a uma atitude mais “estrutural”, adotando

⁶¹² SRIPATI, 1998, p. 427-428.

o papel de “ator social”, como já dissemos. Nesse seu novo papel, escreve Sripati, a Corte teria reconhecido os direitos dos pobres e dos esquecidos, expandindo seu alcance para defender os interesses do povo da Índia. Mais uma vez, nas palavras de Upendra Baxi, ecoadas por Sripati, a Suprema Corte da Índia teria se transformado, assim, na Suprema Corte de todos os indianos.⁶¹³

O exagero acrítico e laudatório dessa narrativa de Sripati pode ser confirmado na análise da seguinte passagem de seu texto:

O escopo em expansão dos direitos fundamentais na Índia também lança luz à característica ilegalidade estatal e à tenra consideração pela ética constitucional comum a muitas nações do Terceiro Mundo. Visto desta perspectiva, a Suprema Corte Indiana merece ser aplaudida por seus incansáveis e impassíveis chamados ao governo para que leve a Constituição a sério e para que respeite a dignidade daqueles que governa.⁶¹⁴

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

O Artigo 21 da Constituição da Índia é o coração e a alma de nossa Constituição. Seu escopo tem sido abrangido em um horizonte de constante expansão, por meio de vários pronunciamentos judiciais. [...] A principal decisão que levou ao conceito expandido do artigo 21 se deu no caso *Maneka Gandhi V. Union of India*, onde uma interpretação extensiva foi adotada. Nesse caso, um número considerável de proposições progressivas foi feito de modo a tornar o Artigo 21 mais significativo. A visão anterior do artigo 21 de que ele estaria fechado em si próprio foi rejeitada. Sustentou-se que os artigos 14, 19 e 21 estão intimamente conectados entre si. De acordo com o Juiz Krishna Iyer, nenhum artigo contendo um direito fundamental é uma ilha em si mesma. Do mesmo modo que um homem não pode ser dissecado em membros separados e permanecer vivo, direitos fundamentais em uma constituição orgânica têm sua síntese. No caso *Meneka*, o artigo 21 recebeu um sentido expandido, lendo nele os direitos fundamentais, ao invés de atenuar seu significado e conteúdo por um processo de construção judicial. O Juiz Iyer assim se

⁶¹³ SRIPATI, 1998, p. 441-442.

⁶¹⁴ SRIPATI, 1998, p. 450. [Tradução livre].

pronunciou, “O espírito do homem está nas raízes do artigo 21” [...] “a liberdade pessoal valoriza a pessoa humana” e “viajar torna a liberdade valorosa”.⁶¹⁵

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

No caso *Francis Coralie Mullin v. The Administration, Union Territory of Delhi*, a questão em consideração consistia no direito de uma detenta. A petionante-detenta neste caso era de nacionalidade inglesa, tendo sido presa e detida na Prisão Central, Tihar. Enquanto na cadeia, a detida experimentou uma série de dificuldades em se encontrar com sua advogada, com seus parentes, tendo lhe sido permitido ver sua filha apenas uma vez por mês. As restrições às reuniões com sua advogada e filha foram impostas pelas autoridades em virtude da Cláusula 3 (b) (i) (ii) das Condições de Detenção, promulgadas no exercício dos poderes conferidos pela Seção 5 do Ato COFEPOSA. A detenta questionou a validade constitucional das provisões mencionadas, pedindo para que as autoridades penitenciárias sejam determinadas a permitir que se realizassem as reuniões com sua advogada e familiares à par das restrições impostas pela referida cláusula. A Suprema Corte, ao aceitar a petição, observou que o direito à vida obviamente esculpido no artigo 21 não pode ser restrito à mera existência animal. Ele significa algo muito maior que a mera existência física.⁶¹⁶

Já Himangshu Ranjan Nath, professor assistente na Universidade Nacional de Direito de Assam, em recente artigo busca, tal qual Radhakrishnan, mas especificamente centrado no desenvolvimento jurisprudencial em torno do artigo 21, uma demonstração de sua centralidade na construção do núcleo de direitos da dignidade humana, no constitucionalismo indiano e, novamente, do protagonismo irrepreensível da jurisprudência da Suprema Corte, na perspectiva desse autor.

O judiciário indiano forneceu uma excelente elucidação do direito à vida e à liberdade pessoal sob o artigo 21 da Constituição. A Suprema Corte não apenas explorou as qualidades humanas instintivas do artigo 21, mas também estabeleceu certos procedimentos para implementá-las. Isto torna o Estado de Direito magnífico e significativo. Cada interpretação ou procedimento estabelecido a respeito do artigo 21 visa particularmente alcançar a justiça

⁶¹⁵ RADHAKRISHNAN, S. Development of Human Rights in an Indian Context. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n° 2, p. 303-331, 2008, p. 307. [Tradução livre].

⁶¹⁶ RADHAKRISHNAN, 2008, p. 311-312. [Tradução livre].

mencionada no Preâmbulo por meio do completo desenvolvimento de seus cidadãos. Cada explanação promovida em relação ao artigo 21 busca satisfazer as necessidades básicas dos seres humanos, enquanto salvaguarda suas dignidades. É difícil achar interpretações e ilustrações tão nobres, sublimes e dignas quanto as propostas pela Suprema Corte da Índia quanto ao conceito de direito a vida e à liberdade pessoal em qualquer lugar no mundo. O conceito indiano não confinou o direito à vida e à liberdade pessoal à entidade física de cada um. Ele almeja alcançar o desenvolvimento completo da pessoa de modo que a justiça possa triunfar e que o termo “direito” possa ser utilizado tanto no sentido de “jus” como no de “lex”. Mas, o caminho não termina aqui. Continuemos lutando pela justiça com a ajuda do direito à vida e à liberdade pessoal incorporado no Artigo 21 da Constituição da Índia, a qual encapsulou a tarefa de – “Sarve Janah Sukhino Ghavantu”, isto é, que todos sejam felizes.⁶¹⁷

Perceba-se do trecho acima que o discurso desenvolvido pelo autor, ademais do tom claramente laudatório, possui uma estrutura comunicacional nitidamente performática.

3.2.2.4- A crítica da construção judicial da proteção aos direitos de dignidade no contexto constitucional indiano segundo as leituras de Chhatrapati Singh, Arup Surendanath e Balakrishnan Rajagopal

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

O escopo e o sentido do artigo 21 foi aumentado de várias formas por meio de julgamentos em casos de litígio de interesse público (L.I.P) [...]. Para começar, deixe-nos notar as ramificações jurisprudenciais do artigo 21. Existem dois aspectos quanto à interpretação desse artigo,

⁶¹⁷ NATH, H. R. Right to Life and Personal Liberty under the Constitution of India: A Strive of Justice. *Dibrugarh University Law Journal*, v. 1, p. 1-12, 2013, p. 11. [Tradução livre].

o primeiro se relacionando a problemas internos de sentido e escopo, e o segundo com os propósitos pelos quais esta interpretação está sendo feita. O primeiro problema interno de sentido e escopo é o seguinte: as noções de subsistência e os meios de subsistência são muito mais abrangentes que o de vida. O leque de bens, ofícios e oportunidades necessários para sustentar a subsistência são além da conta. Por exemplo, habitação é tão necessário para a subsistência como são estradas. Quando se concorda que o direito a vida inclui o direito a ter estradas, em acordo com o artigo 19 (1) (d), pode-se no mesmo sentido exigir que está implicado o direito a ter uma casa em acordo com o artigo 19 (1) - o direito a residência, porque não se pode residir sem uma casa. Similarmente, se o direito ao livre circulação pela Índia, como providenciado pelo artigo 19 (1) (d), implica o direito a estradas, então também está incluído o direito ao transporte público, porque não é possível comutar sem transporte. No mesmo sentido, pode-se interpretar o artigo 19 (1) (a) – liberdade de fala e expressão – como a implicar o direito a possuir os meios para tanto: telefones, walkie-talkie, rádio etc. Assim que o direito a vida passa a ser interpretado como o direito a subsistência, bem como aos meios necessários para tanto, os direitos se proliferam de modo alarmante. O escopo do artigo 21 é ameaçado pela sua própria extensão de sentido.⁶¹⁸

Frente à constatação de que um dos problemas de uma prática de expansão de direitos humanos pode ser a banalização dos próprios direitos humanos (quanto tudo se encaixa no rol desses direitos, então nada pode merecer uma proteção especial e sobrevalente), Chhatrapati Singh apresenta as seguintes sugestões para afastamento desse problema:

Como poder-se-ia delimitar seu domínio de uma maneira a dar sentido preciso ao artigo sem afastar o propósito da Corte? Algumas sugestões interessantes consistem, no que se segue, invocações de direitos que de fato sejam invocações de uma reivindicação ou prestação. Reivindicações são de dois tipos: necessárias ou meritórias. As necessárias dizem respeito à falta do conjunto de meios requeridos para realizar os bens humanos de preservação e desenvolvimento. Merecimentos concernem na posse de alguma qualidade que coloca o indivíduo em uma posição preferencial relativa a algum bem. A maioria dos casos relacionados ao artigo 21 envolvem direitos pertencentes a necessidades, e não merecimentos. O escopo do artigo pode ser limitado para este tipo de direitos tão somente, mas então, uma teoria explícita acerca das necessidades deveria evoluir a partir das cortes.⁶¹⁹

Não obstante estas propostas de aprimoramento da prática jurisdicional constitucional indiana, as preocupações de C. Singh permanecem:

⁶¹⁸ SINGH, C. Right to Life: Legal Activism or Legal Escapism? *Journal of the Indian Law Institute*, v. 28, n° 2, p. 249-257, 1986, p. 249. [Tradução livre].

⁶¹⁹ SINGH, 1986, p. 250. [Tradução livre]

Mas, neste ponto, deve-se parar e perguntar: avançar a interpretação extensiva do artigo 21 é o único meio legal de obter o mínimo existencial para as pessoas desfavorecidas? Mais ainda, será o meio legal mais eficiente de alcançar o desejado? Nem os julgamentos nem a literatura em seu entorno trataram dessas questões básicas. Inocentemente, tem-se sustentado que este “ativismo judicial” em torno à nova interpretação do artigo trouxe uma mudança significativa em nossa herança legal colonial. Aserções ou proclamações gloriosas mas vãs são uma coisa, mudança efetiva, outra.⁶²⁰

Chhatrapati Singh foi um autor significativo a mostrar desconfiança para com os rumos adotados pela Suprema Corte da Índia no período Pós-Emergência. Para Singh, os juízes adotaram o caminho mais fácil, ao não se perguntarem quanto à causalidade entre legislação e a perda em vida e subsistência das pessoas mais pobres, preferindo por efeitos meramente circunstanciais, caso-a-caso. A seu ver, se a justiça deve ser feita para proteger o direito a subsistência dos indianos, são as causas dos problemas referentes à fruição desses direitos que devem ser erradicadas, de modo que todas as futuras gerações estejam protegidas, ao invés de se remediar o presente e seus efeitos meramente imediatos.⁶²¹ Assim, para o autor:

Os litígios embasados no direito à vida demandam necessariamente por uma teoria de necessidades e merecimentos, a qual as cortes precisaram construir de maneira contínua. Contudo, não é necessária que a realização destas necessidades se veja vinculada ao artigo 21 tão somente. Este é um remédio fácil e imediato, mas não é um remédio judicial, ao menos se visto a longo prazo, em termos do desenvolvimento do direito e de uma sociedade justa. Os mesmos fins podem ser alcançados, ainda que de uma forma mais trabalhosa, por meio de efetivas reformas jurídicas [...]. Ainda que isto não vá afastar a eficácia ou prontidão dos remédios, acabará exigindo mais trabalho dos juízes e litigantes. Todavia, se se compreende o *ethos* da Constituição, compreender-se-á que este trabalho é uma obrigação moral também. O executivo e o legislativo da sociedade não tem nem a expertise legal nem estão intimamente envolvidos com a complexidade do direito como o judiciário. A maior tarefa de reforma jurídica foi, conseqüentemente, delegada pela Assembleia Constituinte ao poder judiciário. As leis coloniais exploradoras, as quais erodem a base de subsistência do povo rural e tribal continuam a existir por três décadas desde a Independência. Ao ignorar essas leis, nos casos que suscitam tais oportunidades, o judiciário torna evidente que não entendeu muito bem sua tarefa constitucional. Evita-se a reforma legal por meio de estratégias jurídicas que nunca chegam ao ponto da questão. Diante da tarefa efetiva de construção nacional, tais

⁶²⁰ SINGH, 1986, p. 251. [Tradução livre]

⁶²¹ SINGH, 1986, p. 253.

estratégias só podem ser chamadas de escapismo, não em um sentido derivado, mas em seu sentido verdadeiramente psicológico.⁶²²

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

Partindo do mesmo estilo de estudo da construção judicial indiana, Anup Surendranath ao nosso ver avança na questão, ao explicitar as atomizações do discurso jurídico, que a sua construção eminentemente judicial, sem a devida mediação de uma teoria jurídica consistente e presente, pode provocar. Ele considera que os casos que evocam o artigo 21 são tantos e tão diversos que construir uma narrativa a respeito da evolução de sua interpretação é praticamente impossível. Para o autor, as diferentes interpretações propostas sobre o direito à vida e à liberdade pessoal são tão numerosas e tão diversas que apreender qualquer nível de coerência normativa se torna muito difícil.⁶²³

As conseqüências dessa característica unilateralmente judicial da construção dos direitos da dignidade para a compreensão consistente do caráter nuclear de tal direito são apresentadas por Surendranath, nos seguintes termos:

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

⁶²² SINGH, 1986, p. 257. [Tradução livre].

⁶²³ SURENDRANATH, Anup. Life and Personal Liberty. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 784.

quanto a quais exigências de direitos ela reconhecerá, ou, ainda mais importante, quais ela não reconhecerá.⁶²⁴

Assim, apesar de um mesmo estilo de abordagem do debate, comparativamente à visão de Baxi, a de Surendranath de mais pessimista em relação ao ativismo judicial indiano. Veja:

Nós vemos uma total ausência de discussões sobre dignidade em casos de terrorismo, apesar de violações fundantes às proteções criminais jurisdicionais. Os argumentos da Corte ao sustentar a validade da criminalização da tentativa de suicídio, e reformar a decisão do Tribunal de Delhi afastando a Seção 377 são fortes exemplos dos problemas diante do discurso sobre dignidade no artigo 21. Em essência, ele se quebra naquilo que qualquer juiz diz que ele é. Mais ainda, a aplicação seletiva da estrutura da dignidade quanto ao discurso dos direitos socioeconômicos é patente. Em casos referentes ao direito à habitação e abrigo de moradores de rua e favelas, o uso que a Corte faz da dignidade não se traduz em qualquer reconhecimento significativo de seus direitos, muito menos em qualquer proteção. Outra curiosa manifestação é a de casos do artigo 21 relacionados ao meio ambiente. No contexto de grandes barragens e projetos infraestruturais, a Corte se mostrou incapaz de alcançar consistência ao peso atribuído ao impacto em grupos afetados pelos projetos.⁶²⁵

Pese à consistente abordagem crítica, Surendranath não deixa de ver na experiência indiana de construção judicial de parâmetros de respeito e proteção da dignidade um saldo geral positivo:

Os próprios modos e contextos do uso da dignidade não apresentam uma imagem de uma adjudicação principiológica. Tal uso da dignidade pelas cortes não é peculiar à Índia. Internacionalmente, o conceito de “dignidade” foi carregado com uma conceitualidade tão aberta que acabou se reduzindo a um floreio retórico, contribuindo para a confusão judicial. Uma análise comparativa do uso da dignidade na África do Sul e no Canadá sugere compreensões concorrentes. De um lado, ela é articulada como o respeito à autonomia individual, de outro, ela é compreendida como uma proteção mandamental das necessidades do povo. Contudo, deve-se perguntar se sua concepção nebulosa esconde um cometimento fundamental ao respeito da dignidade humana. Como McCrudden argumenta, “dignidade” oferece um princípio universalmente aceitável a reconhecer o valor de todas as pessoas e pode, conseqüentemente, ser visto como uma maneira de expandir e avançar os direitos humanos. Neste sentido, o cometimento normativo das cortes indianas em torno à dignidade permitiu pelo menos a expansão do “direito à vida e a liberdade pessoal”. Entretanto, o problema persiste na ausência de uma compreensão coerente da dignidade a dar conteúdo aos direitos do artigo 21.⁶²⁶

⁶²⁴ SURENDRANATH, 2016, p. 797 [Tradução livre]

⁶²⁵ SURENDRANATH, 2016, p. 798. [Tradução livre]

⁶²⁶ SURENDRANATH, 2016, p. 799. [Tradução livre].

Outro autor que, apesar de reconhecer o papel histórico e social que a Suprema Corte indiana possui, segue na mesma linha de apresentar críticas e preocupações quanto a esse modelo “justiciocrático” indiano é Balakrishnan Rajagopal, professor no Centro de Estudos e Planejamento Urbanos do MIT.

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

Nessa toada, em interessante artigo significativamente intitulado “*Pró-direitos humanos, mas anti-pobre?*”, Balakrishnan Rajagopal elucida, dentre outros temas, a relação entre os movimentos sociais e a Suprema Corte da Índia, bem como persistente preferências desta, na visão do autor, apesar de todos os avanços, por uma tutela de direitos civis em detrimento de direitos sociais.

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

envolvendo a falta de legitimidade democrática, falta de efetividade e o “juristocracismo” consequentes de sua postura ativista.⁶²⁷

Especialmente no que diz respeito aos direitos humanos, na visão de Rajagopal, a Corte prefere efetivar direitos civis e políticos em troca de direitos econômicos, sociais e culturais, culminando na negligência desse segundo grupo, o mais importante para os segmentos mais vulneráveis da sociedade indiana.⁶²⁸

3.2.2.5- A confrontação com a dura realidade social e as insuficiências do modelo judicial de promoção constitucional do direito à dignidade nas críticas radicais de Ranbir Singh, Rajeev Dhavan e Shylashri Shankar

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

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

⁶²⁷ RAJAGOPAL, B.. Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 18, n° 3, p. 157-187, 2007, p. 157-158.

⁶²⁸ RAJAGOPAL, 2007, p. 164.

pessoa, em razão de sua posição, poder, classe, dinheiro ou qualquer outro fator; tem a tendência de explorar outro ser humano. O problema dos direitos humanos é essencialmente o problema de duas classes de pessoas, a das que dominam, e a das dominadas, uma explorando, a outra sendo explorada.⁶²⁹

Nessa mesma toada, Ranbir Singh faz uma dura análise sociológica da precária relação entre direitos humanos e democracia em países subdesenvolvidos:

Para os numerosos milhões da Ásia e África, valores como liberdade e dignidade humana têm interesse meramente acadêmico. Para eles, e eles representam a maioria da raça humana, o problema central é o problema de conseguir o suficiente para comer. A satisfação da fome sozinha é uma conquista que vale a pena para o futuro próximo. E se o totalitarismo consegue entregar esses bens, isto é, satisfazer suas fomes, nada mais importa, nem mesmo a perda de liberdades civis e políticas, das quais eles não têm conhecimento, de qualquer forma. O principal problema é preencher o estômago primeiro.⁶³⁰

O tom denunciativo de Ranbir Singh revela a dura realidade social ainda permanente na Índia emergente, apesar de todo esforço, insuficiente por enquanto, da Suprema Corte indiana. Para ele, frente à extrema pobreza ainda presente para boa parte da população, o que tem a Índia e demais países que convivem com essa realidade são “Constituições de papel”, assim:

O gênero subjulgado, o trabalho servil, o morador de rua, o Quarto Mundo dentro do Terceiro Mundo, os negligenciados abaixo da linha da pobreza, são, por muito, a maioria do povo da Índia para quem a constituição é uma esperança. A lei precisará cumprir suas promessas. O direito à vida e à liberdade pessoal assumiu especial significância com o advir da fome e da morte pela fome, bem como do indicador de necessidades alimentícias não satisfeitas (em 1985, reportagens de mortes pela fome no distrito de Kalahandi em Orissa resultaram em um intenso ultraje público). É verdade que comida não é mais um problema social sério para muitas das sociedades desenvolvidas. Mas para as sociedades em desenvolvimento e para as regiões subdesenvolvidas das sociedades desenvolvidas, o problema da má distribuição priva muitos mesmo de suas necessidades alimentícias. Talvez isto assim seja porque as parcelas exploradoras da sociedade sabem muito bem que o medo da fome e suas condições correlatas são os melhores meios para manter as parcelas exploradas sob controle. Eles aceitam a servidão, vendem suas crianças, e doam seus órgãos quando as dores da fome e da escassez agigantam-se.⁶³¹

⁶²⁹ SINGH, R. Human Rights and the People of India. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 4, p. 114-120, 1998, p. 114. [Tradução livre].

⁶³⁰ SINGH, 1998, p. 115. [Tradução livre].

⁶³¹ SINGH, 1998, p. 116. [Tradução livre].

Em alguma medida, estudos críticos como o de Ranbir Singh encontraram algum eco na experiência da Suprema Corte indiana e, ainda que indiretamente, contribuíram para impulsionar uma postura ativista socialmente engajada, iniciada na década de 1980 e mais intensamente configurada a partir da década de 1990. Nesse sentido, o próprio Ranbir cita Prafullachandra Bhagwati, que foi o décimo sétimo presidente (*chief justice*) da Suprema Corte da Índia, durante esse período de maior engajamento da Corte na expansão da proteção de direitos da dignidade.

Bhagwati é indicado por muitos juristas indianos (inclusive e sobretudo muitos dos citados nesta tese) como um dos principais juízes responsáveis pela consolidação do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia e, de todo modo, o principal responsável pelo desenvolvimento do que se apelidou “*jurisprudência epistolar*” no sistema de jurisdição constitucional indiano – a abertura de processos jurídico-constitucionais embasados em denúncias escritas em carta por parte de cidadãos indianos. Da mesma geração de Amarty Sen, podemos dizer então que Bhagwati se esforçou por introduzir, no campo da então positivista análise judicial indiana, as mesmas variáveis sociais de liberdade e dignidade que o prêmio Nobel se esforçou por introjetar no debate econômico. Em uma conferência proferida quando ainda era o *Chief Justice* indiano, ele assim se manifesta sobre qual deve ser o compromisso da Suprema Corte com a questão social indiana:

As condições necessárias precisam ser satisfeitas, se todos os membros da sociedade devem ter uma vida com o mínimo de dignidade humana e completo autodesenvolvimento os quais são os objetivos e metas dos direitos humanos. Desta posição, deve-se seguir enquanto corolário lógico que o direito ao desenvolvimento (o qual eu considero como o mais compreensivo dos direitos humanos) inclui em seu âmbito tanto direitos civis e políticos, quanto sociais à alimentação, saúde e ao mínimo existencial. Eu também estou convencido que o direito à liberdade tem sido corretamente associado ao direito à alimentação e à saúde, porque em meio à fome e à doença, a liberdade não tem nenhum sentido. Mas eu não gosto da expressão “direito a sobrevivência”. Eu preferiria a expressão “direito a vida”. Eu não quero que qualquer pessoa apenas sobreviva. Eu quero que eles vivam sua vida com dignidade humana e, para tanto, que eles tenham suas necessidades básicas atendidas, incluindo alimentação e saúde. O

direito à vida inclui, em minha opinião, o direito ao mínimo existencial.⁶³²

A obra crítica de Ranbir Singh, vem influenciando também à intelectualidade jurídica indiana, como é o caso de Rajeev Dhavan, comissário da Comissão Internacional de Juristas, representando a Índia.

Em artigo sobre o tema, Rajeev Dhavan contrasta o discurso jurídico indiano para com as dificuldades e problemas sociais e econômicos do país, tematizando o desenvolvimento histórico do referido discurso jurídico, com vistas a identificar suas deficiências e de que modo elas podem ser superadas com vistas ao desenvolvimento social e humano na Índia.

Dhavan assevera que alguns autores questionam a separação constituinte entre direitos civis e políticos de um lado, e direitos econômicos e sociais de outro, no contexto constitucional indiano, de certo modo espelhada na distinção entre direitos fundamentais, previstos na Parte III do texto constitucional, e princípios diretivos de política estatal, previstos na Parte IV. Para Rajeev Dhavan, restringir a justiciabilidade ao primeiro grupo soa irreal e perigoso. Assim, em razão das condições efetivas da Índia, os juízes têm duas opções: ou esperar o sistema se redimir, o que o autor acredita ser muito improvável, ou expandir seus horizontes judiciais, efetivando direitos de caráter social, econômico e cultural.⁶³³

Apresentando uma posição mais negativa a respeito do Período de Emergência, Rajeev Dhavan entende ser a máxima representação de tudo que havia de errado com a interpretação instrumental dos textos políticos e concernentes a justiça na Constituição indiana. O Estado indiano, demasiadamente empoderado, falhou em cumprir a promessa de libertação social e econômica. Para o autor, o Estado naquele momento externou sua face corrupta e inepta, bem como politicamente tendenciosa ao autoritarismo.⁶³⁴

⁶³² BHAGWATI, P. N. *apud* SINGH, 1998, p. 116. [Tradução livre].

⁶³³ DHAVAN, R. Promises, Promises...: Human Rights in India. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 39, n° 2-4, p. 149-185, 1997, p. 168.

⁶³⁴ DHAVAN, 1997, p. 169.

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

Em artigo que faz parte de um livro que propõe o estudo comparado da atuação das cortes constitucionais na Índia, Brasil e África do Sul, Shankar buscou apresentar o contexto social, normativo, histórico e institucional de funcionamento da Suprema Corte da Índia para daí traçar críticas que alcançam mais que a Corte e chegam à própria Constituição indiana:

A Índia é um dos poucos países que permite a detenção preventiva como ato ordinário do poder legislativo em tempos de paz. Explicações para tanto podem ser atribuídas a três características da Constituição: (i) Direitos fundamentais são interpretados como presentes do estado, podendo ser limitados; (ii) o estado é uma entidade benevolente; e (iii) não havia necessidade para que as cortes fiscalizassem o conteúdo ou requisitos da detenção preventiva. A Constituição deu ao novo estado indiano, particularmente ao executivo e ao legislativo, um poder discricionário tremendo para promulgar uma série de leis relacionadas ao combate ao terrorismo e a atividades sediciosas. Assim, alguns dos principais temas da Constituição têm gerado interpretações conflitantes quanto ao papel do Estado perante os cidadãos. Elas invocam um papel forte para o estado em sua missão por trazer justiça social para as castas historicamente oprimidas, mas, ao mesmo tempo, permitem a promulgação de leis draconianas em ordem para promover uma forte proteção dos cidadãos contra aqueles que ameaçam a segurança estatal. O judiciário foi excluído da observância das ações dos outros dois órgãos nos dois conjuntos de leis.⁶³⁵

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

⁶³⁵ SHANKAR, S. *Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India*. In: *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. VILHENA, O.; BAXI, U.; VIJOEN, F. (eds.) Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013, p. 109-110. [Tradução livre].

na Constituição indiana de que direitos humanos são um “presente” dado por um Estado “benevolente” aos cidadãos. Daí, conclui, causticamente:

A visão de que direitos fundamentais são um presente não é surpreendente em razão da maneira pela qual a Constituição foi construída. Diferentemente de países como a França, onde a Constituição foi criada em um momento revolucionário como um contrato social entre os cidadãos, a Constituição Indiana foi o produto da administração colonial e de novas elites políticas.⁶³⁶

3.2.2.6- A proposta de configuração de um sentido propriamente indiano para o direito à dignidade, os direitos humanos e o pensamento constitucional, nas leituras de Ravi Rajan, J.K. Patnaik, Abhishek Singhvi e Prasad Vishnu

Ravi Ranjan é professor do New Law College of Bharati University. Em recente artigo, Ranjan propõe analisar a conceitualização da dignidade humana na tradição ocidental, até a sua contemporaneidade, ao mesmo tempo em que busca precisar sua importância e sua interação conceitual para com os direitos humanos, direta e indiretamente, ao longo de todo o texto, tendo como preocupação a compreensão que assume no horizonte de sentido indiano. Algumas de suas conclusões são as seguintes:

Tem-se convergências e divergências nos elementos constitutivos da dignidade, aí inclusos autonomia, valor inerente e respeito, os quais avançam a correlação dos elementos constitutivos e dos contextos causais, explicando as relações de poder entre indivíduos, grupos e processos. Em um nível sócio-institucional, por exemplo, a Suprema Corte da Índia proibiu a limpeza manual das ruas, entendendo-a incompatível com a dignidade da pessoa humana e, portanto, ilegítima. Tal desenvolvimento cria a impressão de que a dignidade humana pode nos ajudar a formular uma alternativa às estruturas sociais tradicionais, onde o conceito de autonomia e respeito são fundamentais. Assim sendo, Magalit conceitualiza a ideia de uma sociedade decente como aquelas em que se espera que as instituições (sociais, políticas e econômicas) não humilhem ninguém. Em tal contexto, nós devemos conceitualizar a relação entre a dignidade humana e os direitos humanos, de modo que negociações quanto a conceitualização de ambos não apenas garantam uma sociedade decente, mas nos ajudem a compreender os modos de estabelecer uma sociedade desse tipo.⁶³⁷

⁶³⁶ SHANKAR, 2013, p. 112. [Tradução livre].

⁶³⁷ RANJAN, R. Interrogating the conceptualization of Human Dignity: A Human Rights Perspective. *Social Action*, v. 65, n° 3, p. 221-235, 2015, p. 224-225. [Tradução livre].

Para Ranjan, a construção no meio social de um forte senso do que seja a dignidade humana pode ajudar a curar e transformar as relações na ainda, segundo ele, dividida sociedade indiana contemporânea. Dividida seja pelo passado tradicional estruturado em castas, seja pelo presente, marcado um uma forte desigualdade social. Para o autor:

Deste modo, a dignidade humana tem um impacto construtivo profundo em nossas relações. Consequentemente, uma análise relacional das experiências de humilhação e do sentimento de indignidade são necessárias para a compreensão da dignidade. Similarmente, uma análise comparativa histórica aspira a entender as determinantes cambiáveis dos direitos humanos que desafiam uma conceitualização da dignidade humana. Estes importantes fatores que constantemente determinam novas demandas de direitos humanos incluem o respeito e a proteção da dignidade humana, que formam a base normativa de todo o regime de direitos humanos. Mudanças em necessidades, desejos e vulnerabilidades dos direitos humanos são fatores que podem afetar a perspectiva sob a qual suas dignidades podem ser violadas, indo da mudança climática a ameaças cibernéticas à autonomia pessoal e à expressão. A dignidade humana funciona como a base normativa dos direitos humanos e é necessária para sua integridade.⁶³⁸

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

J. K. Patnaik pondera que apesar da circulação do conceito de direitos humanos se consolidar no século XX, suas origens se encontram, mesmo na Índia, na antiguidade; aí inclusos pensadores indianos, como Manu, Parasara e Kautilya, os quais, segundo ele tentaram proteger os direitos dos indivíduos e a dignidade dos cidadãos de maneira metódica, por meio da prescrição de uma série de deveres aos governantes⁶³⁹.

⁶³⁸ RANJAN, 2015, p. 230. [Tradução livre].

⁶³⁹ PATNAIK, J. K. Human Rights: The Concept and Perspectives: A third world view. *The Indian Journal of Political Science*, v. 65, n° 4, p. 499-514, 2004, p. 500.

Patnaik discute a respeito da desconfiança dos países de Terceiro Mundo quanto ao discurso de direitos humanos sustentado pelos países ocidentais. Segundo o autor, é comumente acreditado que tais países se utilizam das violações de direitos humanos nos países em desenvolvimento para avançar seus interesses econômicos, ignorando tais violações nas nações em que suas preocupações econômicas estão asseguradas. A situação de desconfiança se agrava, diante da globalização e dos conflitos daí advindos, entre direitos humanos e a liberalização da economia, na transição para a modernidade. O medo de sofrer sanções internacionais é recorrente entre os países de terceiro mundo. Contudo, para o autor, tais sanções levam à crescente pauperização da população e dificultam a abertura da economia, minando, concomitantemente, a causa econômica e a causa dos direitos humanos. Em resumo, para Patnaik, boa parte desse estado de coisas poderia ser solucionado se houvesse maior conversação internacional sobre o sentido próprio que as noções de dignidade humana e de direitos humanos assumem em cada sociedade e cultura.⁶⁴⁰

Por outra parte, Abhishek Singhvi, advogado sênior perante a Suprema Corte da Índia e *PhD.* pelo Trinity College, após contextualizar a tradição constitucional indiana, antiga e contemporânea, propõe uma análise sistemática dos direitos individuais, conforme positivados constitucionalmente e desenvolvidos jurisprudencialmente na Índia.

Assim como outros juristas indianos, Singhvi dá especial atenção, nesse debate, aos casos formadores de precedentes judiciais em torno do artigo 21 da Constituição, em suas várias ramificações construídas em razão do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia.

Em sua análise o autor acentua a disparidade entre o declarado e o realizado, na experiência constitucional indiana, como uma das principais questões a se enfrentar no pensamento constitucional indiano:

Índia (e os direitos individuais sob sua Constituição) continua a sofrer do vazio entre o institucionalizado e o realizado ou, como um eminente filósofo-economista colocou, entre seu “institucionalismo

⁶⁴⁰ PATNAIK, 2004, p. 508-509.

transcendental” e a “comparação para com a realização especificada”. Adaptando esse conceito à Constituição indiana, ainda que a Índia tenha um rol impressionante de direitos individuais, suportados por mecanismos institucionais de efetivação, a promessa e o preceito são frequentemente divididos por um abismo que quase sessenta anos de republicanism constitucional não eliminou.⁶⁴¹

Para Abhishek Singhvi, pode-se falar em uma matriz ideológica constitucionalista propriamente indiana. Primeiramente, tal matriz compartilharia com suas contrapartes judia, chinesa e greco-romana a noção de que o Estado, enquanto uma instituição moral, deve servir e responder dos direitos e liberdades dos indivíduos. Em segundo, a história indiana pré-britânica teria, ela própria, condições de embasar uma respeitável tradição constitucionalista, com amplo apoio na noção de direitos individuais. Seria exemplo de tanto a jurisprudência hindu, fundada no conceito de *Dharma*, significando a supremacia da lei. Assim, as repúblicas hindus da antiguidade reconheciam alguns dos elementos básicos do constitucionalismo como sua obrigação, subsumindo-se à supremacia moral da lei, à natureza vinculante dos procedimentos, e ao reconhecimento da participação do povo e de seus direitos individuais⁶⁴².

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

O artigo 21, em conjunto com o artigo 14, se constitui como a provisão mais usada da Constituição Indiana. Se a nona proclamação constitucional foi descrita como o “cesto de roupa suja” de leis suspeitas a tentarem se imunizar ao controle de constitucionalidade, o artigo 21 se transformou em uma gigantesca loja de departamento, orgulhosamente mostrando inúmeros e diversos direitos, independentemente de sua realização operacional. Assim, o artigo 21 tem sido invocado em uma série de casos acerca de direitos civis e políticos, incluindo pré-julgamentos sobre a fiança do trabalho em servidão, julgamentos sumários para molestadores, a premiação de compensações em julgamentos mandamentais de direito público, proibição de punições cruéis, excessos de custódia prisional e mortes, julgamentos criminais atrasados, a exigência de julgamentos equânimes, e assim por diante. Ele também tem sido invocado para questões mais abrangentes, como a posse de substâncias atômicas ativas, a validade de concursos de beleza, concernindo

⁶⁴¹ SINGHVI, A. India's Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives. *The George Washington International Law Review*, v. 41, n° 2, p. 327-360, 2009, p. 328. [Tradução livre].

⁶⁴² SINGHVI, 2009, p. 329.

a representação derogatória das mulheres, jurisprudência ambiental (incluindo a doutrina do domínio público, o princípio da precaução, e o direito ao ar e à água livres de poluição), o direito à saúde, habitação, subsistência, e assim por diante. Uma parte dessa lista vem atuando como um baluarte contra a privação arbitrária da vida e da liberdade, impedindo excessos encontrados em ditaduras e estados policiais, desempenhando assim um papel significativo na emergência da Índia como uma vibrante democracia.⁶⁴³

Ainda assim, Singhvi mais uma vez ressalta o contraste dessa experiência positiva com a discrepante realidade de situações de forte injustiça social e pessoal no contexto indiano:

A dialética do frequente abuso de direitos humanos continua a coexistir com um vigoroso recurso à reparação judicial, à mídia, e muitas outras estruturas institucionais voltadas para a proteção dos direitos humanos. Algumas partes dessa lista de direitos subsumida no artigo 21 pode ser classificada como idealista, mas não deixa de ser parte do processo de agitação que gradualmente movimenta direitos sociais e econômicos, individuais ou coletivos, à arena da justiciabilidade e efetivação.⁶⁴⁴

Sobre as formas específicas como na Índia se dá esse desencontro entre promessa e realização constitucional, Singhvi termina por oferecer significativo exemplo, relativo ao direito à educação:

Em 1993, a suprema corte buscou sumarizar os diferentes direitos incorporados ao artigo 21, produzindo uma lista contendo doze direitos, malgrado ela seja muito mais longa. O próprio caso Unnikrishnan, no qual se declarou judicialmente ser o direito à educação um direito fundamental, não conseguiria alcançar até mesmo a promessa original constitucional da educação fundamental universal em termos reais. Mesmo a emenda constitucional nº 86 de 2002, que incorporou o direito fundamental à livre e compulsória educação de todas as crianças entre seis e quatorze anos teve de aguardar sua implementação legislativas, mesmo depois de ter se transformado em um direito fundamental. A peça legislativa para operacionalizar este direito está ainda pendendo no Parlamento e, quando aprovada, gerará um momento significativo para a realização deste ideal constitucional. Isto mina o desencontro histórico entre promessa e realização, o qual está ao centro do debate constitucional indiano.⁶⁴⁵

Por fim, vejamos as considerações de Prasad Vishnu, professor assistente da National Law School of India University, Bangalore, que, em sua tese de doutorado, analisa a maneira pela qual os tratados internacionais de

⁶⁴³ SINGHVI, 2009, p. 344. [Tradução livre].

⁶⁴⁴ SINGHVI, 2009, p. 345. [Tradução livre].

⁶⁴⁵ SINGHVI, 2009, p. 347-348. [Tradução livre].

direitos humanos vêm sendo recepcionados ou internalizados no sistema jurídico-constitucional indiano.

Vishnu principia por sintetizar o processo de ampliação de direitos amparados pela ordem constitucional indiana, nas últimas décadas. Assim:

A expressão ‘direito à vida’ e “à Liberdade pessoal” sob o Artigo 21 se transformou em um repositório de direitos humanos não especificamente incorporados constitucionalmente, de um lado; de outro, certos direitos econômicos, sociais e culturais contidos na Parte IV agora se transformaram em direitos justicializáveis em razão de decisões judiciais que declararam que as diretivas contidas na Parte IV precisam ser lidas conjuntamente à Parte III da Constituição.⁶⁴⁶

Especificamente sobre a dignidade e seu papel no Direito Constitucional indiano, Vishnu propõe a seguinte análise sobre a forma pela qual ele pode ser considerado a categoria jurídico-constitucional fundamental e nuclear da ordem constitucional indiana vigente, em torno da qual o debate sobre vários outros direitos se organiza:

A incorporação do direito a dignidade dentro do sentido e âmbito do direito à vida assegura o respeito próprio e o reconhecimento a indivíduos em todas as transações, relacionamentos, em todos os níveis e em todo lugar. Contudo, existem alguns passos que devem ser observados a respeito da compreensão do direito à dignidade em face dessas decisões. Primeiramente, o direito a dignidade é, sem dúvida, um dos direitos civis que protege o respeito próprio dos indivíduos. Todavia, para que se possa ter uma vida digna, o usufruto de certos direitos econômicos, sociais e culturais se torna inevitável, como indicado pela Corte no caso Francis Coralie. Isto significaria que o acesso a comida, abrigo, saúde, educação e vestimenta, trabalho, condições justas de trabalho, e equiparação salarial que são reconhecidos na Parte IV da Constituição e que dependem de ações positivas adotadas pelo Estado para sua efetivação devem ser efetivados pelo Estado para a implementação dessa decisão. Segundamente, a dignidade pode significar várias coisas para várias pessoas. Em seu uso comum, dignidade e vida digna são utilizadas de modo a significar respeito pelos outros, respeito próprio, e, como mencionado acima, ter acesso a comida, vestimentas e abrigo, habilidade para se desenvolver, independência, proteção da honra, prestígio e reputação, dentre outros. Deve-se também notar que o “direito à dignidade” não é definido pela Declaração Universal de Direitos Humanos ou pelo Judiciário. Assim sendo, o direito à dignidade é compreendido contextualmente.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ VISHNU, P. R. *A Critical Study of Judicial Incorporation of International Human Rights into the Indian Legal System*. 412 f. Tese – Universidade de Karnataka. Karnataka, 2014, p. 313. [Tradução livre].

⁶⁴⁷ VISHNU, 2014, p. 257. [Tradução livre].

Esse caráter contextual de amplo alcance e adequabilidade, portanto necessariamente principiológico, nos permite considerar que não seria equivocado falar no funcionamento da dignidade humana como um ‘macroprincípio’ da ordem constitucional indiana. Vishnu acabar por nos dar exemplos de como essa contextualidade (e também, diríamos nós, adequabilidade) se manifesta em questões concretas já devidamente assentadas na constitucionalidade indiana:

Por exemplo, no contexto dos direitos prisionais, a dignidade pode significar e incluir a proibição da inflição de tratamento de terceiro grau ou tortura nos prisioneiros e detentos, ou a efetivação do direito dos prisioneiros a serem tratados com humanidade durante seu período de detenção, com condições justas e humanas de cumprimento da pena, com ambientes limpos, comida, água e roupas higiênicas, bem como instalações sanitárias separadas e adequadas. [...]. Do mesmo modo, a dignidade de um trabalhador pode significar o acesso a condições justas e adequadas de trabalho, em instalações adequadas, com descanso, envolvimento dos trabalhadores nas decisões gerenciais, permitindo aos trabalhadores que formem associações e uniões, equiparação salarial, atenção às suas prioridades, perspectivas, planos e preocupações, e a aderência a leis de seguridade social. Não obstante, em certas partes da Índia, onde jovens são mortos por se casarem fora de suas castas por ser tal ato considerado como uma desonra para sua casta e comunidade, não se pode considerar tal ato como um ato com vistas à realização do direito à dignidade. Ao invés disso, pode-se considera-lo um crime ou uma invasão dos direitos do casal. Consequentemente, o contexto se torna inevitavelmente importante para a compreensão do sentido e das facetas do direito a dignidade, ainda que “respeito” seja o elemento comum em todos os contextos.⁶⁴⁸

3.2.3 Análise da efetividade das práticas indianas de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na Índia

3.2.3.1- A situação concreta das minorias de gênero na Índia

Na Índia, como vimos, às mulheres é garantido pela Constituição do país o direito à igualdade (artigo 14), o que se desenvolve no próprio texto constitucional nas mais diversas disposições (artigos 15, 16, 19, 21, 23, 38,

⁶⁴⁸ VISHNU, 2014, p. 258. [Tradução livre].

39, 42, 44, 243D e 243T)⁶⁴⁹, com acentuada densificação normativa, ao menos de um ponto de vista numérico. Afinal, inúmeras são as leis e políticas aprovadas pelo Estado indiano referentes às mulheres, tais como a *Lei de Proibição do Dote* (1961), a *Lei indiana sobre Casamentos* (1955), a *Lei indiana sobre sucessões* (1956), a *Lei de Proteção das Mulheres contra a Violência Doméstica* (2005), a *Lei sobre Assédio Sexual de Mulheres no Ambiente de Trabalho (Prevenção, Proibição e Indenização)* (2013), a *Lei de Divórcios* (1969), a *Lei de Igualdade Salarial* (1976), a *Lei sobre mulheres muçulmanas (proteção dos direitos de divórcio)* (1986), a tipificação específica de crimes contra as mulheres (seção 376, 363-373, 302/304-B, 498 A, 354 e 509 do Código Penal Indiano), e a *Política Nacional para o Empoderamento das Mulheres* (2001), dentre outras.

Contudo, conforme já argumentou convincentemente Robert D. Baird⁶⁵⁰, de uma perspectiva jurídico-histórica, o texto constitucional em vigor por mais de 60 anos afirma um moderno e progressista sistema de valores, especialmente no que diz respeito às mulheres, em claro conflito para com o daquele da ainda forte e presente normatividade tradicional indiana⁶⁵¹ (em

⁶⁴⁹ Para uma detalhada análise, inclusive jurisprudencial, de todos os dispositivos constitucionais relacionados a mulher, cf. SINGH, Anju. *The Role of Law in Empowering Women in India*. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Lucknow, Lucknow, 2013.

⁶⁵⁰ Cf. BAIRD, Robert D. *Expansion and Constriction of Religion: The Paradox of the Indian Secular State*. In: *Religious Conscience, the State and the Law: Historical Context and Contemporary Significance*. McLAREN, John; COWARD, Harold. (eds.) Albany: State University of New York Press, 1999.

⁶⁵¹ Na busca por precisar, dentre as outras religiosidades presentes no território indiano, a posição do Hinduísmo em relação às mulheres, o ponto de partida parece ser o Código de Manu (*Manusmṛiti*). Em uma impactante obra intitulada *“The Rise and Fall of Hindu women”*, a importante figura política B. R. Ambedkar, “pai-fundador” da República da Índia e um dos principais nomes na luta para o fim das castas e tribos intocáveis, argumenta que até Manu as mulheres ocupavam posições de status na sociedade indiana antiga. Todavia, daí em diante, as mulheres passaram a ser concebidas como a encarnação de qualidades ruins e do mal. Portadoras de desejos impuros, ira, desonestidade, malícia, falta de sensibilidade, sedutoras e desprovidas de quaisquer qualidades morais, as determinações presentes na referida normativa partiam todas desses pressupostos, visando controlá-las, especialmente e dentre outras formas, por meio da vinculação da mulher ao homem, isto é, a mulher só teria valor ou dignidade se relacionada com um homem. Cf. AMBEDKAR, Bhimrao Ramji. *The rise and fall of Hindu woman*. Jalandar: Bheem Patrika Publications, 1980; RAMECHAN, Anantanad. *A Hindu Perspective*. In: *What Men Owe to Women: Men’s Voices from World Religions*. MAGUIRE, Daniel C.; RAINES, John C.. Albany: State University of New York Press, 2001 (para a consideração de outras tendências e tradições presentes no Hinduísmo, trazendo a possibilidade de uma superação imanente à própria religião de seus posicionamentos a respeito das mulheres).

que pese seu incontestado pluralismo)⁶⁵². Assim, tal qual colocado por Michael Dusche, grosso modo, a maioria dos hindus, muçulmanos, cristãos, sikhs, urbana, rural, ou tribal, tende a concordar que o lugar da mulher é em casa, e não em público, e, caso ela queira se aventurar, que isso aconteça preferencialmente de dia, vestida em roupas modestas, e idealmente acompanhada por outros membros da família que possam agir como seus protetores.⁶⁵³

Nas palavras de Sudhir Kakar, a sociedade indiana tradicionalmente define a personalidade de um indivíduo (isto é, sua dignidade enquanto pessoa) a partir de seus relacionamentos, e não de sua individualidade. Assim, enquanto mãe, filha, irmã ou esposa, a mulher é incontestavelmente digna de respeito. Contudo, fora dessas categorias e contextos, a mulher ou é uma “fêmea”, um “*bhog ki cheez*” (um objeto de prazer), ou, por estar deslocada de suas obrigações, está sujeita à punição (podendo se dar, inclusive, na forma de violência sexual).⁶⁵⁴ Esse conflito entre relacionamento e individualidade, ou, seguindo a sugestão do próprio Michael Dusche, entre hierarquia e equidade está ao centro da situação das mulheres na Índia, construindo e influenciando o horizonte cultural de reprodução e efetivação do Direito a esse respeito.

Nas sensíveis palavras de Anju Singh, as mulheres na Índia, como em outros lugares, é verdade, nascem para lutar por seus direitos desde o início, constantemente silenciadas emocional, familiar, religiosa e economicamente.⁶⁵⁵ Isto se ilustra, por exemplo, com a complexa prática dos dotes (basicamente, a realização de transações de caráter econômico e financeiro entre a família da noiva e a família do noivo, consistindo na doação

⁶⁵² Cf. BAVINCK, Maarten [*et al.*]. From indifference to mutual support – A Comparative Analysis of Legal Pluralism in the Governing of South Asian Fisheries. *European Journal of Development Research*, v. 25, n° 4, p. 621-640, 2011.

⁶⁵³ DUSCHE, Michael. Women’s Rights in India: Hierarchical Ethics versus Egalitarian Morality. *South Asia Chronicle*, v. 4, p. 228-253, 2014.

⁶⁵⁴ KAKAR, Sudhir. Vergewaltigungen in Indien: Entwurzelte Männer sehen Frauen als Freiwild. *Spiegel*, Online, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/der-indische-psychoanalytiker-sudhir-kakar-uebervergewaltigung-a-901769.htm>>. Acesso em: 25 janeiro de 2017.

⁶⁵⁵ SINGH, 1998.

de presentes e dinheiro por parte da primeira à segunda)⁶⁵⁶, legalmente proibida, mas ainda muito praticada (em 2010 foram registrados 5.182 casos da prática, criminalizada desde 1961)⁶⁵⁷. Outra confirmação desse estado de coisas é a visão estereotipada que se tem da mulher na sociedade indiana, que faz com que elas sejam socialmente preteridas antes mesmo do nascimento, em muitas situações, sendo comum as narrativas de gravidez de meninas como um infortúnio ocorrido ao casal.

No censo nacional realizado em 2011, constatou-se que a razão de sexo na Índia é de 1000 homens para 943 mulheres. A razão de sexo infantil, por sua vez, é de 1000 para 919.⁶⁵⁸ Isso se dá por consequência dos valores (especialmente financeiros) negativos atribuídos ao nascimento de uma menina. Enquanto um menino ao crescer, acredita-se, contribuirá para o sustento da família, e, ao se casar, receberá o dote respectivo, uma menina será mais uma pessoa para sustentar, com a família tendo de dispender ela própria de recursos, por sua vez, para pagar seu dote quando ela se casar. Assim, o país enfrenta um sério problema de infanticídios e fetocídios baseados em gênero⁶⁵⁹, seguindo um cálculo extremamente mórbido: “é melhor gastar 500 rúbias agora no teste do que 50.000 em um dote para a filha”, pensam muitos na Índia. Malgrado os incentivos financeiros oferecidos pelo governo indiano para a realização do parto em hospitais públicos e pelo nascimento de meninas, não há grandes transformações dessa situação nas últimas duas décadas.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Para uma discussão das origens da prática e a construção de sua conceituação legal, cf. GUPTA, Nidhi. Women’s Human Rights and the Practice of Dowry in India. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 35, n° 48, p. 85-123, 2003.

⁶⁵⁷ BEGUM, Rasida. Violation of Women Rights in India. *International Journal of Humanities & Social Science Studies*, v. 1, n° 3, p. 216-224, 2014.

⁶⁵⁸ REPÚBLICA DA ÍNDIA. *2011 Census of India*. 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://censusindia.gov.in/>>. Acesso em: 25 de janeiro 2017.

⁶⁵⁹ Conforme relata Anantanad Ramechan, um proeminente teólogo do hinduísmo, dos 13.400 abortos realizados por uma clínica especializada de Nova Delhi entre 1992 e 1993, 13.338 eram de fetos femininos. Outro estudo, citado pelo autor, mostra que dos 8.000 fetos abortados no estado de Maharashtra, 7.999 eram femininos. Para o autor, tal prática é a principal causa da atual razão de sexo na Índia. (RAMECHAN, Anantanad. A Hindu Perspective. In: *What Men Owe to Women: Men’s Voices from World Religions*. MAGUIRE, Daniel C.; RAINES, John C.. Albany: State University of New York Press, 2001.

⁶⁶⁰ LIVNE, Emma. *Violence Against Women in India: Origins, Perpetuation and Reform*. 2015. Disponível em: <<http://www.cmu.edu/hss/globalstudies/images/livne-gs-capstone-paper.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

O problema dos dotes não se restringe ao nascimento, contudo. Segundo os levantamentos de Eleonora Corsini, quando esse é considerado insuficiente ou insatisfatório⁶⁶¹, é comum que o marido abuse ou violence a esposa continuamente, até que ela seja morta (normalmente incendiada)⁶⁶², ou cometa suicídio. A prática é tipificada pelo Código Penal Indiano, em seu artigo 304 (B).⁶⁶³ Todavia, no ano de 2011, o Serviço Nacional de Registros Criminais da Índia registrou 8.618 mortes femininas relacionadas a dotes. Já o Conselho Asiático das Mulheres sobre Direitos Humanos estima que 25.000 mulheres entre 15 e 24 anos são mortas anualmente pelo mesmo motivo.⁶⁶⁴

Os números também são chocantes no que diz respeito a casos de estupro. Segundo o Serviço Nacional de Registros Criminais, 24.206 casos foram registrados no ano de 2011. Mais assustadora é a maneira pela qual a sociedade e mesmo o judiciário indiano interpretam tais acontecimentos.

Em janeiro de 1996, relata Michael Dusche, uma garota de dezesseis anos de Suryanelli, Kerala, ao fugir com seu namorado, sendo posteriormente por ele abandonada, caiu nas mãos de um casal que a estuproou, confinou, e

⁶⁶¹ Por exemplo, Eleonora Corsini, conta do caso Kishna Kumary, em que o Sr. Kumary passou a assediar sua esposa por uma televisão e um ar-condicionado não terem sido incluídos no dote. Pouco tempo depois, sua mulher apareceu morta na cozinha, com o marido e o cunhado argumentando se tratar de um acidente, não obstante o exame de óbito concluindo ter sido a morte em razão de asfixia. Em primeira instância, o marido foi absolvido por falta de evidência. Só quando o caso chegou a Suprema Corte que ele foi levado a julgamento, e então condenado, cf. CORSINI, Eleonora. *Law Alone Cannot: Women's Empowerment in India*. 2012. Disponível em: <<http://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/pdfs/3studentjournalcorsini1.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro 2017.

⁶⁶² Fogões abastecidos por querosene são bem comuns na Índia, tal qual o hábito de guardar combustível em reserva. Como o fogo não só elimina a vítima como virtualmente todas as evidências da morte, há uma predileção por tal curso de ação em crimes domésticos relacionados a dotes. Assim, encontra-se disposto o seguinte no artigo 304 (B) do Código Penal Indiano: “Quando a morte de uma mulher é causada por queimaduras ou ferimentos corporais ou ocorre de outras formas que não em circunstâncias normais dentre os 7 primeiros anos de casamento e é mostrado que imediatamente antes da morte ela foi submetida a crueldade e assédio pelo marido ou por qualquer parente seu por, ou em conexão a, qualquer demanda relacionada ao dote, essa morte deverá ser chamada ‘morte dotal’, e seu marido ou relativo deverá ser julgado por ter causado sua morte.” (REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The Indian Penal Code*. 6 de outubro de 1860). [Tradução livre].

⁶⁶³ Nidhi Gupta argumenta que as políticas governamentais, inclusive a criminalização, voltadas para combate a prática dos dotes são parciais e simplistas, errando em optar pela imposição de padrões ocidentalizados de individualidade e direitos humanos perante costumes religiosa e economicamente enraizados e, por consequência, alheias a tais questões. A autora claramente tem um ponto, visto o número de crimes relacionados à prática ter aumentado ao longo dos anos. (cf. GUPTA, Nidhi, 2003).

⁶⁶⁴ LIVNE, 2015.

agenciou como suposta prostituta para quarenta outros homens em um período de quarenta dias. Em 2000, a corte local sentenciou trinta e seis dos quarenta homens e a mulher como culpados, condenando-os rigorosamente. A decisão foi recorrida e em 2005 a Alta Corte de Kerala absolveu trinta e cinco dos acusados argumentando pela possibilidade da garota ter consentido com os atos sexuais. Os juízes assim decidiram em razão do “caráter” da vítima, que, ao ter praticado atos sexuais com seu namorado antes do casamento, se mostrou desviante do esperado de uma garota inocente de sua idade. Em outras palavras, ela seria a culpada por outros homens se aproveitarem de sua “promiscuidade”. Em 2013 a Suprema Corte da Índia declararia como chocante tal julgamento, determinando sua revisão. Em 4 de abril de 2014, uma nova bancada da Alta Corte de Kerala condenou um dos acusados à prisão perpetua, enquanto outros 22 foram condenados a longos anos de encarceramento. Sete foram absolvidos, e cinco morreram durante o julgamento. Ainda assim, a defesa então alegou que a vítima teria sido relapsa, podendo ter escapado durante o período em que ficou cativa.⁶⁶⁵

Após o estupro coletivo de uma estudante de 23 anos em Delhi, no dia 16 de dezembro de 2012, a opinião pública internacional se voltou completamente para a questão na Índia. O resultado da pressão internacional foi a constituição de um comitê pela Suprema Corte da Índia, liderado pelo *Justice J. S. Verma*. No dia 23 de janeiro de 2013, o comitê publicou um relatório extenso sugerindo uma série de reformas na atual legislação⁶⁶⁶, dentre elas, por exemplo, a criminalização do estupro conjugal (recomendação que até a presente data não foi seguida). Como a postura inicial da bancada da Alta Corte de Kerala evidencia, a visão tradicionalista a respeito do lugar das mulheres na Índia não se restringe ao interior e às margens da sociedade, alcançando, assustadoramente, uma parte da elite do Estado indiano.

Não obstante, conquistar publicidade às leis constitui por si só um sério obstáculo no combate à desigualdade de gênero na Índia. Por exemplo,

⁶⁶⁵ DUSCHE, 2014.

⁶⁶⁶ VERMA, J. S. [et al]. *Report of the Committee on Amendments to Criminal Law*. 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://apneaap.org/wp-content/uploads/2012/10/Justice-Verma-Committee-Report.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

no tocante ao direito de família⁶⁶⁷, Upendra Baxi, comentando estudo realizado por B. B. Chatterjee quanto ao acesso à informação legal em quatro vilarejos no distrito de Banaras, aponta que os entrevistados não tinham nenhum conhecimento a respeito da idade mínima legal para casamento⁶⁶⁸, ou que a prática dos dotes havia sido proibida. Pouco sabiam a respeito das normativas referentes a divórcio. Quanto à Lei de Sucessões Hindus, apenas 12 dos 200 entrevistados responderam ter algum conhecimento a respeito, com a única exceção concernindo a provisão referente ao direito de herança que passaram a ter as mulheres. Segundo Baxi, enquanto 68% dos respondentes pertencentes às castas mais elevadas se opunham veementemente à medida, 71% dos demais a viam favoravelmente nas demais castas. Mais ainda, em geral, curiosa e justamente os respondentes que nada sabiam a respeito das inovações e mudanças legislativas eram aqueles que expressavam atitudes mais favoráveis a elas.⁶⁶⁹

As mulheres na Índia também enfrentam dificuldades no acesso à educação e perante o mercado de trabalho⁶⁷⁰, mesmo existindo legislações e políticas públicas específicas para ambos os correlatos problemas, bem como

⁶⁶⁷ Ainda que muitas das controvérsias nessa área sejam consequências da atual e incontornável estrutura do sistema jurídico indiano, em que se permite a vigência, sob a égide constitucional, de diversas ordens normativas religiosas, embasadas no princípio da personalidade. Assim, há um constante jogo político, com uma intensa pressão por parte das respectivas comunidades religiosas para manterem aquém da legislação estatal uma série de matérias reguladas por suas próprias normativas pessoais, como sucessões, casamento, divórcio, propriedade etc.. Talvez a principal consequência, em termos legislativos, seja a inexistência até o presente momento de um Código Civil Uniforme, conforme determinado pelo artigo 44 da Constituição da Índia. Cf. COSSMAN, Brenda; KAPUR, Ratna. Women and Poverty in India: Law and Social Change. *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 6, 1993; NUSSBAUM, Martha C. India: Implementing Sex Equality Through Law. *Chicago Journal of International Law*, v. 2, n° 1, p. 35-58, 2001; WILLIAMS, Rina Verma. *Postcolonial Politics and Personal Laws: Colonial Legal Legacies and the Indian State*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

⁶⁶⁸ Desde 1978, a idade mínima necessária para casamento é 18 para mulheres e 21 para homens. Nos últimos anos, a Índia vem conseguindo diminuir o número de casamentos com mulheres abaixo da idade mínima legal, chegando, em 2009, à média nacional de apenas 7% do total de casamentos. cf. SINHA, Kounteya. Nearly 50% fall in brides married below 18. *The Times of India*. 10 fev. 2012. Disponível em: <<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Nearly-50-fall-in-brides-married-below-18/articleshow/11829410.cms>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

⁶⁶⁹ BAXI, Upendra. *Toward a Sociology of Indian Law*. Nova Delhi: Satvahan Publications, 1986.

⁶⁷⁰ JAVEED, Shayan; MANUHAAR, Anupam. Women and Wage Discrimination in India: A Critical Analysis. *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, v. 2, n° 4, p. 06-12, 2013.

um número considerável de decisões judiciais a respeito⁶⁷¹. Assim: o grau de alfabetização é de 65,50% entre as mulheres, contra 82,10% entre os homens (com um índice de abandono dos estudos 10% maior entre as mulheres do que entre os homens)⁶⁷²; 73,78% da força de trabalho rural é composta por homens, contra 26,22% de mulheres. Esses números, que deveriam ser melhores em contextos urbanos, não o são: a relação dos postos de trabalho no meio urbano é de 84,76% para 15,24%, com mulheres recebendo salários, em média, entre 20 e 60% menores que os dos homens. O resultado é um círculo vicioso em que as mulheres, por terem, comparativamente, menor preparo profissional e nível escolar que os homens, não conseguem competir por vagas no mercado de trabalho, muito menos nos centros urbanos. Consequentemente, 94% da força de trabalho feminina é constituída por trabalhadoras autônomas, localizada, em sua maioria, no campo.⁶⁷³

Percebe-se, portanto, um sério problema de efetividade, constituído de maneira extremamente complexa, por fatores que vão desde a falta de publicidade dos progressos legislativos, passando pelas tensas relações entre o direito estatal e a série de ordens normativas de caráter tradicional, à “baixa constitucionalidade” (baixa permeabilidade à linguagem constitucional) dos agentes políticos e estatais quando o assunto diz respeito às mulheres, imersos culturalmente na hierarquia patriarcal ainda presente da sociedade indiana. É preciso ressaltar o contexto em que essa verticalização entre homens e mulheres acontece na Índia. Em que pese as disposições constitucionais claras a respeito, parte do estigma social das castas e tribos intocáveis permanece, a tornar a situação das mulheres pertencentes a essas castas ainda mais difícil.⁶⁷⁴

É possível identificar traços dos estereótipos mortais exigidos às mulheres indianas na própria legislação, em várias distinções construídas em

⁶⁷¹ Para uma análise da jurisprudência da Suprema Corte da Índia a respeito da discriminação de gênero no mercado de trabalho e do direito à educação, cf. SINGH, 1998.

⁶⁷² REPÚBLICA DA ÍNDIA. *2011 Census of India*. 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://censusindia.gov.in/>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

⁶⁷³ COSSMAN; KAPUR, 1993.

⁶⁷⁴ Cf. JOSÉ, Justin. P. Identity and Social Exclusion of Dalit Women: A psychosocial perspective. *Contemporary Voice of Dalit*, v. 8, n° 2, p. 136-162, 2016.

sede de direito criminal, direito de família, e mesmo em direito das sucessões. No último caso, e por exemplo, malgrado a mulher hoje ter direito à herança, seu quinhão parte daquilo que é de patrimônio do pai especificamente (podendo ele, caso queira, excluí-la por testamento), e não da família como um todo, enquanto os homens recebem parcela da “propriedade ancestral”, conjuntamente ao quinhão correspondente ao patrimônio do pai.⁶⁷⁵

Parcialmente é possível atribuir tal estado de coisas à falta de representatividade política das mulheres. A Índia se encontra em 130º lugar no ranking do Índice de Desigualdade de Gênero construído pela Organização das Nações Unidas. Enquanto 56,6% da população masculina possui escolaridade igual ou superior ao segundo grau, apenas 27% das mulheres têm nível de escolaridade semelhante (entre 2005 e 2014). Já 79,9% da força de trabalho masculina está inserida no mercado de trabalho, contra 27,0% da feminina (em 2013). E, por fim, somente 12,2% dos assentos parlamentares são ocupados por mulheres.⁶⁷⁶

Tal déficit democrático (considerando que quase metade da sua imensa população, de 1.326.801.576 pessoas em 2016, é composta por mulheres) já foi identificado como um problema por parcela da sociedade indiana. Desde 1996, observa-se tentativas de aprovar uma emenda constitucional reservando 33% dos assentos no parlamento nacional (*Lok Sabha*) e em assembleias estaduais para mulheres, com a última tendo ocorrido no ano de 2010. A resistência política a tanto, contudo, é surpreendente. Passando por representantes do movimento feminista a políticos das castas excluídas, bem como aqueles de alinhamento claramente conservador (temerosos de que tais reservas ameaçariam suas práticas culturalmente estabelecidas), o projeto é criticado, desde seus fundamentos, enquanto ação afirmativa, até quanto às suas possíveis consequências e mecanismos propostos para a seleção das futuras representantes.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ COSSMAN; KAPUR, 1993.

⁶⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

⁶⁷⁷ RANDALL, Vicky. Legislative gender quotas and Indian Exceptionalism: The Travails of the Women’s Reservation Bill. *Comparative Politics*, v. 39, n° 1, p. 63-82, 2006.

3.2.3.2 – A situação concreta das minorias étnicas na Índia

A Índia é o país culturalmente mais diversificado do mundo. Composta por 6 grupos étnicos principais (com a estimativa da existência de mais de 2000 grupos étnicos em seu território), 52 tribos maiores (com 451 tribos reconhecidas no Censo Nacional de 2001, em um universo estimado de 635 tribos), 6 religiões principais, 18 línguas principais (com 22 sendo reconhecidas oficialmente, em um universo estimado de mais de 1.600 línguas ou dialetos).⁶⁷⁸ Essa complexidade vai categorizada pela literatura jurídico-constitucional e político-teórica, tendo em vista as distintas estratégias mobilizadas e normativas estabilizadas pelo Estado indiano para dar conta das questões concernentes às minorias étnicas em seu território, em quatro grupos: linguísticos, religiosos, castas e tribais.⁶⁷⁹

A pluralidade da sociedade indiana é inegável (ainda que nublada pelo recurso à violência em níveis tremendos, como se verá). Assim, até mesmo por questões de segurança pública e unidade territorial, o Estado indiano desde sua concepção, já durante os debates de sua Assembleia Constituinte, se viu embarcado no caminho multicultural, com a positivação de direitos coletivos de minorias no texto constitucional⁶⁸⁰, em contraposição ao modelo ocidental então vigente, com ênfase no indivíduo e de neutralidade cultural, ao menos em termos oficiais, conforme reflexão de Gurpreet Mahajan.⁶⁸¹

Ainda quando de sua incipiência, e até hoje, muitas das questões concernentes às minorias étnicas se veem articuladas com recurso ao lugar-comum do secularismo⁶⁸², servindo tanto para a promoção e defesa dos

⁶⁷⁸ KHAN, Bordhan Uddin; RAHMAN, Muhammad Mahbubur. *Protection of Minorities: A South Asian Discourse*. Dhaka: University of Dhaka, 2009.

⁶⁷⁹ Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; MAHAJAN, Gurpreet. Indian Exceptionalism or Indian Model: Negotiating Cultural Diversity and Minority Rights in a Democratic Nation-State. In: *Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁶⁸⁰ Para uma análise pormenorizada do regime de direitos de minorias sob a Constituição Indiana, cf. MAHMUD, Tahir (ed.) *Minorities and the State at the Indian Law*. Nova Delhi: Institute of Objective Studies, 1991.

⁶⁸¹ MAHAJAN, 2005.

⁶⁸² Rochana Bajpai oferece uma primorosa análise da importância e das variações semânticas do conceito durante os debates da Assembleia Constituinte e após o que ficou conhecido como

direitos dessas minorias, como para a contestação e condenação do envolvimento estatal nesses contextos. Assim, o Estado é interpretado, por vezes, como omissivo (no que diz respeito aos conflitos entre os direitos das comunidades religiosas e os direitos das mulheres), ou desnecessariamente ativo (desde o início, por aqueles constituintes que consideravam excessivas as ações afirmativas e reservas parlamentares constitucionalmente determinadas; até hoje, pelas atuais tendências parlamentares de cunho nacionalista, amparadas na maioria Hindu, diante dos crescentes atentados terroristas, cuja consequência é a propagação do discurso de reação e opressão às minorias tidas como responsáveis).⁶⁸³

Logo, em contraste com a interpretação largamente difundida, de que o secularismo indiano, diferentemente de sua contraparte ocidental, não promove a separação entre Estado e religião, e sim a promoção de todas as religiões, indistintamente (e de todas as línguas, culturas e etnias, bem como o fim das castas e tribos excluídas)⁶⁸⁴, a realidade política do país mostra que seu significado é cotidianamente discutido, com os mais diversos atores sociais (embasados pelas mais diversas comunidades sociais, culturais, e religiosas) se enfrentando (nem sempre só discursiva e persuasivamente) frente aos espaços de autoridade constituídos para tanto (legislativo, administrativo, ou judicial). Cada qual assim opera com o intuito de fazer viger sua perspectiva a cada lei aprovada, política pública estabelecida e implementada, ou decisão judicial proferida, segundo indicam os estudos disponíveis sobre o tema.

No que diz respeito ao campo religioso, a Constituição de 1950 reconheceu oficialmente os “direitos pessoais” de quatro comunidades, a Hindu, a Muçulmana, a Cristã, e a Parse especialmente por razões históricas, dado o processo de codificação, durante o período colonial, das religiões hindu e islâmica.⁶⁸⁵ Paralelamente, seis são as minorias religiosas com o status de

incidente *Shah Bano*, cf. BAJPAI, Rochana. The conceptual vocabularies of secularism and minority rights in India. *Journal of Political Ideologies*, v. 7, n° 2, p. 179-197, 2002.

⁶⁸³ BAJPAI, 2002.

⁶⁸⁴ BAJPAI, 2002.

⁶⁸⁵ MAHAJAN, 2005.

“minorias nacionais”, reconhecimento dado por ato do governo federal indiano, em conformidade com a Lei da Comissão Nacional para Minorias de 1992⁶⁸⁶, quais sejam: Muçulmanos, Cristãos, Sikhs, Janistas, Budistas e Parses, correspondendo, respectivamente, 13,43%, 2,34%, 1,87%, 0,41%, 0,77%, e 0,06% da população indiana, segundo o Censo Nacional de 2001. Os hindus constituem uma larga maioria, correspondendo a 80,46% da população, de acordo com o mesmo censo. Outras religiões, bem como pessoas sem nenhuma religião (aí incluídos ateus), correspondem a 0,72%.⁶⁸⁷

Pode-se dizer que em termos de políticas públicas, o Estado indiano respeita a pluralidade religiosa, em termos gerais, com ênfase na concepção da religião como crença individual – restringindo-a ao âmbito privado e cultural –, promovendo e incentivando a organização das comunidades religiosas sem vinculações a territórios específicos. Correspondentemente, não existem provisões específicas a respeito da reserva de assentos parlamentares com base na identidade religiosa, com as referidas minorias sendo identificadas de uma perspectiva nacional, e não regional ou local, bem como a constatada ausência de ações afirmativas (arts. 15 (4) e 16 (4) da Constituição de 1950) para minorias religiosas.

No último caso, a recusa governamental (fundada em receios de que tais cursos de ação gerariam divisões e sectarismos na sociedade indiana) não deixa de gerar déficits de representatividade na estrutura estatal. Assim, em 1983, segundo o Relatório sobre Minorias de Gopal Singh, existiam apenas 128 muçulmanos (o segundo grupo religioso mais populoso na Índia) em um total de 3.785 servidores públicos nos Serviços Administrativos Indianos

⁶⁸⁶ REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The National Commission for Minorities Act*. 17 de maio de 1992. Disponível em: <http://odishapolice.gov.in/sites/default/files/PDF/the_national_commission_for_minorities_act_1992.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2017; acerca do papel da Comissão e sobre a estrutura de proteção a minorias do Estado indiano como um todo, cf. ADHAV, Sunita. Institutional framework for protection of minorities in India: an analysis. *Bharati Law review*, n° 1, p. 37-49, 2014.

⁶⁸⁷ REPÚBLICA DA ÍNDIA. *2001 National Census*. 2001. Disponível em: <http://www.censusindia.gov.in/Census_Data_2001/India_at_glance/glance.aspx>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

(3,2%), enquanto apenas 57 muçulmanos pertenciam à Polícia Indiana (2,6%).⁶⁸⁸

O texto constitucional⁶⁸⁹ assegura a todas as comunidades o direito de professar, praticar e propagar suas religiões (artigo 25 (1)), podendo estabelecer e manter instituições religiosas ou de caridade, tendo autonomia para decidir seus próprios assuntos em matéria religiosa, bem como possuindo direito de propriedade (artigo 26 (a), (b), (c), (d)). No artigo 30 (1), por sua vez, é estabelecido o direito das minorias, sejam religiosas, ou linguísticas, de instituírem e administrarem instituições educacionais, cabíveis de receber auxílio financeiro estatal (artigo 30 (2)). Não obstante, o direito à liberdade religiosa não impede a aplicação de qualquer lei existente ou previne o Estado de legislar a respeito de qualquer atividade econômica, financeira, política ou de outro modo secular que esteja associada à prática religiosa (artigo 25 (2) (a)). O traçar da linha divisória entre o secular e o religioso, e os modos pelos quais isso é feito, suscita muitas das polêmicas referentes às minorias étnicas na Índia.

Exemplar, nesse sentido, é o caso *Mohammed Ahmed Khan v. Shah Bano*, de 1986. Shah Bano, uma mulher muçulmana, acionou judicialmente seu ex-marido pela interrupção do pagamento das pensões que lhe eram devidas após o divórcio, em conformidade com a seção 125 do Código de Processo Criminal (1973). O caso chegou à Suprema Corte da Índia, com o ex-marido arguindo que o direito pessoal islâmico lhe eximia de pagar a pensão após certo período (*iddat*), de modo que a decisão até então mantida, inclusive em sede de apelação, contrariava o direito pessoal⁶⁹⁰ das partes, e violava seu direito à liberdade religiosa. A Suprema Corte manteve a decisão, argumentando que o direito pessoal islâmico não afastava a aplicabilidade do

⁶⁸⁸ Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; JAYAL, Niraja Gopal. *Representing India: Ethnic Diversity and the Governance of Public Institutions*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2006.

⁶⁸⁹ REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The Constitution of India*. 24 de janeiro de 1950. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

⁶⁹⁰ A respeito do estado de coisas atual da tensa relação entre ordem constitucional e as ordens normativas pessoais das comunidades religiosas, cf. RANI, Bitto. Legal pluralism, cultural diversity and rights of minorities in Multicultural Society; Revisiting the Rights of Indian Muslims as Minorities to Follow their Personal Law. *International Journal of Humanities, Social Sciences and Education*, v. 2, n° 2, p. 93-108, 2015.

Código de Processo Criminal no caso, inclusive interpretando-o de maneira mais igualitária, com vistas a mostrar a compatibilidade entre ambas as normativas.

Segundo Siobhan Mullally, o espetáculo de uma corte exclusivamente formada por juizes etnicamente hindus interpretando o Islã e se pronunciando com autoridade quanto à leitura apropriada de vários versos do Alcorão suscitou uma onda de protestos e tumultos, lideradas por forças da comunidade muçulmana⁶⁹¹. Tais eventos são considerados até hoje a maior manifestação muçulmana na Índia pós-colonial.

Mais recentemente, casos de tumultos resultante de confrontos de caráter étnico-religioso têm se tornado cada vez mais recorrentes, segundo os estudos de Mullally, que denuncia a postura, por vezes, complacente dos oficiais (especialmente quando as violações de direitos, inclusive do direito a vida, se restringem a indianos pertencentes a minorias religiosas) e o envolvimento de partidos políticos de perfil nacionalista.

A esse respeito, Martha C. Nussbaum oferece uma detalhada análise do genocídio perpetrado em Godhra, Gujarat, em 27 de fevereiro de 2002, especificamente no que diz respeito ao envolvimento das autoridades estatais. 10 anos antes, uma gangue hindu destruiu uma mesquita do séc. XVI, sob a denúncia de que a construção cobria as ruínas de um templo hindu. De modo algum um fato isolado, muitos peregrinos hindus (*kar sevaks*) se dirigem a locais disputados como esse, objetivando construir um novo templo de sua religião. Na referida data, às 7h43 da manhã, o Expresso Sabarmati parou na estação em Godhra, tendo por volta de 1.700 peregrinos a bordo do trem. Após a parada de quatro minutos, entre 30 a 40 hindus ficaram para trás, com seus companheiros puxando a corda de emergência. Concomitantemente à entrada dos hindus restantes, mulheres muçulmanas começaram a gritar terem sido agredidas pelos hindus. Multidões começaram a se formar, culminando em uma batalha entusiasmada entre os membros das duas religiões, com um

⁶⁹¹ MULLALLY, Siobhan. Feminism and Multicultural Dilemmas in India: Revisiting the Sha Bano Case. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n° 4, p. 671-692, 2004.

vagão explodindo, resultando na morte de cinquenta e oito pessoas, homens, mulheres e crianças, em sua maioria hindus.

Os muçulmanos foram imediatamente culpados, em que pese as evidências encontradas de que a explosão teria sido provocada por hindus nacionalistas. A polícia local passou a deter uma série de muçulmanos, muitas vezes independentemente de qualquer envolvimento. Seguidas de ondas de violência provocadas por hindus, queimando e dizimando casas, vilas e cidades muçulmanas no Estado, sob a complacência das autoridades. Após o incidente, o então primeiro-ministro do estado de Gurajat, Narendra Modi, em suas muitas declarações a respeito, justificou as violências perpetradas, tratando-se, em seu juízo, de uma simples e natural dinâmica de ação e reação.⁶⁹²

A interpretação de Nussbaum de que o incidente é o resultado de anos de construção (em parte incentivada por forças partidárias e estatais de Gurajat) de um ódio mútuo entre as religiões é corroborada pelo estudo empírico realizado por Steven Ian Wilkinson. Segundo o autor, conforme as minorias (religiosas ou não) foram galgando mais espaço enquanto grupos politicamente atuantes, o nível de violência étnica aumentou, com mais tumultos e mais mortes daí resultantes.⁶⁹³

Quanto à questão linguística, o Estado indiano tem agido de maneira distinta. Em contraste para com a questão religiosa, o respeito e promoção da diversidade linguística tem se dado com foco na territorialidade, estando intimamente ligada ao federalismo indiano. De acordo com Gurpreet Mahajan, nas últimas décadas o Estado indiano tem criado unidades baseadas na identidade linguística, chegando, inclusive, na reorganização da divisão dos estados federados, de modo que os falantes de determinada língua, assentados em um determinado contínuo territorial, pudessem se organizar

⁶⁹² NUSSBAUM, Martha C. *The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

⁶⁹³ WILKINSON, Steven Ian. India, Consociational Theory, and Ethnic Violence. *Asian Survey*, v. 40, n° 5, p. 767-791, 2000.

com vistas ao autogoverno e a constituição de uma relativa autonomia política. Essa estratégia não deixa de enfrentar problemas práticos, contudo.

Como referido, estima-se que pelo menos 1.600 línguas (ou dialetos) são faladas na Índia. Dessas, apenas 22 são reconhecidas oficialmente (Assamese, Bengali, Bodo, Dogri, Gujarati, Hindi, Kannada, Kashmiri, Konkani, Maithili, Malayalam, Manipuri, Marathi, Nepali, Oriya, Punjabi, Sanskrit, Santhali, Sindhi, Tamil, Telegu e Urdu) com 94 outras de significativa relevância a espera de uma resposta estatal, com algumas, como a Bhili, e Gondi, faladas por mais de um milhão de pessoas, enfrentando dificuldades em sua promoção, cultivo e propagação em face da revelia governamental. Soma-se a tanto, algumas contradições na política de reconhecimento linguístico, como no caso do kashmiri, falado por 53% da população do Estado de Jammu e Kashmir, sem ser ainda declarada como uma das línguas oficiais do Estado, enquanto sua língua oficial, o Urdu, é falada por menos de 1% da população.⁶⁹⁴

As questões concernentes às comunidades tribais também têm sido enfrentadas por meio de mecanismos federalistas, dotando a federação indiana de dimensões “assimétrica” e “multinível”. Assim, em territórios de entidades federativas caracterizados por um alto número de comunidades tribais (localizados principalmente no nordeste indiano), os estados são reestruturados organizativamente (com a criação de distritos autônomos dentro dos estados, e de conselhos distritais regionais, formados basicamente pelas respectivas lideranças tribais) de modo a dotar tais comunidades de participação a nível governamental e de poderes especiais de autogoverno, em respeito a suas práticas sociais e leis consuetudinárias, inclusive no que diz respeito à propriedade.⁶⁹⁵ Khan e Rahman, contudo, denunciam que as medidas adotadas comumente ficam aquém das demandas das comunidades

⁶⁹⁴ MAHAJAN, 2005; KHAN; RAHMAN, 2009.

⁶⁹⁵ Cf. MAHAJAN, 2005; ADENEY, Katharine. *Federalism and Ethnic Conflict Regulation in India and Pakistan*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007.

tribais, almejantes de conquistar status constituinte em meio a federação, e com isso, maior autonomia e autogoverno.⁶⁹⁶

As castas intocáveis (*adivasi*), por sua vez, e, dentre elas, especialmente os *dalit*, não são classificados pelo texto constitucional como minorias. Todavia, a Suprema Corte da Índia, no caso *State of Karnataka v. Babu Ingale*, a ela se referiu como a minoria mais oprimida do mundo.⁶⁹⁷ No mesmo sentido, para cumprir com o mandamento constitucional de extirpação da “intocabilidade” na sociedade indiana, foi levado a cabo um conjunto considerável de ações afirmativas, com o estabelecimento de cotas e reservas nos vários níveis do Estado indiano, inclusive no parlamento (o que foi nesse caso constitucionalmente assegurado), para indivíduos provindos das chamadas castas e tribos excluídas.

Em termos numéricos, os *adivasi*, correspondem a 8,6% da população indiana, isto é, por volta de 103 milhões de pessoas. Contudo, em 2005, quase 90% vivia em áreas rurais, contra 69% da população indiana em geral. Pesquisa realizada em 2000, por sua vez, identificou que 46% e 36% dos *adivasi* residindo em áreas rurais e urbanas, respectivamente, estavam abaixo da linha da pobreza indiana, contra os 27% e 23% da população indiana como um todo. Segundo o Centro Asiático para o Progresso dos Povos, em 2009, 63,5% de suas casas não possuíam energia elétrica, 53,1% não possuíam fontes de água potável, e 83% não possuíam instalações sanitárias, sendo a taxa de analfabetismo entre eles de 53%. Desse modo, em que pese a existência de políticas públicas voltadas para a correção dessas desigualdades, seu impacto parece restrito aos centros urbanos, o que, mesmo assim, não tira a ambiguidade de seus resultados, diante da enraizada noção de hierarquia provinda do sistema de castas, ainda presente no horizonte de mundo de muitas autoridades estatais indianas.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ KHAN; RAHMAN, 2009; Cf. PATI, Rabinda Nath; DASH, Jagannatha. (eds.) *Tribal and Indigenous People of India: Problems and Prospects*. Nova Delhi: APH Publishing, 2002.

⁶⁹⁷ SAUTMAN, Barry. A US/India Model for China's Ethnic Policies? Is the Cure worse than the disease? *University of Pennsylvania East Asia Law Review*, v. 9 p. 89-159, 2014.

⁶⁹⁸ Cf. KHAN; RAHMAN, 2009; NUSSBAUM, 2009; JAYAL, 2006.

3.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na Índia

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

Essa diversidade religiosa, como visto, não deixa de ter consequências normativas, o que, com o acréscimo do passado colonial indiano, só deixa mais complexa a normatividade na Índia, a encontrar no momento de Independência e no processo constituinte subsequente ponto de inflexão importante. Afinal, com a independência, a Índia passou a ser uma República Democrática, possuindo um ordenamento jurídico considerado híbrido, que associa, em sua ordem jurídica interna, particularidades das famílias romano-germânica e principalmente da *Common Law*, com o legado da normatividade tradicional; e que contempla, como fonte precípua do Direito atual, uma constituição escrita.

Nesse contexto, pode-se dizer que a Constituição da Índia estabeleceu, ao menos no plano da positivação jurídica, um caráter protetivo forte aos direitos fundamentais, se comparado às normas jurídicas indianas até então vigentes que, em razão da forte remição de conteúdo às tradições normativas religiosas, albergavam diversas regras e institutos normativos incompatíveis com a ideia de respeito à dignidade humana.

Respeito que, por sua vez, no atual debate jurídico contemporâneo indiano, passa necessariamente pela discussão quanto ao papel da Suprema Corte do país. O que se dá, no plano do debate acadêmico indiano, generalizadamente pelo enfoque na valorização ou na negação da construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito à dignidade e aos direitos humanos. Para o mapeamento da discussão, recorreu-se à análise de uma diversificada amostragem da produção jurídico-acadêmica indiana.

De tanto, concluiu-se que essa tendência se desdobra em três principais linhas de abordagem: uma mais apologética, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; e uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca de experiência constitucional indiana de promoção de direitos humanos. Vimos que essas abordagens se veem somadas a uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência e possibilidades de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Em paralelo à identificação do estado da arte do discurso jurídico-intelectual indiano, na busca por apreender criticamente o lugar-real da constitucionalidade do país, somou-se ao debate a investigação da efetividade do texto constitucional perante a situação das mulheres e das minorias étnicas na Índia, como estudos de caso, na seguinte lógica: procurou-se identificar a normativa infraconstitucional referente a cada um desses sujeitos de direito, passando a uma revisão da literatura especializada referente aos problemas enfrentados nas políticas de proteção dessas minorias, com uma

posterior discussão pormenorizada de casos exemplares dessas problemáticas.

Quanto às mulheres, percebe-se um sério problema de efetividade, constituído de maneira extremamente complexa, por fatores que vão desde a falta de publicidade dos progressos legislativos, passando pelas tensas relações entre o direito estatal e a série de ordens normativas de caráter tradicional, à “baixa constitucionalidade” (baixa permeabilidade à linguagem constitucional) dos agentes políticos e estatais quando o assunto diz respeito às mulheres, imersos culturalmente na hierarquia patriarcal ainda presente da sociedade indiana.

A questão da pluralidade étnica na Índia, por sua vez, se distingue nos campos religioso, linguístico e tribal. Vimos que todas as discussões em torno dos três parecem se centrar, contudo, na ideia do particular “secularismo indiano”, que tem seu significado cotidianamente discutido, com os mais diversos atores sociais (embasados pelas mais diversas comunidades sociais, culturais e religiosas) se enfrentando frente aos espaços de autoridade constituídos para tanto. Fato é, porém, que tais embates nem sempre permanecem apenas discursivos em uma lógica de persuasão. Tumultos e massacres motivados por diferenças religiosas têm sido cada vez mais crescentes nas últimas três décadas, juntamente aos incontáveis conflitos entre as ordens normativas religiosas e a normatividade constitucional, nem sempre resolvidos de maneira pacífica pelas autoridades estatais. O que se assoma às contradições das políticas estatais de respeito à diversidade linguística e promoção das autonomias tribais, não raras vezes motivadas por sérias questões de caráter geopolítico.

Assim, podemos sinteticamente concluir que, sobre a proteção da dignidade no sistema constitucional indiano, a Índia parece ter alcançado um nível formal satisfatório de reconhecimento normativo de direitos de dignidade e previsão normativa e institucional de instrumentos de sua exigibilidade. Porém, como país emergente e em desenvolvimento, os problemas de efetivação desses direitos e garantias ainda são significativos, presentes sobretudo em um complexo horizonte cultural de difícil interpretação,

articulação e modificação, por vezes, a inviabilizar desde a origem as atuações oficiais com vista à efetivação da dignidade. Assim, podemos dizer que existe uma cultura constitucional jurisdicional e intelectual na Índia que, ainda que com suas contradições internas, é bastante avançada quanto ao reconhecimento e preocupação em dotar de efetividade a dignidade humana como direito e como núcleo do sistema constitucional na Índia. Porém, tão ou ainda mais forte que essa cultura é a cultura tradicional indiana, nem sempre conciliável com uma cultura constitucional de respeito a direitos de dignidade. Assim, tanto nas estruturas ordinárias da Administração Pública, como na Índia profunda, acaba por não imperar uma cultura constitucional difusa e tem-se, assim, experiências de “baixa constitucionalidade”.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CHINESA CONTEMPORÂNEA

4.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA

A República Popular da China é considerada por muitos uma verdadeira civilização, que poderia ser equiparada a um continente, tanto por suas dimensões geográficas e populacionais quanto por sua “*variedad cultural y social interminable y con una población muy superior a cualquier outro país del mundo que se haya reunido bajo um mismo gobierno unitário*”⁶⁹⁹.

A cultura chinesa é composta por elementos únicos que muitas vezes não encontram correspondência na cultura ocidental. Tais aspectos da cultura chinesa, bem como sua auto-interpretação a respeito de sua singularidade, podem ser vistos na seguinte passagem referida por Henry Kissinger. Às vésperas do início do processo de modernização chinês, o então imperador, confrontado com os interesses de um embaixador inglês em se apropriar da civilização chinesa, responde pela impossibilidade de um estrangeiro conseguir compreender seus costumes e levá-los para outro território:

Se afirmas que a tua reverência para com a nossa Dinastia Celeste te enche de desejo de adquirir a nossa civilização, as nossas cerimônias e o nosso código legislativo diferem tal completamente dos teus que mesmo que o teu Enviado fosse capaz de adquirir os rudimentos da nossa civilização, não conseguirias transplantar os nossos modos e costumes para o seu solo estrangeiro.⁷⁰⁰

Assim sendo, pelo menos durante o período Dinástico, necessário concordar com Marcelo Maciel Ramos quando este afirma que a cultura chinesa, em meio às demais, é a única que se constituiu e desenvolveu com

⁶⁹⁹ INCHAURRAGA, Íñigo González. *Derecho Chino: Una Introducción para diplomáticos, Empresários y Políticos*. The Global Law Collecticon. Editorial Aranzadi, 2015, p.19.

⁷⁰⁰ IMPERADOR *apud* KISSINGER, Henry. *Da China*. Tradução: Freitas e Silva; revisão: João Assis Gomes. Quetzal Editores. Lisboa – Portugal. 2. Ed., 2012, p.60.

pouquíssima influência ocidental⁷⁰¹, seja, inicialmente, por motivos geográficos, e, posteriormente, pela constituição de um distanciamento muito mais que linguístico⁷⁰², podendo se dizer propriamente político, em razão de uma imposição hierárquica a quaisquer interações culturais, com a China ao topo.

Deste modo, a rica e complexa história política, jurídica e institucional do grande gigante asiático se caracteriza por essa particular afirmação de superioridade diante de outras culturas. Essa postura, malgrado eventuais influências sofridas ao longo do tempo, permitiu à cultura chinesa não só a manutenção de uma certa unidade e coerência – bem como sua contraposição ao Ocidente –, como gerou o característico isolacionismo do país – mesmo que ainda retórico, mas invariavelmente consensual –, até hoje sustentado, especialmente no que diz respeito às relações internacionais, mas também interconstitucionais.⁷⁰³

Nas últimas décadas a China vem ganhando cada vez mais espaço no cenário internacional. A China em suas interações com outros países tem galgado uma presença cada vez maior nos principais organismos internacionais. Contudo, para tanto, a China se viu pressionada a aproximar sua idiossincrática ordem normativa interna dos padrões internacionalmente reconhecidos e exigidos.

É verdade que a Constituição chinesa atual estabelece o respeito aos direitos humanos. E que o reconhecimento de sua importância é lugar-comum no discurso oficial chinês, desde que foi superada Revolução Cultural. Entretanto, em face de seu histórico isolacionismo, cabe espaço para dúvidas acerca dos motivos por trás dessa atualização normativa. Se essa reforma constitucional foi feita somente visando uma maior abertura internacional, ou se de fato a China, ao assim proceder, pretendeu de algum modo assimilar o

⁷⁰¹ RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do Direito pelo Ocidente: Uma investigação face à experiência normativa da China*. [Tese de doutorado] Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG. Belo Horizonte, 2010, p. 4.

⁷⁰² JULLIEN, François. *Fundar a Moral: diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes*. Trad: Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso, 2001.

respeito aos Direitos Humanos, efetivando-os dentro do país em consonância com suas declarações a respeito da importância do tema. São considerações que, como se verá, encontram reflexo em parte da jurídica chinesa, com a resposta notadamente influenciando a densificação jurídica consequente.

Logo, acreditamos que a compreensão da atual posição chinesa no cenário internacional, inclusive no que diz respeito aos BRICS, depende de um primeiro esforço aproximador, a partir da processualidade histórica de sua cultura, a ser analisada por meio da divisão em três etapas da normatividade chinesa, quais sejam: a etapa do devenir da normatividade tradicional chinesa durante as Dinastias Chinesas (771a.C - 1911d.C); a etapa da peculiar modernização chinesa de matriz precipuamente socialista (1911-1978); e a etapa do Direito chinês atual (1978-atual); buscando em cada qual suas contribuições para a construção da prática da Dignidade na normatividade chinesa como um todo, evidentemente suprassumidas no ordenamento chinês atual.

Essa divisão é uma constante nos estudos a respeito⁷⁰⁴ da história chinesa. A primeira etapa se remete ao Império Chinês e às várias Dinastias que se sucederam no governo da China. Dentre elas, algumas se destacam quanto ao desenvolvimento da normatividade tradicional chinesa, sendo, portanto, objeto de análise neste capítulo, então subdivididas nas duas bases tradicionais que se intercalam em influência ao longo do período dinástico, isto é, a Confuciana (praticamente sintetizada no termo *li*) e a Legalista (praticamente sintetizada no termo *fa*).

A etapa de modernização socialista compreende desde o final do período dinástico até as reformas de Deng Xiaoping. Para melhor estudá-lo, subdividir-se-á o período em quatro fases. A primeira fase compreende a transição revolucionária e a experiência inicial de modernização nacionalista liderada pelo *Kuomintang*; na segunda fase, dedicar-nos-emos à China

⁷⁰⁴ Veja-se para tanto, com pequenas variações: Castillo e Santiváñez no artigo “Notas sobre el Régimen Jurídico y la Constitución de la República popular China” (2007); Dário Moura Vicente no livro “Direito Comparado” (2002, p. 447 *et seq*); André Garcia Leão Reis Valadares no capítulo “A Experiência Normativa da China: passado e presente” *In: Direito Chinês Contemporâneo*, 2015; Íñigo González Inchaurrega no livro “Derecho Chino” (2015).

soviética, seguida da Revolução Cultural, terminada com a morte de Mao Tse-Tung, o que, por sua vez, dá início a uma série de reformas que culminam na atual configuração da República Popular da China; por último, analisaremos a decorrente fusão entre Socialismo e o Capitalismo de Estado na China.

Superada a identificação e contextualização da tradição normativa a informar o atual horizonte jurídico chinês, passaremos, respectivamente, à análise de seu direito constitucional contemporâneo, metodologicamente assim distinguidos: primeiro, realizaremos uma contraposição do texto constitucional à opinião pública internacional, a configurar esforço crítico da sistematização dos direitos fundamentais no discurso nomológico constitucional; segundo, de que modo a diferença entre discurso jurídico e prática social no que diz respeito aos direitos fundamentais vai percebida e discutida pela comunidade jurídica chinesa, aí implicando a identificação dos lugares-comuns basilares ao debate, mapeando aqueles temas que aparecem como significativos, e seu grau de concreção diante dos problemas jurídico-sociais chineses, especificamente no que diz respeito à dignidade da mulher e das minorias étnicas na China.

Tal caminho metodológico se volta para possibilitar a importante tarefa de verificação da capacidade do discurso normativo constitucional chinês quanto à dignidade humana em se transformar efetiva e cotidianamente na *práxis* social do país.

4.1.1 A NORMATIVIDADE TRADICIONAL CHINESA

A modernização da normatividade chinesa começa tão somente ao final do período dinástico. Assim sendo, até então, tem-se o desenvolvimento da normatividade tradicional, com a formação e interação de suas duas bases, o confucionismo e o legalismo. Tal processualidade implica um decurso temporal que vai desde o passado mais remoto até o ano de 1911. Nesse

interim, foram as dinastias⁷⁰⁵ que comandaram a China. Logo, amparar-se em suas sucessões se apresenta como uma interessante estratégia para identificar o desenvolvimento da normativa tradicional dessa peculiar civilização.

Contudo, em razão da ausência de estudos aprofundados acerca das três primeiras dinastias, o que de uma perspectiva normativo-historiográfica se justifica, dada sua antiguidade e ausência de registros histórico-culturais em suficiência, bem como da inexistência de qualquer traço seja do confucionismo, seja do legalismo, então identificadas na atualidade como principais traços da cultura normativa chinesa, não se faz necessário abordá-las. Afinal, Confúcio viveu entre 551-479 a. C., isto é, durante a Dinastia Zhou Oriental (771-256 a. C.). E a escola legalista, por sua vez, surgiu apenas durante a Dinastia Qin (221-206 a. C.)⁷⁰⁶. Isto não significa que os mais de 1.300 anos que antecedem o período selecionado não tenham importância – mas que seus efeitos são, no atual estado da arte, de difícil identificação e de pouco interesse, no presente debate. Deste modo, nossa análise partirá da primeira dinastia confucionista, começando no ano de 771 a. C.

⁷⁰⁵ A cronologia das Dinastias na China é muito mais extensa do que aquilo que submetemos à análise. O critério adotado para essa seleção foi identificar aqueles momentos ou etapas tidas como importantes para a formação e desenvolvimento do pensamento jurídico na China pela literatura especializada. Em que pese a presente delimitação histórica, é importante ressaltar a cronologia completa para podermos compreender melhor a evolução histórico-jurídica na China. De acordo com Yolanda Fernández Lommen, no livro *China: La construcción de um Estado Moderno*, que dentre muitos escritos pesquisados, demonstra ter uma das cronologias da China mais completas (ressalvando que algumas datas entre escritos se destoam por poucos anos). Assim, adotamos a seguinte cronologia do período dinástico na China: Xia (Aprox. XXI-XVI a.C); Shang (1700-1027 a.C); Zhou Ocidental (1027-771 a.C); Zhou Oriental (771-256 a.C); Período de Primavera e Outono (770-476 a.C); Estados Guerreiros (403-221 a.C); Qin (221-206 a.C); Han Temprano (206 a.C-8 d.C); Xin (9-24 d.C); Han Tardio (25-220 d.C); Os Três Reinos (220-280 d.C), Wei (220-265 d.C), Shu (221-263 d.C), Wu (229-280 d.C); Jin Ocidental (265-316 d.C); Jin Oriental (317-420 d.C); Dinastias do Sul (420-588 d.C), Song (420-478 d.C), Qi (479-501 d.C), Liang (502-556 d.C), Chen (557-588 d.C); Dinastias do Norte (386-588 d.C), Wei do Norte (386-533 d.C); Wei Oriental (534-549 d.C), Wei Ocidental (535-557 d.C), Qi do Norte (550-577 d.C), Zhou do Norte (557-588 d.C); Sui (581-617 d.C); Tang (618-907 d.C); As Cinco Dinastias (907-960 d.C); Os Dez Reinos (907-979 d.C); Song do Norte com o Império Liao no limite Norte (960-1127 d.C); Song do Sul com o Império Jin na China do Norte (1127-1279 d.C); Yuan (mongóis) (1279-1368 d.C); Ming (1368-1644 d.C); Qing (1644-1911 d.C). (FERNÁNDEZ LOMMEN, Yolanda. *China: La construcción de um Estado Moderno*. Ed. Catarata. Madrid, 2001).

⁷⁰⁶ Marcelo Maciel Ramos explica que malgrado parte do que viria a ser a doutrina legalista já estar em circulação durante o século VII, sua sintetização viria a acontecer em meio ao século III a. C., por Han Sei Tsé, que viveu entre os anos 280 e 233 a. C., às vésperas do início da Dinastia Qin (RAMOS, 2010, p. 277).

4.1.1.1 - Os Períodos Dinásticos e a formação do ‘li’ e do ‘fa’

Cronologicamente, podemos destacar como marcos significativos as dinastias: Zhou Oriental (771-256 a.C), Qin (221-206 a.C), Han (206 a. C.- 220 d. C.), Tang (618-907) e Qing (1644-1912).⁷⁰⁷

Como anteriormente referido, a Dinastia Zhou Oriental foi marcada pelos ensinamentos de Confúcio, notadamente sobre a doutrina da Harmonia Social. Tal doutrina implicava em uma sociedade estruturada em torno do que se considerava serem as relações “naturais” entre indivíduos, entendidas hierarquicamente, nas seguintes dicotomias: pai e filho; governante e governado; esposo e esposa; irmão mais velho e irmão mais novo; e entre as relações de amizade e as relações anteriormente pontuadas. Em suma, todos esses blocos estariam conectados, com a família ao centro, de modo que, para Confúcio e em certa medida para a Dinastia Zhou Oriental, uma sociedade moralmente harmoniosa seria decorrente de uma família bem regulada, enquanto microcosmos de um Império bem-governado.

Tais conexões se deixam transparecer por todos os ensinamentos confucianos, a culminar na noção de que como um modo de afastar os males sociais o governante deveria se apresentar como o ápice do exemplo moral, com vistas a garantir a estabilidade e prosperidade do Império. Nesse sentido, e por exemplo:

Cuando el príncipe es compassivo y practica la virtud, es imposible que el Pueblo no ame la justicia; y cuando el Pueblo ama la justicia, es imposible que los asuntos del príncipe no logren un fin honroso.⁷⁰⁸

Em última instância, se analisada numa perspectiva iminentemente normativa, tal doutrina implicava na constituição e resolução de controvérsias por meio de uma perspectiva parental. A relação entre pai e filho estando ao centro, norteava a atividade dos magistrados imperiais, então conhecidos

⁷⁰⁷ CAICEDO, Aparicio Castillo; SANTIVÁNEZ, Martín Vivanco. Notas sobre el Régimen Jurídico y la Constitución de la República Popular China. In: *China, El Dragón Rampante*. Thomson Aranzadi, 2007.

⁷⁰⁸ CONFUCIO. *Los Cuatro Libros*. Traducción: J. Farran y Mayoral. Editorial Augusta. Barcelona – España, 1972, p. 53.

como *Fumu Guan*, que González Inchaurreaga traduz por funcionários paternos (*funcionarios Padre-Madre*)⁷⁰⁹. Em outras palavras, a submissão e respeito esperados do filho diante do pai, segundo os ensinamentos de Confúcio, se traduziam em obrigações verticalizadas reflexas em todos os níveis do sistema social.

Por sua vez, durante a Dinastia Qin, a Escola Legalista – *fa* – foi a primeira doutrina que moldou as bases históricas da normatividade tradicional na China, marcado (se pensarmos a questão amparados pelos nossos referentes ocidentais) pelo lema “uma má lei é melhor do que nenhuma lei”. O regime legalista adotado durante a Dinastia Qin foi considerado inovador, notadamente por implicar em uma organização detalhada da ordem social, administrada por uma vasta burocracia, sobrevivente ao colapso da dinastia Qin, e adotada por todas aquelas que a sucederam.⁷¹⁰

Marcelo Maciel Ramos, amparado nos estudos de François Jullien, pontua ressalvas à nomenclatura pela qual a escola legalista ficou conhecida no Ocidente, bem como a respeito do centro de suas reflexões:

Embora os pensadores dessa escola recebam o nome de legalistas nas línguas ocidentais, eles são pensadores políticos — como, afinal, parece ser a vocação comum e marcante de toda a tradição do pensamento chinês. Eles são teóricos de um totalitarismo [despotismo]⁷¹¹, tendo colocado no centro de suas reflexões a

⁷⁰⁹ INCHAURRAGA, 2015, p. 35

⁷¹⁰ INCHAURRAGA, 2015, p.46.

⁷¹¹ Ramos caracteriza a estrutura de poder avançada pela Escola Legalista como “totalitária”. Em que pese as razões do autor para tanto, de todo modo não apresentadas no texto, acreditamos ser mais adequado nos valer do termo despotismo, se tal valoração se fizer necessária. Trata-se, afinal, de um termo consolidado pela tradição ocidental do pensamento político clássico a moderno, de Aristóteles a Montesquieu, para se referir à experiência política asiática. Mesmo que se pese sobre tal tradição a possível estigma de “orientalista”, a expressão ainda permanece inadequada pelos seguintes motivos. Primeiro, mesmo se afastando a modernidade do fenômeno totalitário, e admitindo sua ocorrência também em sociedades pré-modernas, como sugere, por exemplo, John Stanley (STANLEY, John. *Is Totalitarianism a New Phenomenon Reflections on Hannah Arendt’s Origins of Totalitarianism*. In: *Hannah Arendt: critical essays*. HINCHMAN, Lewis; HINCHMAN, Sandra. Albany: State University of New York Press, 1994), ainda assim aparecem como traços determinantes para tal caracterização: a ausência de qualquer estabilidade que seja – inclusive e especialmente aquela advinda com a lei, bem como com qualquer outro tipo de organização normativa –, com vistas a intensificar a atomização dos indivíduos, e, conseqüentemente, remover quaisquer barreiras ao terror e à mobilização total; e a desconsideração, nesse percurso, por quaisquer motivações de caráter técnico ou utilitário. Como exemplo, tem-se a profunda interpretação de Hannah Arendt a respeito da instituição dos campos de concentração, culminando na seguinte constatação: “A incredulidade dos horrores está intimamente conectada à sua inutilidade econômica. Os nazistas levaram essa inutilidade ao ponto de

preocupação com o poder em seu aspecto técnico ou utilitarista e não, conforme a tradução do nome pode fazer crer, com o Direito.⁷¹²

Tais aspectos, isto é, a ênfase na utilidade e na técnica, se viram reconhecidos pelas dinastias seguintes, e mesmo naquelas marcadamente confucionistas. As conjunturas funcionalmente próximas do que seria um direito penal e administrativo permanecem, tal qual a hierarquia burocrática. Essas contribuições se mostrarão cruciais para o posterior estabelecimento de um modelo político eficaz, amparando, segundo González⁷¹³, em tal aparato administrativo para a aplicação das normas confucianas.

Liu Bang posteriormente conhecido como Imperador Gaozu (206-194 a. C) foi um camponês que conquistara o Império depois do colapso da Dinastia Qin, fundando a Dinastia Han (206 a.C – 220 d.C). Após tomar o poder e proclamar-se Imperador, Gaozu aboliu grande parte das leis que foram promulgadas na Dinastia anterior baseadas na doutrina Legalista, sob o argumento de terem sido utilizadas como fundamento para exercer a opressão sob o comando dos governantes da dinastia Qin⁷¹⁴. Apesar da anulação de leis fundadas sobre a doutrina legalista, o Imperador Gaozu se viu com um grande problema: a necessidade de se conseguir administrar o extenso território da Dinastia Han; por isso optou pela restauração de parte do aparato burocrático criado com a Dinastia Qin, e pela promulgação de normativas de caráter administrativo e penal muito próximas ao defendido pela Escola Legalista⁷¹⁵, em uma mescla de confucionismo e legalismo.

No mesmo sentido, González afirma:

Este acto codificador, esta confucianización del Derecho, surgia de la tensión entre ritual confuciano y el Derecho legalista, alteró definitivamente el espíritu de *li*. Los cambios fueron tan profundos que

transformarem-na em anti-utilidade quando, em meio à guerra, apesar da falta de material de construção e de circulação de estoque, se viram a construir enormes e caras fábricas de extermínio, transportando milhões de lá para cá. De um ponto de vista estritamente utilitário, a contradição óbvia entre esses atos e a expediência militar deram a todo o empreendimento um ar de insanidade.” (ARENDDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Nova Iorque: Harc. & Co, 1973, p. 445, tradução livre). Assim, se os legalistas tinham suas preocupações voltadas tanto para a utilidade como para a técnica, ainda que tão somente, seus escritos não podem ser acusados de promover um totalitarismo.

⁷¹² RAMOS, 2010, p. 278.

⁷¹³ INCHAURRAGA, 2015, p. 44-45.

⁷¹⁴ INCHAURRAGA, 2015, p.47.

⁷¹⁵ INCHAURRAGA, 2015, p.47.

llegaron a destruir el orden armónico natural confuciano en aras del fortalecimiento del control del emperador sobre sus súbditos. El hecho, lejos de tener poca importancia, acabaría por reducir las enseñanzas de Confucio a la mera forma, generando un simbolismo vacío que socavaría definitivamente aquel espíritu inicial del *li*.⁷¹⁶

Com efeito, na Dinastia Han o Confucionismo ressurgiu com toda força e é adotado como doutrina oficial – *li* –, em que se tem por primado “el gobierno de los hombres” como “ el gobierno de la virtud”⁷¹⁷. Entretanto, podemos perceber, concomitantemente, sua função enquanto instrumento de controle social, com vistas a atender fins políticos, culminando no início da codificação dos ensinamentos confucianos.

Tal impulso resultará no primeiro Código autonomamente legal durante a Dinastia Tang. O chamado Código Tang passou a ser considerado o mais importante código do período Imperial, contendo duas partes principais: uma sobre Princípios Gerais; e a outra parte consistindo em disposições de matéria penal⁷¹⁸, tratando-se, fundamentalmente, de compilações de normativas anteriores.⁷¹⁹

A esse respeito, explica Gonzáles:

El Código Tang representó una síntesis final de los ideales legalistas y confucianos, síntesis que de manera lenta pero constante había comenzado muchos siglos atrás. El Código Tang resulta imprescindible para entender la Historia del Derecho chino, porque fue una institución capaz de articular un marco jurídico estable, por medio del cual el emperador y sus funcionarios pudieron gobernar el país durante más de mil doscientos años de forma eficiente.⁷²⁰

Na Dinastia Qing se inicia o Projeto de codificação legislativa, sob uma inspiração eminentemente ocidental. Essa reforma foi feita por Shen Jiaben (1840-1913), e como resultado foram redigidos os Códigos Qing (um

⁷¹⁶ INCHAURRAGA, 2015, p.47. “El emperador Wu (140-87 a.C), para evitar mayores confusiones adoptó el confucianismo como ideología oficial del Estado”.

⁷¹⁷ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 102.

⁷¹⁸ Sobre a parte do Código Tang que tratou dos crimes penais específicos, vale ressaltar o artigo 6 que apresentou as *Dez Abominações* que foram consideradas como os crimes mais graves (mais graves pelo fato de estarem indo de encontro aos alicerces morais do Império) e que estavam diretamente associados às *Cinco Penas*. Sucintamente, as Abominações eram: Rebelião (*mou fan*); Sedição (*mou dani*); Traição (*mou pan*); Conspiração (*eni*); Perversão (*budao*); Furto de Objetos Sagrados e/ou do Imperador (*dabujing*); Falta de piedade Filial (*búxiào*); Discórdia (*búmù*); Injustiça (*buyi*); Incesto (*nèiluàn*). (*cf.*, INCHAURRAGA, 2015, p.54-55).

⁷¹⁹ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007.

⁷²⁰ INCHAURRAGA, 2015, p.53.

sobre Direito Civil e outro que tratava sobre o Comércio). Essa tentativa não logrou êxito porque os próprios chineses não conseguiram se adaptar aos moldes jurídicos ocidentais, e que, tampouco, correspondiam à realidade cultural chinesa da época⁷²¹.

Os grandes Códigos do Período Imperial, notadamente o Tang e o Qing, foram objetos de estudo no decorrer da história. Segundo Gonzáles, os expertos e estudiosos que se dedicaram à codificação chinesa de então estimam que trinta a quarenta por cento do Código Qing se compôs por artigos do Código Tang. Mais ainda, a estrutura de ambos é exatamente igual. Assim, o autor argumenta pela existência de uma continuidade essencial, além da grande similitude, entre estes dois textos legais, e quase todos os códigos posteriores.⁷²²

4.1.1.2 - Confucionismo, legalismo e taoísmo: as bases da normatividade tradicional chinesa

O Confucionismo e o Legalismo marcam, assim, decisivamente o desenvolvimento da normatividade tradicional chinesa.

Confúcio (551-479 a.C.), o mestre Kong Fuzi, nasceu na china oriental, na antiga região de Lu, provinha de família nobre, e viveu durante a dinastia Zhou. Confúcio se preocupava em buscar caminhos para reestabelecer a harmonia social. Durante sua vida teve mais de três mil discípulos, sua filosofia era focada em valores, tais como virtude, lealdade, respeito ao próximo, etc. – que para ele eram essências na constituição da quietude, e na imitação da natureza, configurando a regularidade da ação, conforme os ritos, que permitem a evocação da ordem harmônica do universo.⁷²³ Para Confúcio, a base de regulação de conduta da população era diretamente proporcional ao exemplo dado por seus líderes.

⁷²¹ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007.

⁷²² INCHAURRAGA, 2015, p.62.

⁷²³ RAMOS, 2010.

O *Li* é considerado ordem moral derivada da natureza intrínseca do homem, por meio dele é defendido que a conciliação é a principal via de solução de conflitos.

Segundo Dário Moura Vicente, os corolários do Confucionismo no plano jurídico, são:

a) A diferenciação dos deveres de conduta em razão do status de cada um: não há lugar para o princípio da igualdade nesse sistema de pensamento; b) A descrença no Direito: a aplicação de regras gerais e abstratas não permite tomar em devida conta as especificidades de cada situação, mormente a posição social dos interessados; c) A reprovação dos recursos aos meios judiciais, tido por desonroso e atentatório da paz social: a conciliação deve bastar para a resolução de litígios; e d) A desvalorização dos direitos subjetivos: A paz social não se alcança por via da invocação de direitos individuais, que são potencialmente fonte de conflitos. Uma das traves mestras do Confucionismo é, pois, é a ideia de que a sociedade não se organiza na base de direitos, mas antes de deveres.⁷²⁴

Na ordem moral presente no Confucionismo, cada indivíduo tinha seu papel determinado, seus deveres já lhes sendo atribuídos de acordo com sua posição e importância na sociedade, ou seja, a cada um se atribuíam deveres próprios, não havendo sentido em se falar em igualdade na liberdade, em moldes ocidentais.

Cada indivíduo já tinha como predeterminado seus deveres desde seu nascimento, tomando-se em consideração a família, a progenitura e o sexo. Como frisa Ramos, qualquer autodeterminação ou autonomia representaria uma obstrução ao curso natural, tendo-se o respeito ao devido à conformação e integração ao processo espontâneo da natureza, enquanto um dos mais caros compromissos.⁷²⁵

Para a corrente de pensamento confucianista, aplicar normas gerais e abstratas não era suficiente para atender as diversas especificidades de cada caso em concreto, inclusive atender aos interessados de modo a fazer jus a seu status social. Ademais, levar a juízo um caso poderia ser considerado desonroso pois se constataria que a tentativa de conciliação fora frustrada,

⁷²⁴ VICENTE, 2012, p.448-449.

⁷²⁵ RAMOS, 2010.

tendo em vista que, para Confúcio, a conciliação deve ser o meio mais eficaz para manter a paz social.

De outra parte, como vimos, a outra corrente de pensamento de grande importância para a normatividade tradicional chinesa foi o Legalismo. Seus principais sintetizadores são Han Fei Tsé e Shang Yang (338 a.C.). Surgida originalmente contra o privilégio nobiliárquico ou funcional, afirmava, em um primeiro momento, a necessidade de se estabelecer uma igualdade perante as leis, especialmente por entender provir daí a maior fonte de legitimação do poder político.⁷²⁶ Para além disso, segundo Ramos, defendia a clareza, inteligibilidade, comunicabilidade ao povo, e uniformidade na aplicação normativa, com vistas à manutenção satisfatória da ordem e da unidade do império.⁷²⁷

Segundo esta escola, a única forma de buscar a manutenção da ordem social era a submissão da população (e do próprio imperador) ao *Fa*, sob pena de punição (ameaça de castigos). O *Fa* se traduz como o modelo, régua, ou compasso, e deve ser entendido como símbolo fundamental desta escola de pensamento de direito chinês, a partir da qual, inclusive, o dito sintagma passou a significar propriamente lei.⁷²⁸

Gonçal Mayos, ao comparar LI - FA, confucianismo-legalismo afirma o seguinte:

Li definiria un ordre i pau harmoniosos que equilibra superior-inferior i “Fa” un ordre que emana del superior i defineix una “pau dels cementiris” davant la qual l’inferior només li resta obeir. El Li expressa i remet a un principi holista en el cosmos-natura que –per tant- atorga “dignitat” i valor a cada cosa (sempre en funció de la seva posició en el tot, però no reduïble a zero). En canvi “Fa” és un principi que defineix qui té l’hegemonia, la sobirania, el poder i –per tant- és superior i –inevitavelmente- degrada tota la resta a subordinat, súbdit, impotent i inferior. No li poden reconèixer cap poder, ni per tant cap valor ni dignitat mínimament forta; mentre que en canvi Confuci i el Li reconeixen una dignitat i valor inclús en el súbdit i l’inferior. Per això Confuci i el Li són en el camí vers el desenvolupament del que entenem com a “dignitat humana” base dels DDHH.⁷²⁹

⁷²⁶ INCHAURRAGA, 2015.

⁷²⁷ RAMOS, 2010.

⁷²⁸ GRANET, Marcel. *La pensée chinoise*. Paris: Albin Michel, 1934.

⁷²⁹ COMENTÁRIO de Gonçal Mayos Solsona. Barcelona, 2014.

Algo ligada à perspectiva do *fa* (mas já numa perspectiva de fusão com o *li*), o Taoísmo, como corrente de pensamento religiosa e filosófica, surge como uma opção ao confucionismo em relação à normatividade tradicional chinesa. A obra mais importante é o *Tao Te Ching* escrito por Lao Tzu no sec. I a.C, e a pedra angular do Taoísmo é o “Tao” cujo significado é “caminho a seguir”, também podendo ser traduzida como norma de conduta, tendo, em todo caso, o seguinte conteúdo:

Há para o Taoísmo uma *ordem espontânea* do universo, que não deve ser perturbada. Ela resulta do equilíbrio entre duas forças primaciais presentes em todos os fenômenos, designadas por Yin e Yang (v.g., a luz e a escuridão, o homem e a mulher, o frio e o calor, etc.).⁷³⁰

Para o Taoísmo praticar qualquer conduta que seja considerada antinatural é considerada desobediência ao Tao, e quando há conflitos entre as partes é porque o Tao foi desconsiderado e/ou não observado em algum momento. Quando esses conflitos acontecem, o caminho mais indicado para a resolução desses conflitos é o meio extrajudicial através da conciliação entre as partes.

Podemos apontar algumas particularidades do taoísmo em relação ao Confucionismo e o Legalismo. Numa primeira ponderação, podemos constatar que o Taoísmo tem uma visão de ordem natural das coisas do universo que não é compatível com a atribuição de hierarquia social confucionista. Por outro lado, também vê a desnecessidade de regramentos positivistas para a execução e efetivação da normativa, em consonância com a corrente legalista.

Não obstante suas diferenças, é possível, com Marcelo Maciel Ramos, apreender um centro comum a esses três traços constituidores da autorreflexão da normatividade tradicional chinesa, qual seja, aquilo que o autor denomina por “princípio da harmonia imanente”. Tal princípio, profundamente entremeado na civilização chinesa, afastou-a

⁷³⁰ VICENTE, 2012, p. 450.

significativamente durante parte considerável de sua história de uma normatividade propriamente jurídica.

Uma das consequências disso seria o desencontro de qualquer apoio nos fundamentos originais do pensamento chinês para os direitos humanos. A partir de tal perspectiva, qualquer reivindicação implicaria na perda da harmonia espontânea⁷³¹. Ocorre que a exigibilidade (reivindicabilidade) constitui um elemento estrutural de um direito subjetivo numa cultura jurídica tal como configurada no ocidente.⁷³² E, em certa medida, semelhante ilação paradoxal não deixa de ser construída pelas autoridades chinesas, que dela se valem para fazer frente à postulação de direitos humanos diante da denúncia de sua violação.⁷³³ Importante frisar, contudo, que essa leitura encontra oposição no pensamento do autor chinês Qianfan Zhang que buscou em seus largos estudos demonstrar a possibilidade de um embasamento, na cultura tradicional chinesa, para a pretensão do estabelecimento de algo como direitos humanos-fundamentais na China.⁷³⁴

4.1.2 A peculiar modernização socialista da China

O período dinástico na China durou até 1911. Daí em diante, passamos à República⁷³⁵. Para melhor analisá-la, dividiremos em quatro

⁷³¹ RAMOS, 2010.

⁷³² Cf. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 34, n° 1, p. 98-115, 2010.

⁷³³ JULLIEN, François. *O Diálogo entre Culturas: do universal ao multiculturalismo*. Tradução André Telles; apresentação e revisão técnica Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009.

⁷³⁴ Este autor em suas obras afirma que da comparação das três escolas clássicas do pensamento chinês, a confuciana, a moísta e a daoísta, seguida da sua devida construção racional, implicaria no estabelecimento de um modelo constitucional liberal enquanto condição necessária para a preservação da dignidade humana de qualquer ser humano vivente na sociedade moderna. (cf. ZHANG, Qianfan. *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: Confucianism, Mohism, and Daoism*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016).

⁷³⁵ De acordo com Theda Skocpol, a desigualdade econômica na China era considerável. Nesse sentido, a autora afirma que: “Desde luego, la desigualdade económica na China se expresaba, em grado considerable, em la propiedad diferencial de la tierra. Em los campos, casi 40% de las tierras labrantías eran alquiladas por los terratenientes. Cerca del 30% de las familias campesinas era de aparceros, y outro 20% alquilaba partes de sus tierras, dejando 50% como

períodos a história jurídica republicana da China, respectivamente: Uma experiência de modernização nacionalista: *Kuomintang* (1912-1949); A China soviética (1949-1966); A Revolução Cultural e a República Popular da China (1966-1978); e As progressivas reformas rumo à fusão entre Socialismo e Capitalismo de Estado (1978-atual).

4.1.2.1 - Uma experiência de modernização nacionalista - *Kuomintang*

No final da Dinastia Qing o jurista Shen Jiaben (1840-1913), vendo o êxito das codificações japonesas inspiradas nas codificações alemãs, liderou, sob o comando imperial, várias reformas, dentre elas estando presentes a feitura de códigos modernos. Existia então um projeto de ordenação que se assemelhava ao Código Civil Alemão (BGB). No entanto, “a queda do Império e as convulsões subsequentes levaram a que, apenas no ano de 1929, fosse aprovado um primeiro Código Civil chinês: também modelado sobre o BGB, embora com abertura a soluções tradicionais chinesas”.⁷³⁶

Como dito anteriormente, de acordo com González, os estudiosos da codificação chinesa estimam que de trinta a quarenta por cento do Código Qing foi composto por artigos do Código Tang. Além de manterem a mesma estrutura, González argumenta que há uma continuidade essencial entre ambos os Códigos, bem como entre a grande maioria dos demais códigos que viéram posteriormente.⁷³⁷

propietarios de parcelas de tamaños que variaban grandemente. Pero las variaciones regionales eran considerables: em la mayor parte de la China central y meridional, las tasas de aparcería eran más altas, mientras que en la mayoría del norte y del noroeste eran mucho más bajas. También había variaciones intrarregionales entre las localidades. Em general, la renta de la tierra sólo podía ser provechosa en las regiones em que el transporte, sobre todo por agua, permitia llevar al mercado los granos fuera de las zonas locales exactas donde se cultivaban. Em el norte de China (donde las principiáles cosechas eran de mijo y de trigo) el transporte era em general más difícil, para no mencionar el hecho de que la productividad era muy inferior a la de las tierras arroceras del sur y del centro de China”. (SKOCPAL, Theda. *Los Estados y las Revoluciones Sociales: Un análisis comparative de Francia, Rusia y China*. Trad. De Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 118-119.)

⁷³⁶ CORDEIRO, António Menezes. O Sistema Lusófono de Direito. *Revista da Ordem dos Advogados* - Ano 70. Lisboa: Ed. Ordem dos Advogados, Janeiro – Dezembro, 2010, s/p.

⁷³⁷ INCHAURRAGA, 2015, p.117-118.

Do exposto, pode-se dizer que a tentativa de processo de codificação acima sintetizada e as influências então determinantes refletem a opção pela tradição jurídica continental-europeia como modelo para se reformar a normatividade tradicional chinesa, contribuindo para o processo de modernização na China e constituindo uma ordem organizada juridicamente⁷³⁸. A escolha se motivou ao vislumbrar, quiçá superficialmente, certa similitude entre a experiência normativa chinesa, já acostumada à produção normativa por meio de códigos, e a experiência jurídica moderna ocidental, então em pleno período jurídico-historiográfico das Grandes Codificações. Por conseguinte, a transição de uma a outra incorreria em menos problemas do que se se voltasse para a tradição jurídica anglo-saxã.

Para além das codificações, no mesmo contexto, intensa produção nomológica e pesquisa jurídica foi dedicada às questões relativas ao estabelecimento do caminho que levaria do Império a um governo constitucional, destacando-se, na leitura de Jianfu Chen⁷³⁹, os trabalhos das várias comissões estendidos de 1905 a 1907, envolvendo uma série de esboços e anteprojetos de textos constitucionais, bem como, e inclusive, visitas ao Japão, Estados Unidos e Europa, com vistas à identificação do melhor modelo para se efetuar a transição.

Politicamente, é possível avaliar que todos esses esforços acabaram sendo deveras tardios. Em 1911 dá-se o fim da Dinastia Qing. Contudo, a República, estabelecida pelos revolucionários liderados por Sun Yatsen em

⁷³⁸ Ao escrever sobre a relação entre poder e direito, Joaquim Carlos Salgado assim explica: “É na constituição que se dá o encontro do político (poder) e do jurídico (norma) [...]. Com relação ao direito, diz-se ordenação, norma; com relação ao poder, diz-se organização. A organização só é possível por normas; a ordenação, por órgãos. [...] Pode-se, portanto, dizer que o poder político tem como elemento material a força e como elemento formal a sua institucionalização através da constituição, que é o encontro do político e do jurídico, ou seja, que tem como elemento formal o direito” (SALGADO, Joaquim Carlos. *O Estado Ético e o Estado Poiético*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. 16, n° 2, 1998, p. 01-02). Considerar a norma propriamente jurídica, bem como o Direito, como uma invenção ocidental, não implica negar que outras formas, não propriamente jurídicas, de organização do poder se sucederam na história mundial. Assim, é perfeitamente possível utilizar da nuançada distinção conceitual proposta por Salgado para se referir à normatividade tradicional chinesa como a forma de então de se organizar o poder ordenador do político na China.

⁷³⁹ CHEN, Jianfu. *Chinese Law: Context and Transformation*. Boston: Martin Nijhoff Publishers, 2008.

1912, logo se viu desafiada pelos dilemas jurídicos comuns a todas as revoluções, o de lidar com a força do passado imediatamente anterior. Assim, ao menos de um ponto de vista jurídico, os alicerces lançados pela última corte imperial permaneceriam inicialmente, com o governo republicano optando pela manutenção de várias leis imperiais, reformando-as ou rejeitando-as apenas naquilo que contrariasse os ideais republicanos, e pela continuidade das reformas.⁷⁴⁰

O tema Nacionalismo (*Minzu*) passa a ter notoriedade no período republicano, enquanto um dos chamados Três Princípios do Povo de Sun Yatsen, juntamente à Democracia (*Minquan*) e à Subsistência do Povo (*Minsheng*). A doutrina nacionalista se preocupava basicamente com a reconstrução da China pautada na manutenção de sua unificação e de seu fortalecimento perante outros países internacionais.⁷⁴¹ Tais preocupações, especificamente quanto à unificação, são perceptíveis na Legislação infraconstitucional principalmente na Lei de Cidadania, na qual se destaca a distinção entre cidadania e Nacionalidade. “[...] A la ciudadanía se le conferían derechos y deberes cívicos y a la nacionalidad se le ‘identificaba con la estirpe racial del individuo’”⁷⁴², que seria muito importante no processo de coesão nacional, tendo em vista ser a China composta por mais de cinquenta etnias⁷⁴³ diferentes.

⁷⁴⁰ CHEN, 2008.

⁷⁴¹ CHEN, 2008.

⁷⁴² INCHAURRAGA, 2015, p. 122.

⁷⁴³ Com relação às etnias chinesas: “Las diásporas han contribuido a generar imágenes sobre los pueblos del mundo en el exterior. Quienes emigran encarnan, en los países en donde crean una comunidad, la cultura del país de donde provienen. La representación sobre el pueblo chino que se ha difundido en el mundo corresponde principalmente a la imagen de los han, cuya creciente presencia diaspórica en el mundo ha contribuido a la difusión de una imagen homogénea del pueblo chino. Es hasta la década de 1990 que las llamadas minorías nacionales chinas comenzaron a llamar la atención de la comunidad internacional, debido a la difusión de algunos reclamos disidentes en regiones como Tibet y Xinjiang. Las minorías nacionales constituyen aproximadamente el 8.4 % de la población total china, en contraste con el 91.6% de población han.2 El discurso político del gobierno chino reconoce la igualdad de las minorías con la mayoría han, concediéndoles incluso mayores beneficios políticos y sociales”. (CAMPOA RICO, Ivonne Virginia. China multiétnica: consideraciones sobre la etnicidad en China y la construcción histórica de los han como etnia mayoritaria. *In: XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.01. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indiceautoresxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015).

Ao final do período republicano, contudo, tais princípios se verão paulatinamente taxados como pertencentes à “escola ocidental”, cada vez mais confrontada e contestada pela “escola russa”, em concomitância ao aumento da influência da Rússia soviética na China. Um marco importante jurídica e politicamente desse período foi a “Constituição Provisória” que entrou em vigor em 1931 “para el período de Tutela Política en Nanking por el Gobierno del Kuomintang”. E que declarava a assimilação por parte da China do apelidado “caminho de Moscou”.⁷⁴⁴

Essa Constituição estava estruturada com um preambulo e uma declaração de direitos, incluindo a liberdade religiosa nesse rol – a denunciar as contradições inerentes ao período, em que se despontava rumo ao socialismo, sem se querer abrir mão da tradição constitucional ocidental recém adquirida, nem se podendo aliviar a bagagem milenar da tradição confuciana-legalista-taoísta. Ademais, o artigo primeiro desta Constituição pelo menos declara uma continuidade para com a doutrina imediatamente anterior, ao determinar ser a China uma República pautada nos referidos princípios de nacionalismo, democracia e subsistência popular.

Contradições essas que, dentre outras, se intensificariam com a Grande Guerra Popular de Libertação, iniciada em 1946. Segundo González⁷⁴⁵, a guerra contra o Japão se mostraria decisiva, ao propiciar o contexto necessário para a efetivação de um rompimento por parte do Partido Comunista quanto ao *Kuomintang*. Já ao seu término, no discurso feito ao Comité Preparatório na Nova Conferência Consultiva Política, realizado no dia 15 de junho de 1949, afirmou-se que “o povo de todo o país, apoiando seu Exército de Libertação, ganhou a guerra”⁷⁴⁶, consolidando-se o domínio do Partido Comunista, a ascensão de Mao, e assim, a guinada soviética chinesa.

⁷⁴⁴ CHEN, 2008.

⁷⁴⁵ INCHAURRAGA, 2015

⁷⁴⁶ TSETUNG, Mao. *Obras Escolhidas de Mao Tsetung*. Tomo IV. Edições do Povo, Pequim, 1975, p. 629. “A tarefa desse comité consiste em concluir todos os preparativos necessários para convocar sem demora a Nova conferencia consultiva Política, que formará um governo democrático de coalizão para dirigir o povo de todo o país na eliminação na eliminação, o mais rápida possível do que resta das forças reacionárias do Kuomintang, na unificação de toda a China e na realização sistemática e gradual dum trabalho de edificação à escala

4.1.2.2 - A China Soviética

Em outubro de 1949 a China aderiu ao Dogma Marxista-Leninista, tal como a URSS. No mesmo ano, promoveu-se a implementação do “Programa Comum”, que aboliu todas as Leis, Decretos e Tribunais existentes. Internacionalmente, essa aderência teve repercussões tais como a assinatura do Tratado de Amizade Chinês-Soviético, em 14 de fevereiro de 1950, muito mais influenciado pelas suas respectivas posições críticas a respeito do Japão e dos Estados Unidos da América do que por um objetivo comum de construção de um internacionalismo proletário.⁷⁴⁷

Para Jizang Fan “embora o Programa Comum anunciasse que a RPC estava inserida no princípio da democracia popular, apenas alguns direitos liberais foram incorporados neste documento”⁷⁴⁸, sendo eles:

O direito de voto (artigo 4.º), a liberdade de expressão, de escrita, de reunião e de associação (artigo 5.º), a liberdade de correspondência (artigo 5.º), a liberdade de domicílio e a liberdade de mudança de domicílio. A liberdade de crença religiosa (artigo 5.º), o direito de manifestação (artigo 5.º) e a igualdade de direitos dos homens e das mulheres nas esferas económica e social (artigo 6.º).⁷⁴⁹

Contudo, malgrado a semelhança significacional, há de se admitir um diapasão quanto ao significado efetivo desses direitos. A esse respeito Jizang Fan destaca que:

Ao contrário dos direitos constitucionais conferidos pelas constituições socialistas europeias, poucos direitos sociais foram incorporados no Programa Comum, dificilmente se podendo dizer que os escopos desses direitos fundamentais comuns ao liberalismo foram devidamente estabelecidos pelos juristas, dado que a linguagem das disposições não era propriamente normativa, e mas uma série de Declarações políticas.⁷⁵⁰

nacional dos domínios político, económico, cultural e de defesa nacional”. E complementa com a frase: “ é o que espera de nós a totalidade do povo, e é o que devemos fazer”.

⁷⁴⁷ RIOS, Xulio. China y Russia: uma alianza com reservas. In: *Política exterior de China: La diplomacia de una potencia emergente*. RIOS, Xulio (ed.). Barcelona: Edicions Bellaterra, 2005.

⁷⁴⁸ FAN, Jizeng. Constitutional transplant in The People’s Republic of China: The Influence of the Soviet Model and Challenges in the Globalization Era. *BRICS Law Journal*, v. 2, n° 1, p. 50-99, 2015, p.55.

⁷⁴⁹ JIZENG FAN, 2015, p.55.

⁷⁵⁰ JIZENG FAN, 2015, p.55.

Ainda em 1949 houve a promulgação de Leis Orgânicas com o objetivo de reorganizar o modelo jurídico. Também foi criada uma Suprema Corte Popular, que tinha por função, dirigir as atividades de todas as novas jurisdições criadas. Ademais dessa Suprema Corte Popular, foi criada uma Procuradoria “cuya creación parecía anunciar el triunfo del Principio de Legalidad”.⁷⁵¹ Nesse sentido, designou-se uma Comissão de Codificação, em 1950, dentro do governo central, que tinha por objetivo a redação de diversos Códigos.⁷⁵²

No ano de 1951, foram promulgadas leis importantes, dentre essas, a Lei da Reforma Agrária, a Lei sobre o Matrimônio, a Lei que dispôs sobre os Sindicatos, o Regulamento Provisório sobre a organização Judicial, e a Lei sobre a sanção dos contrarrevolucionários, dentre outras, todas marcadamente influenciadas seja em seu conteúdo, seja em sua produção, pelo pensamento de Mao Tsé-Tung⁷⁵³. Assim, em suas obras escolhidas, podemos notar o discurso que ele põe em marcha, notadamente com relação à Reforma Agrária, sendo exemplar a seguinte passagem:

É preciso colocar em primeiro plano os interesses dos camponeses pobres e dos assalariados agrícolas, assim como o papel motor das ligas camponesas pobres. O nosso Partido deve iniciar a reforma agrária por intermédio dos camponeses pobres e dos assalariados agrícolas, e deve fazer-lhes desempenhar, nas associações camponesas e nos órgãos do poder das regiões rurais um papel motor que consiste em realizar a união com os camponeses médios, para agir em comum com eles, e não em deixá-los de lado, apoderando-se de todo o trabalho.⁷⁵⁴

Tal densificação jurídica, sob as diretrizes do Programa Comum, consolidou o modelo jurídico a vigor entre os anos 1953 e 1957, podendo ser denominado por “burocrático legal”. Sua função era efetivar a ditadura do proletariado na China, sendo, nesse contexto, significativa a promulgação da Constituição de 1954, ainda marcadamente soviética.

⁷⁵¹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p.393.

⁷⁵² DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010.

⁷⁵³ LI, Victor H. La Evolucion y desarrollo del sistema legal chino. *In: China: Dirección de uma sociedade revoluconaria*. LINDBECK, John. M. H. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

⁷⁵⁴ TSETUNG, 1975, p. 275.

A esse respeito, tal como aponta Jizeng Fan, “as elites dirigentes chinesas favoreceram o modelo constitucional soviético. A educação jurídica da China estava completamente orientada pela ideologia soviética”. Consequentemente, “não poderíamos nos surpreender ao encontrar uma série de disposições no código constitucional da China semelhantes às encontradas nos textos constitucionais soviéticos”.⁷⁵⁵ O autor continua, afirmando que:

A Constituição da China de 1954 desenhou seu aparato estatal, sua estrutura, bem como as competências de cada órgão de estado se embasando basicamente na Constituição Soviética. Os artigos 22 e 23 providenciaram que o Congresso Nacional do Povo (CNP) tivesse uma competência exclusiva para lidar com matérias legislativas, nada restando aos governos locais a esse respeito. O artigo 27 providenciou que o Primeiro Ministro do Conselho de Estado, o Presidente da Suprema Corte, e o Procurador Geral fossem eleitos ou apontados pelo PNS [Partido Nacional Socialista], bem como que os órgãos estatais estivessem sob a supervisão do CNP. Os princípios constitucionais socialistas escritos nos textos constitucionais soviéticos foram copiados da Constituição Soviética de 1936. Influenciados pela doutrina da ditadura do proletariado, esculpida no art. 1 da Constituição de 1936, o art. 1º declarava ser a China um regime socialista, fundado pela classe operária em aliança ao campesinato. Ao mesmo tempo, o art. 2º constatava que todos os órgãos estatais aderissem ao ‘princípio do centralismo democrático’, comumente reconhecido entre os Estados socialista como o princípio constitucional fundamental.⁷⁵⁶

Malgrado as influências soviéticas, Fernando Mezzetti a interpreta como um sinal sutil do impacto em solo chinês de mudanças ocorridas a nível global em meio aos diversos países socialistas. Em suas palavras,

os partidos comunistas haviam começado a respirar; tensões jamais afloradas no interior do partido chinês de parte de dirigentes que tinham motivos para comportar-se cautelosamente em relação a Mao, líder indiscutível, começaram a imperceptivelmente a perfilar-se, ainda que detectáveis somente por grandes e atentos analistas.⁷⁵⁷

Para Mezzetti, apesar de aspectos decorativos, como no caso do papel do chefe de Estado, a Constituição, ao instiur regras de organização do Estado e da vida associativa, se opunha às campanhas políticas desregradas de Mao Tsé-Tung. Ainda que se tratassem de “regras de jogo socialistas”, por serem

⁷⁵⁵ JIZENG FAN, 2015, p.57.

⁷⁵⁶ JIZENG FAN, 2015, p.57-58.

⁷⁵⁷ MEZZETTI, Fernando. *De Mao a Deng: As transformações da China*. Trad. de Sérgio Duarte. Brasília: Editora UNB, 2000, p. 48.

escritas, teriam valor *erga omnes*, “em teoria superiores ao indivíduo e ao líder”.⁷⁵⁸

4.1.2.3 - A Revolução Cultural e a República Popular da China

Em meio às primeiras fissuras do monólito chinês, Mao, inadaptável “às características mais prosaicas da construção de um Estado moderno, com toda a complexidade de seus problemas econômicos e administrativos”, se viu crescentemente afastado do centro do poder, mediante a introdução de cada vez mais limitações. Sua resposta veio na campanha das “Cem Flores”, um misto de armadilha e manobra canhestra. Segundo Mezzetti, as “Cem Flores” “constituíam um convite aos não comunistas, aos intelectuais, a exprimir abertamente críticas ao Partido Comunista”⁷⁵⁹, convite que acabou servindo à identificação dos adversários do regime, autodenunciados para a repressão que se seguiu.

Em suma, *O Desabrochar das Cem Flores* tivera repercussão tão grande na China que Mao teve de se preocupar em responder à altura, com a tamanha amplitude e impacto resultantes de sua liberalidade, independentemente de sê-la fruto de ingenuidade ou expertise política. Tais preocupações resultaram na campanha anti-direitista, em 1959, considerada por muitos estudiosos da história chinesa como o prelúdio do que viria a ser a Revolução Cultural.

Para estar no centro do poder, Mao lançou mão de seu carisma para contagiar e mobilizar as massas⁷⁶⁰ e conclamou a Revolução Cultural, sob o discurso de não estagnação da Revolução Chinesa, evitando torná-la corrupta e burocrática. Mas não somente isso. A pretensão de Mao era fazer com que a

⁷⁵⁸ MEZETTI, 2000, p. 49.

⁷⁵⁹ MEZETTI, 2000, p. 50-55.

⁷⁶⁰ A busca por controle de Mao o levou a organizar a Revolução Cultural. Visando exaltar mais uma vez seu poder e seu status de soberano, Mao promoveu, em julho de 1966, um espetáculo, no qual aos 72 anos se propôs o feito de nadar 16 km em 1 hora para demonstrar sua força, o que era logicamente impossível para qualquer pessoa. Contudo, para Mao e para os Chineses, isso foi considerado muito mais do que uma demonstração física de poder, esse fato consolidou Mao no poder por mais uma vez.

geração jovem pudesse seguir os mesmos passos da geração anterior. Assim, aprenderiam a reorganizar a sociedade e a promover a revolução.

A verdade demonstrada pela história foi que Mao tinha um objetivo principal, qual seja, o de eliminar seus inimigos e ser consagrado com o maior Imperador que a China já chegou a ter.

Por conseguinte, durante a China Maoísta, nos anos de 1949 a 1975 a base normativa que se afirmou não foi o modelo jurídico formal, mas um modelo comportamental informal, baseado na burocracia a serviço do comandante, que foi moldando a estrutura social no decorrer do tempo⁷⁶¹.

Em suma, isto significou a derrogação de toda a produção jurídica anterior, sobrevindo para substituí-la uma série de instruções outorgadas pelo próprio Mao. Essas cartilhas, assim consideradas e apelidadas por muitos estudiosos, continham regramentos a respeito de como as pessoas deveriam se comportar e frases que eram consideradas como dogmas e imperativas. Destacamos algumas na seguinte passagem:

É preciso evitar toda a política aventureira em relação aos industriais e comerciantes médios e pequenos. A política aplicada anteriormente nas regiões libertadas, que consistia em proteger toda a indústria e todo o comércio privados, proveitosos à economia nacional e em encorajar seu desenvolvimento, permanece justa e deve ser prosseguida.⁷⁶²

Esse trecho se contextualiza no processo de Reforma Agrária levantado por Mao. E é nesse cenário que Mao se vê com problemas dentro do

⁷⁶¹ Para Inchaurreaga Gonzales: “El modelo formal, sinónimo de reglas determinadas, predecibles, elaboradas y codificadas [...]. Por el contrario, el modelo de Derecho informal o social se centró en los valores socialmente reconocidos como Buenos por el comunismo chino. Valores que, en todos casos, fueron impuestos pela sociedad china por la vía de la fuerza y no por la mera coerción, que siempre resulta necesaria para que el Derecho pueda ser aplicado”. Importante destacar a consideração de Gonzáles com relação à comparação que possa ser feita entre o Direito Maoísta ser o equivalente comunista do Direito Confuciano, na seguinte passagem: “Aunque algunos juristas chinos se empeñen en catalogar el Derecho maoísta como el equivalente comunista al Derecho confuciano, es decir, al *li*, el modelo informal representó un enfoque puramente maoísta de lo que el Derecho era para el gran Timonel chino. Mao basaba su idea de ‘sistema juridico’ en los modelos de conducta asentados sobre la ética colectiva de una sociedad igualitaria, conducta que las personas debían aprender a través del adoctrinamiento y de la participación de las masas en el proceso político-jurídico. Así, el Partido Comunista de China suplantaba la voluntad del individuo y quedaba asegurado que el sujeto, mediante la presión de las masas y la violencia, cumpliera las normas sociales establecidas” (INCHAURRAGA, 2015, p.165).

⁷⁶² TSETUNG, 1975, p. 277.

Partido. Em resposta, Mao redige uma nova diretiva interna do Partido⁷⁶³, tendo como um dos seus principais temas “o problema da luta contra as tendências erradas no seio do partido”. O que fica claro na seguinte passagem:

Para combater os desvios de “esquerda” e de direita no seio do Partido, devemos determinar a nossa política segundo as circunstâncias concretas. Por exemplo, quando o nosso Exército alcança vitórias, é necessário precaver-se contra os desvios de “esquerda”; quando sofre derrotas ou não ganha senão poucas batalhas, é contra os desvios de direita que precisamos guardar-nos.⁷⁶⁴

E ainda acrescenta:

Na reforma agrária, devemos combater os desvios de direita ali, onde as massas não estão ainda realmente mobilizadas, onde a luta ainda não se desenvolveu, e devemos precaver-nos contra os desvios de “esquerda” ali, onde as massas se levantaram verdadeiramente, onde a luta já se desenvolveu.⁷⁶⁵

Assim, um dos objetivos centrais de Mao, àquela época, era exterminar todos que tivessem defendido ou defendessem o caminho do capitalismo, ou mesmo algo minimamente inclinado para este. Com efeito, sua maior demonstração de que estava disposto a perseguir quem não seguisse sua cartilha, foi ter usado um de seus mais importantes companheiros como um dos exemplos de maior punição. Liu Shao-chi já estava velho e necessitava de medicamentos diários. Entretanto, foi mantido em cárcere e com vida até ser excluído oficialmente do Partido Comunista, numa prisão que só fornecia um cobertor. Então excluído, foi literalmente deixado para morrer, sem comida, bebida ou medicamentos. Tal curso de ação se justificava tão somente na acusação de ser um contrarrevolucionário, mesmo sem quaisquer provas ou nada do gênero que fosse capaz de atribuir qualquer culpa ou responsabilidade a Liu. Só o fato de ser tido por simpatizante do capitalismo e de haver tido a ousadia de alertar a Mao sobre a fome resultante do “Grande salto adiante” foram suficientes para Mao condená-lo.

Não obstante, é fato que “O Grande Salto Adiante” teve como um de seus resultados “A Grande Fome Chinesa”. Cabe-nos aqui evidenciar os graves

⁷⁶³ Se refere a “Directiva do Partido, redigida pelo camarada Mao Tsetung em nome do Comité Central do Partido Comunista da China. (TSETUNG, 1975, p. 273).

⁷⁶⁴ TSETUNG, 1975, p. 274-275.

⁷⁶⁵ TSETUNG, 1975, p. 275.

desrespeitos aos Direitos Humanos sofridos pelo povo Chinês nessa época. A experiência do terror da Revolução Cultural⁷⁶⁶ marcará o pensamento sobre direitos humanos na China, sendo determinante, enquanto lembrança de um passado a ser superado e nunca mais repetido, para as mudanças e reformas que se seguirão com o fim do maoísmo.

4.1.2.4- As progressivas reformas rumo à fusão entre Socialismo e Capitalismo de Estado

Quando Mao faleceu, em 9 de setembro de 1976, Deng Xiaoping, que com ele participara da Longa Marcha e da guerra contra os japoneses, já acumulava três expurgos e 72 anos. Para todos os efeitos, ele era considerado um fantasma por seus adversários políticos. Todavia, nas disputas internas de poder que se sucederam à morte do grande líder, Deng emergiu vitorioso. Muito mais que o sucessor, tratando-se, de fato, de seu usurpador e carrasco, Deng Xiaoping, com sua ênfase em resultados e suas amargas experiências políticas, acabaria por reintroduzir, na China, o valor positivo do Direito para a construção de um governo socialista, concomitantemente imbuído de uma noção de democracia. A partir desses pressupostos, não havendo dúvidas a respeito da necessidade de um sistema jurídico efetivo e vinculante, de 1978 em diante a China mudará radicalmente.

Para Deng Xiaoping mister era promover a modernização socialista, o que se daria pela política de “duas mãos”: em uma a economia, que deveria

⁷⁶⁶ Nas palavras impactantes de E. Krieg: “A Revolução Cultural a ninguém deveria surpreender, pois, em certa medida, não era mais que um desdobramento das vastas e profundas convulsões que a antecederam. O estudo generalizado das ideias de Mao Tsé-Tung, a eliminação de costumes enraizados e de obsoletas maneiras de pensar, as mutações de toda ordem, os ataques aos intelectuais burgueses, tudo isso vinha de trás. Recomeçava, agora, mais do que com vigor – com autêntica violência. Por outro lado, surgiu uma série de fatos inéditos, ainda em parte inexplicados no Ocidente: a súbita erupção dos guardas vermelhos e seus métodos terroristas, na sequência da espantosa revelação de que certos corifeus do Partido, incluindo personagens altamente colocadas e cotadas da linha dura (por exemplo, Peng Cheng, presidente do Município de Pequim) eram passíveis de gravíssimas acusações antipartido e até de eliminação física, ao mesmo tempo que a estrela de Lin-Piao participava a acrescentar vertiginosa e fulgurantemente para o zênite político.” (KRIEG, E. *Mao Tsé-Tung: o imperador vermelho de Pequim*. Trad. de Pedro Reis. São Paulo: Otto Pierre, Editores LTDA, s/a).

ser desenvolvida, em outra, o sistema jurídico, que carecia de fortalecimento.⁷⁶⁷ Assim, era necessário que o direito passasse por revisões, ampliações e codificações de modo a acompanhar essas transformações. Em outras palavras, “el objetivo era reemplazar el ya considerado obsoleto ‘imperio del hombre’ por ‘el imperio de la Ley’ “⁷⁶⁸. É neste contexto que podemos destacar:

Hoy tras aquella rehabilitación del derecho, cuarenta años después de la muerte de Mao, es justo decir que el sistema jurídico socialista de la china contemporánea ha ido más allá de la vieja noción instrumental de salvaguardar el imperio de la disciplina marxista.⁷⁶⁹

Deng Xiaoping cunhou o slogan “desarrollar la ideologia socialista bajo las nuevas condiciones históricas de China”⁷⁷⁰, sob o ideal de manter a ordem social durante o processo de modernização que ocorria na China naquela época. É neste contexto que González afirma:

La concepción práctica del Derecho de Deng Xiaoping quedó patente por medio de los objetivos que éste pretendía conseguir por medio de él. Deng vio el derecho como como una necesidad para mantener el orden social que la modernización socialista necesitaba. [...] Deng deseaba que el nuevo Derecho chino dejase de ser tributario de modelo soviético, pero insistió en buscar un camino adecuado para que China desarrollase una teoría jurídica socialista propia.⁷⁷¹

No final da década de 1970, houve na China uma necessidade de reorientação ideológica deixando de lado o modelo socialista soviético para ser o início de “un período de creatividad, de libertación intelectual y de reconstrucción, impulsado por el cuestionamiento crítico de la ortodoxia y por un nuevo interés por otras tradiciones intelectuales no marxistas”⁷⁷², ainda que mantendo-se a característica tradicional do poder político da China, de busca por um forte controle social e ideológico.

Segundo González, nos anos de 1978 a 1989 na China, a reforma, a reestruturação ou até mesmo o que poderíamos chamar de “a utilidade do

⁷⁶⁷CHEN, Jianfu. A Great Leap Foward or a Symbolic Gesture? The Revision of the Constitution in the PRC, *China Perspectives*, n° 15, 2004.

⁷⁶⁸ INCHAURRAGA, 2015, p. 197.

⁷⁶⁹ INCHAURRAGA, 2015, p.197.

⁷⁷⁰ INCHAURRAGA, 2015, p.202.

⁷⁷¹ INCHAURRAGA, 2015, p.202-203.

⁷⁷² INCHAURRAGA, 2015, p.204.

Direito Chinês”, foi proposta para, de fato e definitivamente, mudar a prática jurídica do período maoísta, de modo a trazer ao país o desenvolvimento nacional.⁷⁷³

Pode-se dizer que no ano 1990 a China passou a reconhecer o *pacta sunt servanda*, tanto no regramento jurídico das relações privadas e comerciais internas, como, de certo modo, no plano internacional (ainda que respeitar os pactos seja diferente de querer pactar). Com isso, gerou maior segurança para os investidores e sócios internacionais, gerando maiores investimentos e facilitando a prática de negócios no âmbito internacional. E em 1995, como que a consolidar internacionalmente seus esforços, a China obtém o acesso à Organização Mundial do Comércio.

No contexto dos países emergentes, a China é hoje a segunda maior potência mundial, o principal credor dos E.U.A., o primeiro exportador mundial e o segundo país em importação do mundo. A China tem se tornado um país cada dia mais urbano e seu desenvolvimento econômico cresce sobremaneira, juntamente com a expectativa de vida dos chineses, “surgen unas classes altas y medias con unos crecientes poderes adquisitivos. Reclamaran poder ejercer un mayor abanico de derechos y libertades públicas”⁷⁷⁴.

Com efeito, o desenvolvimento da China “seguirá sacando a millones de personas de la pobreza, pero existe un déficit en la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas”.⁷⁷⁵ É com este cenário que passaremos a analisar a dignidade da pessoa humana dentro do Ordenamento Jurídico chinês, para buscarmos compreender qual é o seu papel e seu peso no Direito atual da República Popular da China. Primeiramente, concluiremos o estudo da formação da cultura constitucional chinesa, analisando as principais características estruturantes da ordem constitucional vigente na China atual. Depois, em novo apartado deste capítulo, nos dedicaremos

⁷⁷³ INCHAURRAGA, 2015, p.206.

⁷⁷⁴ GINÉ, Jaume Daví. *¿Hacia que modelo político? El capitalismo socialista de China*. Editores: Àngels Pelegrín y Helena Torroja. Fundación Privada CEI, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2014, p. 108.

⁷⁷⁵ GINÉ, 2014, p. 109.

especificamente à compreensão do papel e alcance da ideia de dignidade como direito fundamental, na atual vivência constitucional chinesa.

4.1.3 O Direito Constitucional Contemporâneo da China

4.1.3.1 - A Constituição da República Popular da China de 1982

A atual Constituição Chinesa é a quarta Constituição após a Revolução. Suas principais ideias advieram das reformas empreendidas por Deng Xiaoping.⁷⁷⁶

A CRPC foi aprovada em 1982, contém 138 artigos, divididos em quatro capítulos, quais sejam, Princípios gerais; Direitos e deveres fundamentais dos cidadãos; Estrutura do Estado; e Bandeira nacional, armas e capital.⁷⁷⁷

Segundo Mo Juhong a atual Constituição da República Popular da China foi estruturada para ser a pedra fundamental do novo sistema chinês e de seu Congresso Popular. “Sus principios determinan la nueva dirección de la modernización de China, así como los cimientos de la edificación de su sistema jurídico”.⁷⁷⁸

Esse texto constitucional de 1982, sofreu processo de revisão aportando grandes reformas, nos anos de 1988, 1993, 1999 e 2004, para poder ser compatibilizado à economia de mercado o modelo socialista chinês.

⁷⁷⁶ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 396. Hoje, existem três Regimes Jurídicos na China: o primeiro compreende a China Continental (fronteiras definidas em 1949); o segundo é a Região Administrativa Especial de Hong Kong (RAE-HONG KONG), desde 1º de julho de 1997; e, por último, temos a Região Administrativa de Macao (RAE-MACAO), desde 20 de dezembro de 1999.

⁷⁷⁷ Dentro do Terceiro Capítulo do texto constitucional temos: Título I. Asamblea Popular Nacional; Título II. Presidente de la República Popular de China; Título III. Consejo del Estado; Título IV. Comisión Central Militar; Título V. Asambleas Populares Locales y Gobiernos Populares Locales em diferentes niveles; Título VI. Órganos de auto-gobierno de las Regiones Nacionales Autónomas; Título VII. Tribunales Populares y Procuradorías Populares.

⁷⁷⁸ JIHONG, Mo. *El Derecho Constitucional en China*. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10 de outubro de 2015, p. 05.

Fazendo-se uma análise da constituição chinesa, podemos inferir os seguintes princípios vetores que fundamentam a política estatal da China: *i)* Ditadura Popular Democrática como forma de governo; *ii)* A liderança do Partido Comunista; *iii)* Aderência à teoria Marxista-Leninista, ao Maoísmo e ao pensamento de Deng Xiaoping e; *iv)* Reforma e abertura ao exterior.⁷⁷⁹

O modelo econômico trazido pela CRPC pode ser sintetizado na máxima *um país, dois sistemas*, que por sua vez tem duas dimensões jurídicas. Por um lado, existe uma grande autonomia administrativa interna como em Hong Kong e Macao. Por outro, o estabelecimento de um ordenamento jurídico nacional pensado para compatibilizar (harmonizar) capitalismo e socialismo.

O preâmbulo do texto constitucional dispõe o seguinte:

La presente Constitución consolida las conquistas del pueblo chino de todas las nacionalidades y define el sistema y las tareas básicas del Estado, bajo forma jurídica; es la ley fundamental del Estado y se reviste de la suprema autoridad jurídica. El pueblo de todas las nacionalidades, todos los órganos de Estado, las Fuerzas Armadas, todos los partidos políticos y organizaciones públicas y todas las empresas y unidades productivas del país deben observar la Constitución como norma básica de su comportamiento, tienen la obligación de defender la dignidad de la Constitución y deben asegurar su ejecución.

Ao menos formalmente referenciado no texto constitucional⁷⁸⁰, podemos verificar a importância que existe para garantir a defesa da dignidade da Constituição e para assegurar sua máxima execução, pois estas são tarefas presentes no documento que estaria revestido, segundo seu preâmbulo de “suprema autoridade jurídica”. É interessante notar do texto que há uma ênfase muito grande, em mais de uma ocasião do preâmbulo, em qualificar de “jurídica” a autoridade da Constituição. Talvez, tal escolha textual demarque os limites da própria Constituição na cultura chinesa; provavelmente incapaz de ser o norte fundamental e a autoridade máxima no plano político, cultural,

⁷⁷⁹ Para uma valiosa análise desses princípios, cf. MAZZA, Mauro. *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*. Università Degli Studi di Bergamo. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 17 *et. seq.*

⁷⁸⁰ Fernandez Perez oferece uma interpretação interessante da nova ordem constitucional inaugurada pelo texto de 1982, cf. FERNANDEZ PEREZ, Bernardo. El Nuevo Orden Constitucional de La Republica Popular China. *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Politico*, nº 1, p. 87-111, 1978.

econômico e social, sua função é ser a referência jurídica, não mais que isso. Ao contrário do que se planteia numa tradição constitucional tipicamente ocidental, como no Brasil, em que o discurso constitucional propõe-se como máxima autoridade também no plano político, na cultura constitucional chinesa a constituição está a serviço do político, sem a capacidade de limitar da dinâmica política, como se plantearia num modelo tipicamente ocidental.

De qualquer forma, o texto do artigo quinto da Constituição chinesa, por outro lado, cumpre formalmente com os requisitos de superioridade hierárquica da norma constitucional, nos moldes da expectativa ocidental a esse respeito. Isto se dá quando da tratativa acerca da “uniformidade e dignidade do sistema jurídico socialista”, conforme se vê na transcrição do seguinte artigo:

Artigo 5.º O Estado defende a uniformidade e a dignidade do sistema jurídico socialista. Nenhuma lei ou regra da administração central ou local poderá infringir a Constituição. Todos os órgãos do Estado, as forças armadas, todos os partidos políticos e organizações públicas e todas as empresas e estabelecimentos devem obedecer à Constituição e à lei. Todos os actos ofensivos da Constituição ou da lei devem ser reapreciados. Nenhuma organização ou indivíduo pode gozar do privilégio de estar acima da Constituição e da lei.

4.1.3.2 A estrutura das Fontes do Direito Chinês Contemporâneo

O Direito Chinês possui importantes fontes e “embora o pensamento de Confúcio não seja fonte de Direito”, o confucionismo se soma⁷⁸¹, enquanto normatividade tradicional difusa, ao complexo de referentes desse Direito, tendo certamente influenciado o atual estado de coisas do Direito Chinês.⁷⁸²

Em primeiro lugar, teríamos a Constituição datada de 1982, seguida das diferentes leis ordinárias e dos regulamentos administrativos, que nas últimas décadas aumentaram consideravelmente em quantidade, deixando

⁷⁸¹ Marcelo Maciel Ramos e Rafael Machado da Rocha dedicam estudo ao ressurgimento na atualidade do confucionismo na China. Para tanto, ver RAMOS, Marcelo Maciel; ROCHA, Rafael Machado da. O ressurgimento do confucionismo político na China: um novo constitucionalismo chinês? In: *O constitucionalismo: limites e novas possibilidades*. v. 3. BUSTAMANTE; FERNANDES; *et al.* Belo Horizonte: Initia Via, p. 110-124, 2015.

⁷⁸² VICENTE, 2012, p.449.

clara a intensão de cada vez mais tornar codificado o ordenamento jurídico chinês. Incluímos também como fontes os costumes (*xi sú*), a jurisprudência e o Direito Internacional.⁷⁸³

Com efeito, todo este arcabouço de normas, regulamentos e informes administrativos acaba por gerar controvérsias normativas além de várias disparidades, no complexo normativo produzido pelos entes federativos dentro do Estado Chinês⁷⁸⁴. Algo que, como veremos, somente se estabiliza em termos minimamente coerentes pela presença incomum do Partido Comunista chinês no processo de organização das fontes.

Vale ressaltar que alguns “usos constitucionais” adquirem grande importância para os tramites constitucional e legislativos na china. Como bem destaca Moura Vicente: “Entre eles se avulta o de que as revisões constitucionais e as principais medidas legislativas devem ser aprovadas pelo Comité Central do Partido Comunista antes de serem agendadas no Congresso Nacional Popular”.⁷⁸⁵ Tal uso constitucional confirma em grande medida a ideia de que na cultura constitucional chinesa a Constituição não funciona como referente determinante das possibilidades de ser da política, mas é esta que determina as possibilidades de ser da Constituição, num jogo, muito próprio à cultura chinesa, em que o respeito à constituição é harmonizado às diretrizes políticas através de estratégias como o uso da prévia aprovação do

⁷⁸³ Com relação às fontes do direito na China podemos afirmar que o Gigante Asiático possui um sistema jurídico complexo. Ademais Benitez-Shafer afirma que: “No se puede entender el sistema jurídico chino utilizando solamente los textos de los estatutos. Se requiere completar esta representación jurídica con los rastros que tenemos de lo que fue una práctica jurídica, a través de actas de casos, de manuales de jurisprudencia y de la legislación de rango inferior. Ciertamente, estas son también formas de representación, pero nos permiten relativizar y completar la imagen que nos da el estudio de los estatutos, que eran principalmente elementos para la representación del estado. (BENITEZ-SHAFFER, Florencia. La incorporación de Elementos Jurídicos europeos en China. *In: XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.11. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/portadamemoriaxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015).

⁷⁸⁴ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 118-119. “En este contexto, la Ley sobre Legislación (*Legislação Law*), aprobada en 2000, ha sido un intento por delinear el poder normativo de los órganos y desarrollar las disposiciones constitucionales. Tal como señala su tenor, este cuerpo legal pretende ‘establecer y perfeccionar su propio sistema legal con características chinas y construir un sistema político basado en el gobierno de la ley (*rule of law*).

⁷⁸⁵ VICENTE, 2012, p.461.

Partido Comunista, para que a dimensão da política não precise impor-se conflitivamente à Constituição.

Teoricamente, explica Jianfu Chen, a Constituição chinesa estabelece um sistema unitário, em que todo o poder prescritivo se concentra no Congresso Nacional do Povo e nos congressos populares locais. Contudo, na prática, a produção jurídico-estatal se dá em um sistema composto por autoridades posicionadas em múltiplos níveis e dimensões, em que o Conselho Estatal (com forte presença do Partido) e as autoridades locais são ao menos tão importantes quanto o Congresso Nacional do Povo.⁷⁸⁶

É de se imaginar, portanto, que, inicialmente, já sob o viger da Constituição de 1982, muitos problemas de consistência e integridade começaram a surgir, sem contar a aura de segredo e mistério então características ao processo legislativo. Consequentemente, aponta o autor, já no começo dos anos 90, acadêmicos e oficiais sugeriam a adoção de uma lei sobre leis (*lifafa*) enquanto solução para essa problemática. O que veio a ser feito 10 anos depois.⁷⁸⁷ De imediato, e em consonância com a Constituição de 1982, nela se classifica os documentos jurídicos em leis, regulações administrativas, regulações locais, regulações autônomas, regras departamentais, e regras de governo local. A produção legislativa formal se restringe ao Congresso Nacional do Povo e a seu Comitê Permanente, com o primeiro sendo competente em matérias civis, criminais, pertinentes à sistemas econômicos básicos e à estrutura estatal, e o segundo para as demais, bem como suplementações e revisões parciais de leis basilares quando o primeiro não estiver em sessão. O Conselho de Estado, por sua vez, é competente para produzir regulações administrativas. As legislaturas locais, em um nível provincial, são competentes para a produção de regulações locais e autônomas.

⁷⁸⁶ CHEN, 2008. A título de exemplo, segundo Chen, entre 1979 e 2004, foram promulgadas 727 leis a nível nacional, 3.809 regulações administrativas, 51.554 regras departamentais (em equivalentes a portarias, decretos, resoluções etc.), 91.334 regras locais, e realizadas 2.889 interpretações judiciais.

⁷⁸⁷ CHEN, 2008. Para Chen, a lei é consideravelmente compreensiva em seu escopo, buscando definir e delimitar diretamente o poder legal de várias legislaturas e autoridades administrativas, a nível central e local.

Não obstante tamanha complexidade, existe um consenso geral em meio a doutrina de que o sistema jurídico chinês se divide em três níveis: primário (leis nacionais, *falü*), secundário (regulações administrativas nacionais, *xingzheng faguí*), e terciário (regulações locais, *difangxing fagut*).⁷⁸⁸

Quanto ao primeiro nível, ao topo da hierarquia ter-se-ia a Constituição, seguida das leis basilares (*jiben falü*)⁷⁸⁹. Logo abaixo se tem as “outras leis” (*qita falü*), promulgadas pelo Comitê Permanente, as quais teriam, supostamente, efeitos mais setoriais do que as leis basilares. Contudo, assevera Jianfu Chen⁷⁹⁰, na prática a distinção entre o que seriam leis basilares e quais seriam as demais não é tão clara, com a atuação constante do Comitê Permanente (responsável por estas) em áreas e temas que facilmente seriam interpretados como “fundamentais”.

Pela expressão “regulações administrativas”, perfazendo a totalidade do segundo nível nomológico chinês, compreendem-se todas as medidas, regras, regulações, ordens e decretos administrativos emitidos pelo Conselho de Estado, desde que em concordância com a Constituição e a legislatura nacional (artigo 89 (1)). Para além do expressamente delimitado por meio do artigo 89, estabelecendo a competência do Conselho de Estado para editar normativas em matérias de desenvolvimento econômico e social, educação, ciência, cultura, saúde, planejamento familiar, administração da justiça, segurança pública, direito internacional, financeiro, trabalhista, urbano e agrário, dentre outros, tal escopo se encontra em constante extensão, em razão das rotineiras delegações – caracteristicamente vagas – por parte do Congresso Nacional do Povo e de seu Comitê Permanente (embasadas no

⁷⁸⁸ Ainda que se estabeleça formalmente uma hierarquia entre as várias autoridades acima identificadas (artigos 78 e 79 da lei em comento), e sua conseqüente produção jurídica, efetivamente tal aferição se torna muito mais complicada, em razão da série de delegações e autorizações voltadas para a reforma econômica.

⁷⁸⁹ Ainda que não exista uma definição precisa, seja no próprio texto constitucional, seja em qualquer outra normativa do sistema jurídico chinês, do que seriam essas leis basilares, tendo em vista o disposto por meio do artigo 62, (2) da Constituição de 1982, entende-se serem leis basilares aquelas que tenham impacto fundamental em toda a sociedade, aí incluindo leis sobre a organização e estrutura do Estado, autonomia de minorias e regiões administrativas especiais, códigos civis, criminais, matrimoniais e processuais, direitos civis e políticos, bem como liberdades pessoais, e quaisquer outras leis a estabelecer sistemas estatais e sociais.

⁷⁹⁰ CHEN, 2008.

artigo 89 (18)), tornando-o, de fato, nas palavras de Jianfu Chen, “a instituição nomogênica mais poderosa na China”.⁷⁹¹ Paralelamente, do rol acima descrito, impossível não se concluir pela centralidade do Conselho de Estado em termos de políticas públicas ligadas à concretização da dignidade da pessoa humana, e não a CNP.

O terceiro nível se compõe das normativas constituídas pelas autoridades locais. Muito resumidamente, pode-se dizer que as autoridades provinciais, seus congressos populares, bem como seus respectivos comitês permanentes, têm competência sobre quaisquer matérias voltadas para o atendimento das necessidades locais, e, no mesmo sentido, para a implementação local de normativas nacionais, desde que estejam em acordo para com a Constituição e o determinado juridicamente nos dois níveis anteriores. Concretamente, a série de emendas constitucionais a respeito, somada ao número impressionante de delegações e autorizações transformam a nomogênese local em algo extremamente complicado e complexo.⁷⁹²

O envolvimento e a autoridade do Partido Comunista Chinês quanto à reprodução do sistema jurídico é questão determinante.⁷⁹³ Sabe-se que o Partido possui um Comitê Político-Jurídico que exerce controle direto sobre todas as principais questões jurídicas nacionais, inclusive no que diz respeito à produção legal. Mais ainda, todas as autoridades governamentais e estatais possuem em sua estrutura organizacional comitês partidários.

Segundo Shigong Jiang, a norma fundamental da China e a fundação de todas as suas instituições, mesmo antes da Constituição de 1954,

⁷⁹¹ CHEN, 2008, p. 183.

⁷⁹² A implicar, por exemplo, no fato de tal estrutura não prevenir os governos locais de editarem eles próprios regras e decretos, desde que aprovados pelas autoridades superiores. Em suma, as autoridades locais se espelham nas centrais, e com exceção daquelas matérias constitucionalmente reservadas ao governo central, pode-se falar em uma competência residual no que concerne às legislaturas e administração locais.

⁷⁹³ Jianfu Chen admite que seus mecanismos de controle são pouco conhecidos tanto dentro como fora da China, especialmente em razão da relutância do Partido em permitir quaisquer relatórios a respeito de sua influência em processos de qualquer natureza – legislativos, administrativos e mesmo judiciais. De todo modo, não deixam de ser impactantes as palavras de Zhu Suli a respeito: “A influência e o controle do Partido Comunista Chinês são ubíquos, penetrando todo e qualquer aspecto da sociedade”. (Cf. SULLI, Zhu. *Political Parties in China's Judiciary*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 17, p. 533-560, 2007, p. 535).

é a liderança do Partido Comunista Chinês.⁷⁹⁴ Convenção ou parte da Constituição não-escrita da China, fato é que o Partido tem total controle sobre qualquer revisão constitucional (em que pese constar no texto constitucional que o poder de interpretar a Constituição cabe ao Comitê Permanente do Congresso Nacional, conforme o artigo 67 (1)), bem como de toda e qualquer lei considerada importante. Antes de chegarem ao Congresso Nacional, é uma questão de princípio que as questões mais importantes relacionadas à produção legislativa sejam aprovadas pelo Comitê Central do partido.

Para Jianfu Chen, tal princípio se estritamente aplicado transformaria o Comitê Central na legislatura de fato, enquanto ao Congresso Nacional e seu Comitê Permanente restaria o papel de uma legislatura de direito. Contudo, baseando-se em entrevistas por ele próprio realizadas, a influência do Partido não parece ser tão permanente, restringindo-se a questões propriamente políticas e econômicas de maior importância.⁷⁹⁵

Se se aceita a interpretação de que a liderança partidária é a norma fundamental da República Popular da China, a prática judicial, estendida desde à Suprema Corte até as cortes inferiores, de se evitar por completo qualquer referência ao texto constitucional⁷⁹⁶ – seja como fundamento para decisões, ponto de inflexão, ou argumento para a judicialização de determinado valor – não parece de todo incompreensível. O que, contudo, não deixa de ser problemático, especialmente se analisado no horizonte maior da

⁷⁹⁴ JIANG, Shigong. Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China. *Modern China*, v. 36, n° 1, p. 12-46, 2010.

⁷⁹⁵ CHEN, 2008. Não obstante, as atividades do Congresso Nacional parecem sofrer criticismos constantes por parte da jurística e da mídia chinesas, então comum e desdenhosamente denominadas como um mero “bater de carimbo”, o que estaria em completo desacordo para com o texto constitucional. Shigong Jiang, no entanto, denuncia tais críticas como formalistas, ao desconhecerem a função política de uma Constituição escrita, qual seja, afirmar e reforçar a norma fundamental de um corpo político. No mesmo sentido, e em sua interpretação, a relação estrutural entre o Partido Comunista Chinês e o Congresso Nacional do Povo seria a particular maneira do povo chinês de resolver o paradoxo da soberania (*cf.* HONIG, Bonnie. Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory. *The American Political Science Review*, v. 101, n° 1, p. 01 - 17, 2007); isto é, de possibilitar a passagem da vontade da maioria (identificada pelo Partido Comunista) para a vontade geral (constituída pela representatividade do Congresso Nacional), tal como pondera Jiang (2010).

⁷⁹⁶ ZHANG, Qianfan. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Comparative Constitutional Law*, v. 8, n° 4, p. 950-976, 2010.

ausência de quaisquer mecanismos consolidados de controle de constitucionalidade – judicial ou não.⁷⁹⁷

Em todo caso, como anteriormente pontuado, comitês partidários se localizam em toda a estrutura estatal, perfazendo os três poderes formal e constitucionalmente declarados. Especialmente no que diz respeito ao judiciário, no mais das vezes se considera que a interferência partidária é politicamente, ainda que não juridicamente, benigna, no sentido de ser com vistas à vontade da maioria do povo chinês. Interferência em geral resistida por parte tanto dos tribunais como das procuradorias, que se dá, de todo modo, por meio desde a determinação da decisão em um dado litígio judicial à simples emissão de uma opinião (*pishi*) em resposta a alguma questão social polêmica e judicializada.⁷⁹⁸

4.1.3.3 – A divisão de poderes e funções na ordem constitucional chinesa

Como, na China, a problemática das fontes do direito no modelo atual possui uma forte e peculiar imbricação com a problemática da divisão e estruturação dos poderes e funções constitucionais, cabe-nos, aqui, apenas complementar o que já foi abordado no tópico anterior, acerca dos poderes institucionais básicos da ordem constitucional chinesa.

Quanto ao sistema de organização territorial, o Direito Constitucional chinês alberga aquilo que ali se convencionou chamar de *princípio do centralismo democrático*, o que representa, segundo Caicedo e Santiváñez, um maior nível de independência e autodeterminação dos Entes

⁷⁹⁷ ZHANG, 2010; CHEN, 2008.

⁷⁹⁸ SULI, 2007. Ponto curioso, de todo atinente ao papel da jurisprudência na China enquanto fonte de direito, diz respeito a como a interpretação jurídica é compreendida. De acordo com Jianfu Chen, distingue-se dogmaticamente entre interpretações legislativa, administrativa e judicial. A interpretação judicial, contudo, se restringe à Suprema Corte do Povo e à Suprema Procuradoria do Povo, e àquelas questões advindas exclusivamente de seus respectivos trabalhos, isto é, da casuística. Na prática, todavia, a Suprema Corte por muitas vezes emite interpretações judiciais acerca de leis específicas pouco depois de serem publicadas, chegando, em algumas situações, a tecer comentários detalhados, artigo por artigo, o que poderia ser denominado, como o faz Jianfu Chen, de um exercício muito particular de ativismo judicial. A mesma Suprema Corte, contudo, por meio de normativas específicas, vedou às cortes inferiores de usarem essas interpretações como fundamento para suas decisões – ainda que elas acabem sendo utilizadas nos raciocínios construídos para tanto.

Administrativos Locais, sob tutela do Estado Soberano Chinês. A estrutura administrativa local pode ser dividida segundo as três formas de distribuição dos níveis hierárquicos, a depender da matéria constitucional de que se está a tratar: *i)* Sistema de dois níveis (primeiro nível são os Distritos; e segundo nível são os municípios diretamente subordinados ao governo central); *ii)* Sistema de três níveis (primeiro nível são os cantões, os cantões étnicos e as cidades; segundo nível são os distritos, os distritos autônomos e municípios; terceiro nível representado pela província, região autônoma ou município diretamente subordinado) *iii)* Sistema de quatro níveis (primeiro nível são os cantões, os cantões étnicos e as cidades; segundo nível são representados pelos distritos, distritos autônomos e municípios; terceiro nível são os municípios com distritos urbanos e prefeitura autônoma; no quarto nível estão a província, a região autônoma ou município diretamente subordinado ao governo central).⁷⁹⁹

Segundo o Constituição da RPC há separação dos poderes, formalmente, com o Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, “el escaso valor del principio de jerarquia normativa es uno de los principales problemas de la práctica jurídica china”.⁸⁰⁰ Somado a isso, temos a grande influência do Partido Comunista, não somente nos três poderes centrais, mas em todos níveis de poder, chegando inclusive ao administrativo local.

O Poder Legislativo está representado a nível nacional pela Congresso Nacional do Povo (CNP), ou Assembleia Popular Nacional (APN) – a depender da tradução. Esta, segundo o texto constitucional, “é o órgão supremo do poder político. O seu órgão permanente é o Comitê Permanente da Assembleia Popular Nacional”.⁸⁰¹

O Poder Executivo é exercido pelo Conselho de Estado da República Popular da China, competindo-lhe a coordenação e a forma de proceder das

⁷⁹⁹ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 117-118. São exemplos do sistema de quatro níveis a maior parte das províncias chinesas tais como Hunan e Jiangsu, já o sistema de dois níveis podemos a título de exemplo são os municípios de Pekín, Shangai y Tianjin e os sistema de três níveis enunciamos como exemplo Chongqing.

⁸⁰⁰ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 118.

⁸⁰¹ CHINA (1982), 2000, p. 699.

administrações locais. De acordo com a Constituição, o “Conselho de Estado é o Governo Popular Central da República Popular da China, o corpo executivo do órgão supremo do poder político e o órgão supremo da administração pública”. E está constituído por Primeiro-Ministro; Vice-Primeiros-Ministros; Conselheiros de Estado; Ministros; Chefes de Comissões; Auditor-Geral; Secretário-Geral. De acordo com a Constituição “o Primeiro-Ministro é responsável pelo Conselho de Estado. Os Ministros são responsáveis pelos ministérios e comissões a seu cargo. A organização do Conselho de Estado é definida por lei”.⁸⁰²

O Poder Judicial chinês tem como órgão principal o Supremo Tribunal Popular. Porém aqui as diferenças são ainda maiores em relação aos modelos tipicamente ocidentais. Devemos compreender, na China, por órgãos judiciais “tanto a los jueces como a los órganos de seguridad pública, la fiscalía o la administración carcelaria; e incluso a los abogados, notários y árbitros”.⁸⁰³ Assim dispõe a Constituição:

Artigo 126° Os tribunais populares só estão sujeitos à lei no exercício do poder judicial e não podem sofrer interferências dos órgãos administrativos, das organizações públicas ou dos particulares.

Artigo 127° O Supremo Tribunal Popular é o supremo órgão judiciário. O Supremo Tribunal Popular superintende na administração da justiça pelos tribunais populares locais e pelos tribunais populares especiais. Os tribunais populares de nível superior superintendem na administração de justiça pelos tribunais de nível inferior.⁸⁰⁴

A estrutura dos Tribunais na China também está dividida em níveis que se compõe da seguinte maneira: No primeiro nível estão os Tribunais Populares especiais (no âmbito dos Distritos); no segundo nível temos os Tribunais Populares Intermediários (âmbitos municipal e prefeituras); o terceiro nível é composto pelos Tribunais Populares Superiores (no âmbito das províncias, regiões autônomas e cidades diretamente dependentes da

⁸⁰² CHINA (1982), 2000, p. 704-705.

⁸⁰³ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 121.

⁸⁰⁴ CHINA (1982), 2000, p. 712.

administração central), o último nível é representado pelo Supremo Tribunal Popular (âmbito nacional).⁸⁰⁵

A Constituição também previu a criação das Procuradorias populares da República Popular da China, que fazem parte do Estado Chinês e lhes são confiadas a função de vigilância sobre a aplicação das leis:

Artigo 132° A Suprema Procuradoria Popular é o supremo órgão de procuradoria. A Suprema Procuradoria Popular orienta o trabalho das procuradorias populares locais e das procuradorias populares especiais; as procuradorias populares de nível superior orientam as actividades das de nível inferior.

Artigo 133° A Suprema Procuradoria Popular é responsável perante a Assembleia Popular Nacional e o seu Comité Permanente. As procuradorias populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as procuradorias populares de nível superior.⁸⁰⁶

A Suprema Procuradoria Popular se encontra no mais alto nível. Logo abaixo temos as procuradorias populares locais, procuradorias militares e outras procuradorias populares especiais, segundo disposto no artigo 130 da Constituição chinesa.

Cabe, por fim, reiterar o que foi dito no tópico anterior, respeito à impossibilidade, na China, de referência direta à constituição nas decisões judiciais. Esta restrição acaba por impedir qualquer controle difuso de constitucionalidade pelo judiciário. Somando-se isso ao forte controle funcional que o Supremo Tribunal Popular exerce sobre as demais estruturas do judiciário (tal como também explicado no tópico anterior), temos que a construção judicial das condições de efetivação e garantia de respeito aos direitos constitucionais concernentes à dignidade humana acabam por se tornar muito tímidas. As ações, nesse sentido, quando ocorre, dizem respeito mais ao imbricado binômico executivo-legislativo, da China.

⁸⁰⁵ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 121. Importante destacar que qualquer destes Tribunais pode ser primeira instância de uma demanda, o que vai definir isso é a importância e/ou gravidade da ofensa.

⁸⁰⁶ CHINA (1982), 2000, p. 712.

4.2 RECONHECIMENTO, ALCANÇE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA

4.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Chinesa: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

Os Direitos fundamentais contidos na CRPC estão dispostos no segundo Capítulo da Constituição. Segundo Caicedo e Santivánes, o “reconocimiento de estos derechos es un paso importante del gobierno chino en el proceso de modernización jurídica”.⁸⁰⁷

A Constituição Chinesa prevê a garantia da igualdade perante a lei (artigo 33), da liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de reunião, desfile e manifestação (artigo 35), de liberdade de crença religiosa (artigo 36), bem como a inviolabilidade da liberdade pessoal (artigo 37), dentre outras garantias básicas.

Segundo Ramiro Avilés “el listado de derechos que se incluye en el Capítulo segundo de la Constitución recoge todas las generaciones de derechos y nominalmente no es muy diferente del que puede encontrarse en otra Constitución”.⁸⁰⁸

À primeira vista, podemos sim, inferir que o texto constitucional chinês pode se assemelhar a outros Diplomas Constitucionais de Estados Soberanos. Entretanto, o conceito (ou significado) das palavras ordenadas na Constituição não necessariamente tem o mesmo sentido, peso, aplicabilidade, alcance ou grau de efetividade para cada país. Dentre outros motivos para tanto, está a própria construção histórica e cultural da sociedade e do direito interno e, nesse aspecto, como vimos as dificuldades são bastante intensas,

⁸⁰⁷ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 122.

⁸⁰⁸ RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. *China y los Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 3.

no caso chinês. Assim, cada Estado tem uma concepção própria do que se entende por direitos fundamentais e o seu nível de importância dentro da aplicação do direito na sociedade.

Essa questão é particularmente importante ao se analisar o referido Capítulo II, correspondente aos Direitos e Deveres fundamentais dos Cidadãos chineses, precisamente o artigo 38, que dispõe sobre a dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China. Veja-se:

Artículo 38° La dignidad personal de los ciudadanos de la República Popular de China es inviolable. Son prohibidos el insulto, la calumnia, las falsas acusaciones o las difamaciones dirigidas contra los ciudadanos, por cualquier medio.

Este direito fundamental foi recepcionado pela primeira vez na atual Constituição da República Popular da China, como que a concretizar as grandes mudanças com relação aos direitos fundamentais ocorridas desde a Constituição de 1954.⁸⁰⁹ Porém, a forma com está previsto na carta constitucional chinesa restringe muitíssimo o alcance da dignidade como um direito fundamental, limitando sua proteção a questões relativas à proteção da honra e da imagem.

Porém, em outros dispositivos da Constituição chinesa, ainda que não esteja explicitamente mencionado, o direito à dignidade acaba por ser tutelado por meio da proteção de aspectos específicos da existência digna. Um exemplo claro dessas transformações está na determinação da inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho, tal como dispõe o artigo 45, parágrafo 3: “O Estado e a Sociedade contribuem para que os cegos, os surdos-mudos e outros cidadãos deficientes tenham trabalho, disponham de condições de subsistência e recebam instrução”. Outro exemplo é a inclusão da proibição de “maus tratos a velhos, mulheres e crianças” presente no artigo 49 (3).⁸¹⁰

⁸⁰⁹ “Durante el nacimiento de la nueva China, en 1954, el Programa Común fungió como norma jurídica constitucional, convirtiéndose en el fundamento legal del nuevo país” (JIHONG, 2015, p. 04).

⁸¹⁰ CHINA (1982), 2000, p. 696.

De acordo com o informe da EPU, até 2013 na China foram aprovadas mais de 60 leis e regulamentos a dispor sobre a proteção de diversos direitos referentes a pessoas com deficiências. Além disso, promulgou-se a Lei sobre a Saúde Mental que tem por escopo a proteção dos direitos das pessoas com deficiência cognitiva (discapacidad intelectual).⁸¹¹

Ainda assim, Caicedo e Santiváñez afirmam o seguinte sobre a proteção da dignidade no plano normativo na China:

Si bien los avances legislativos han sido relevantes, en la práctica queda mucho por hacer. La noción de derechos inherentes a la dignidad humana no se encuentra muy arraigada en la sociedad china. Se percibe que los únicos derechos los confiere el ordenamiento jurídico y el ejercicio de éstos está limitado por su efectivo reconocimiento por parte del Estado.⁸¹²

E acrescentam críticas no sentido de que a supremacia da Constituição da República Popular da China é “mero enunciado formal”, apresentando os argumentos até certo ponto contundentes, especialmente quanto a como é feito o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Cabe à Assembleia Popular Nacional tanto fazer o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e ao mesmo tempo ter a competência para reformar a própria Constituição. “En otras palabras, es el mismo legislador el encargado de controlar la constitucionalidad de sus actos y al mismo tiempo de revisar el contenido de las disposiciones constitucionales”.⁸¹³ Aqui certamente funcionará mal um sistema de freios e contrapesos. Ademais, soma-se a isso, como já salientado, o uso constitucional de se passar pela cúpula do Partido Comunista previamente qualquer questão que venha a ser deliberada pela APN, tornando-se, assim, extremamente controversa a questão da existência de um sistema de controle de constitucionalidade que seja, na prática, efetivo.

Tais críticas não afastam, por outro lado, a transformação pela qual passou o direito chinês nas últimas três décadas, impulsionada em muito por

⁸¹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: China (incluidos Hong Kong (China) e Macao (China)). Consejo de Derechos Humanos, 25º período de sesiones, 2013, p. 13.

⁸¹² CAICEDO; SANTIVÁÑEZ, 2007, p. 121.

⁸¹³ CAICEDO; SANTIVÁÑEZ, 2007, p. 123.

motivações econômicas e centradas em instituições políticas que permanecem autoritárias e extrativistas⁸¹⁴, mas que acabou, em termos jurídicos, por ser centrar na inclusão dos direitos humanos dentro do rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. No entanto, uma das questões que poderíamos apontar como, no mínimo nebulosa, seria o questionamento sobre a preferência de situar a dignidade como direitos dos cidadãos em detrimento de adotar uma perspectiva aberta de aceitação da inclusão e respeito à dignidade de todos os seres humanos como direito universal. Como veremos, a Constituição brasileira, por exemplo, prevê que os direitos garantidores da dignidade sejam atribuídos aos cidadãos e aos estrangeiros que estejam no país, sem distinção entre ambos no que diz respeito às garantias de existência digna.

De acordo com o que ponderamos acima, notadamente sobre a rejeição implícita do caráter universal dos direitos humanos, Chen afirma o seguinte:

Enquanto o Capítulo II da Constituição pode ser visto como uma versão de uma declaração de direitos, o termo "direitos humanos" não foi usado até o processo de revisão constitucional de 2004. Na verdade, o termo "direitos humanos" teve uma história bastante acidentado na RPC. Embora existam muitos debates animados sobre as questões normalmente entendidos como direitos humanos toda a história da República Popular da China, o termo raramente foi aplicado como língua oficial. Em vez disso, todas as constituições chinesas na RPC têm consistentemente usado o termo "cidadão direitos", que rejeita implicitamente a universalidade dos direitos humanos e implica a classe natureza de tais direitos; isto é, os cidadãos podem ser diferenciadas de acordo com a sua classe fundos. Ele também pode implicar a exclusão de estrangeiros e apátridas no China.⁸¹⁵

A situação dos direitos humanos⁸¹⁶ na China tem sido objeto de várias inquirições internacionais, dentre elas as que resultaram no estudo

⁸¹⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. "He visto el futuro y funciona": el crecimiento bajo instituciones extractivas. *In: Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Deusto, p. 153-184, 2012.

⁸¹⁵ CHEN, 2008, p.130.

⁸¹⁶ Importante destacar que "las reformas económicas han permitido a China en los últimos años un crecimiento sostenido, sin embargo, en materia de derechos humanos y reformas políticas se tienen que realizar importantes cambios porque en el mundo actual la liberalización económica no implica la profundización de un régimen democrático" (MERCADO, Asael Maldonado. China, un país que quiere ser gigante. *In: XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.15. Disponível em: <<http://ceaa.colmex>

publicado junto ao Exame periódico Universal das Nações Unidas (EPU), na parte referente à China, no ano de 2009, que procurou valorar e classificar a situação dos direitos humanos no gigante asiático. É importante salientar, segundo esse estudo, que:

China se enfrentaba a dificultades y problemas en la promoción y protección de los derechos humanos. El desarrollo no equilibrado, no coordinado y no sostenible continuaba siendo un problema grave. Demasiadas personas seguían viviendo en la pobreza. Aún debía establecerse una estructura de distribución de la renta equilibrada. Además existía injusticia social.⁸¹⁷

Ao final do informe, podemos ver que, nas conclusões e recomendações do EPU temos as seguintes indicações: “Ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos”; “Proseguir la labor de ratificación de otros instrumentos de derechos humanos y sus protocolos correspondientes”; “Proseguir la labor de promoción de los derechos humanos prestando especial atención a la aplicación del Plan nacional de acción de Derechos Humanos para 2012-2015”; “Intensificar en gran medida las numerosas medidas adoptadas en este ámbito de la educación sobre los derechos humanos”; dentre outras.⁸¹⁸ Com efeito, “el principal desafío [...] es profundizar en la construcción del Estado de Derecho, como reconoce el propio gobierno chino”.⁸¹⁹

Em suma podemos considerar que:

[...]la postura oficial internacional china, se presenta dispuesta a fortalecer la cooperación con la comunidad internacional para hacer frente en común al deterioro del medio ambiente, la reducción de recursos, la pobreza y el desempleo, la inflación de la población, la propagación de las enfermedades, el desbordamiento de drogas, el crimen internacional y otros problemas globales con que se enfrenta

.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indicedeautoresxiiicongresointernacional.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2015).

⁸¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2013, p.05. De acordo com o informe: “El Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, establecido de conformidad con la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007, celebró su 17º período de sesiones del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2013. El examen en China se llevó a cabo en la tercera sesión, el 22 de octubre de 2013. La delegación China estuvo encabezada por el Sr. Wu Hailong. En la décima sesión, celebrada el 25 de octubre de 2013, el Grupo de Trabajo aprobó el informe sobre China”. Cabe destacar ainda, que “el 14 de enero de 2013, el Consejo de Derechos Humanos eligió al siguiente grupo de relatores (troika) para facilitar el examen de China: Emiratos Árabes Unidos, Polonia y Sierra Leona”. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - ONU, 2013, p. 3).

⁸¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2013, p.16-20.

⁸¹⁹ RAMIRO AVILÉS, 2010, p. 17.

la humanidad en su desarrollo, pero que de fondo no es sino la actuación de cualquier otra nación abiertamente capitalista”.⁸²⁰

A Constituição atual da República Popular da China, que, como dissemos, já passou por quatro revisões, nos anos 1988, 1993, 1999 e 2004, recebeu nessa última revisão um acréscimo referente ao respeito aos Direitos Humanos, previsto no artigo 33, que dispõe o seguinte:

Artigo 33° Todas as pessoas que possuam a nacionalidade da República Popular da China são cidadãos da República Popular da China. Todos os cidadãos da República Popular da China são iguais perante a lei. **O Estado Respeita e assegura os Direitos Humanos**⁸²¹. Todo o cidadão goza dos direitos e, simultaneamente, tem de cumprir os deveres prescritos pela Constituição e pela lei.⁸²²

Essa importante inclusão no número 3 do artigo 33 trouxe um avanço para o diálogo sobre direitos humanos no Gigante Asiático, apesar de que “la noción de derechos inherentes a la dignidade humana no se encuentra muy arraigada en la sociedade china”.⁸²³

Ainda assim, permanece a abertura para limitações e restrições, a partir do artigo 51 da Carta, cujo texto prevê que “no exercício das suas liberdades e dos seus direitos os cidadãos da República Popular da China não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da colectividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos”.

Não se questiona a necessidade de compatibilização entre o exercício de direitos constitucionais e os demais direitos de outros cidadãos ou os interesses da coletividade. Porém, ao se dizer que o exercício de tais direitos não se oporá aos interesses do Estado, a Constituição chinesa contraria um dos referentes principais do atual paradigma constitucionalista, o de que o interesse do Estado é e somente pode ser (se se quer como Estado

⁸²⁰ TORRES MELLO, Veruska V. V.. Nuevos actores de un viejo modelo de hegemonías: caso chino. In: *XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.12-3. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indiceautoresxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015).

⁸²¹ Incluído pela Revisão Constitucional de 2004.

⁸²² CHINA (1982). República Popular da China. *Revista de Administração*, n° 48, vol. XIII, p.687-721, 2000-2°. E, constam também, as alterações feitas pela Revisão constitucional de 2004 (presente na *Revista de Administração*, n° 65, vol. XVII, p. 769-781, 2004-3°.

⁸²³

Constitucional de Direito) o respeito e máxima promoção dos direitos fundamentais.

Desde a revisão constitucional de 2004, algumas alterações na legislação infraconstitucional contribuíram para a concreção, no plano prático, do artigo supracitado. Tais melhorias podem ser vistas por exemplo, na Lei de Propriedade Civil, aprovada em março de 2007, pela 5ª sessão da 10ª APN⁸²⁴. Podemos destacar ainda a alteração do Código de Processo Penal chinês, em março de 2012 na 5ª sessão da 11ª APN que melhorou as garantias dos acusados, com maior suporte à assistência jurídica e melhorando-se os critérios de avaliação das provas dentro do procedimento judicial penal.

Em que pese essas alterações na legislação chinesa, tanto em âmbito constitucional, quanto infraconstitucional, os relatos são no sentido de ainda haver muitos problemas de densificação normativa adequada à Constituição, o que nos possibilita perguntar sobre a existência ou não de um abismo entre o texto constitucional chinês e as vivências jurídico-políticas efetivas da China.

A China, por evidente, aderiu a alguns documentos internacionais, em matéria de direitos humanos, dentre os quais destacamos o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸²⁵ e o Pacto Sobre Direitos

⁸²⁴ Também aprovada nesta sessão a Lei do Imposto da Receita empresarial – que dispõe sobre a possibilidade de se deduzir despesas gastas com novos produtos e no desenvolvimento de novas tecnologias, gerando incentivo e estimulando da capacidade de inovação das empresas.

⁸²⁵ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, elaborado no ano de 1966, tem por fundamento a: “[...] conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticas, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais, considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana [...]”. A China aderiu ao Pacto em 5 de outubro de 1998, porém ainda não ratificou. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015.

Econômicos, Sociais e Culturais⁸²⁶ (também firmados pelos demais países do BRICS), o que, ao menos no plano de um discurso internacional pode vir a ter algum efeito prático no âmbito interno da China. Porém cabe ressaltar quanto a este exemplo que, pese a adesão, a China ainda não ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁸²⁷

Pode-se identificar disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que vão de encontro a disposições presentes na legislação interna chinesa, que, a depender da ratificação, deveriam ser modificadas internamente. Um exemplo pode ser obtido a partir da análise do impacto do §3 do artigo segundo do Pacto no ordenamento chinês. Ali está disposto que:

Os Estados-partes comprometem-se a: 1. Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; [...].⁸²⁸

Esse dispositivo funciona como exemplo das questões particularmente sensíveis ao poder estatal e notadamente ao poder policial chinês, previstas no Pacto.

⁸²⁶ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), baseado nos mesmos fundamentos do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Econômicos, teve a adesão da China em 27 de outubro de 1998 e sua ratificação se deu em 27 de março de 2001. Documento na íntegra disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econômicos,%20Sociais%20e%20>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015.

⁸²⁷ CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 122. Sabemos que os Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos tem pretensão de dispor de forma cogente sobre tais direitos, de modo a exigir respeitabilidade e justiciabilidade direta de tais direitos, tanto na ordem interna, quanto internacional. Já o Pacto Internacional para os Direitos Sociais, Econômicos e Políticos, andou mal ao configurar uma exigibilidade programática, para esses direitos, sem uma exigência cogente e diretamente justiciável (cf. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais nas Cortes Internacionais de Justiça: Em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade*. Tese [Doutorado em Direito UFMG], Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016). Talvez isso explique porque a China ratificou o segundo, mas não ratificou o primeiro.

⁸²⁸ PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015. No artigo 5, §2 do Pacto, está presente a inadmissibilidade de restrição ou suspensão a quaisquer direitos, nos seguintes termos: Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”.

Outro dispositivo do Pacto internacional que também traz uma importante contribuição para essa análise consiste no previsto no artigo 6, que trata da pena de morte. Segundo o dispositivo, tal pena somente poder ser aplicada como sanção contra crimes mais graves, nos países que ainda não aboliram a pena de morte.

Artigo 6º: § 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

§2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.⁸²⁹

Sabemos que na China a pena capital ainda é um recurso muito utilizado pelo judiciário.⁸³⁰ Segundo o artigo 48 do Código Penal, tal pena deverá ser aplicada apenas em casos considerados “muito graves”. Mas o caráter de conceito aberto dessa disposição traz problemas:

La pena de muerte será únicamente aplicada a los delincuentes que cometan delitos extremadamente graves. En el caso de que un delincuente sea condenado a la muerte, si la ejecución inmediata no fuera necesaria, podrá simultaneamente con la condena de muerte, ser decretada la suspensión por dos años de su ejecución.⁸³¹

⁸²⁹ PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015.

⁸³⁰ Porém, para podermos dialogar sobre se é ou não aplicada apenas em crimes “mais graves” teríamos de saber o que, de fato, são considerados crimes mais graves pela ONU. Baseando-nos na doutrina eminentemente brasileira, onde não está prevista no ordenamento jurídico a pena de morte, são considerados crimes com maior potencial ofensivo aqueles que são atentatórios contra a vida

⁸³¹ MUÑOZ, Francisco Conde. La parte general del Código Penal de la Republica Popular da China. *Revista penal*. n°15, p. 85-104, 2005. Neste contexto, a interpretação da Lei Penal da República Popular da China considera que os crimes extremamente graves “ são aqueles que consistem nas mais graves lesões dos interesses do Estado e dos cidadãos, cometidos em circunstâncias odiosas. A aplicação da pena de morte tem várias limitações, a primeira das limitações vem prevista no (artigo 49º Código Penal da RPC), em que a pena de morte não será aplicada as pessoas que à data do crime não tenham atingido 18 anos de idade, mas será aplicado a pena de morte, cuja a execução ficará suspensa por dois anos a menores que tenham completado 16 anos que tenham cometido crimes de especial gravidade, como homicídio, violação, roubo, explosões, etc. por outro lado, não é aplicável a pena de morte as mulheres que ao tempo julgamento se encontrem grávidas. Todas as condenações a morte serão submetidas a apreciação superior, isto é, deverão ser aprovadas pelo Supremo Tribunal Popular (STP)”. (BARAI, Ludimila. Breves notas sobre o Sistema Sancionatório de Macau e da

Hoje na China mais de 50 crimes são apenados com pena de morte. Existe um movimento no sentido de reduzir esse rol, que coloca a China como o país que mais sentencia à morte e executa presos no mundo. Na tentativa de tornar menos arbitrária e mais humanizada a pena, a China alterou o procedimento, tal como a necessidade de autorização do Tribunal supremo para poder realizar a execução. Dados da Anistia Internacional demonstram que a China ainda é o país onde mais se utiliza a execução como pena.⁸³²

Outras questões se levantam no cenário internacional, dentre elas o paradoxo da efetivação de um grande desenvolvimento econômico e seu contraponto, uma aparente desnecessidade de uma democratização política. Nas palavras de Giné:

Un sistema autoritário puede movilizar grandes recursos para hacer crecer rapidamente un país. Sin embargo, si faltan unos contrapesos o controles democráticos, también se pueden cometer grandes e graves errores políticos y económicos como ocurrió durante la Revolución Cultural impulsada por Mao que causó millones de muertos en todo el país. Un sistema democrático no garantiza por sí solo el desarrollo o la eficiencia económica, pero ello no debe ser una excusa para negar o limitar a los ciudadanos las ventajas de vivir en una democracia como ocurre en India, donde la legitimidad del poder se asienta en el sufragio universal y libre.⁸³³

Em suma, podemos observar que os problemas nítidos com relação a aplicação do disposto no texto constitucional chinês no que se refere aos direitos humanos-fundamentais transitam entre a falta de efetividade social das respectivas normas, a falta de eficácia jurídica de alguns dispositivos da Constituição e, quanto a alguns deles, um problema na própria configuração nomológica recebida no texto constitucional. Estas porém são algumas das questões comuns à maioria dos países emergentes. Assim sendo, a grande questão que devemos nos perguntar em relação à situação da proteção de direitos da dignidade humana na China diz respeito a até que ponto o atual

República Popular da China. *Revista Videre* - 10 Dourados, v. 04, nº 07, p. 09-23, jan./jun., 2012, p. 18).

⁸³² ANISTIA INTERNACIONAL. *A Pena de Morte em 2014: Fatos e Números*. Disponível em: <<https://anistia.org.br>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2015. Destaca-se o seguinte: “A China executou mais pessoas que o restante dos países do mundo juntos, embora se desconheça a verdadeira magnitude do uso da pena de morte no país, pois os dados a seu respeito são considerados segredo de Estado”.

⁸³³ GINÉ, 2014, p. 109-110.

modelo de Estado chinês (e a cultura constitucional a ele subjacente) verdadeiramente se configura como estrutura voltada para a promoção de tais direitos enquanto sua razão-de-ser; ou se, ao contrário, o discurso nomológico de proteção de direitos da pessoa e do cidadão na China é mais um instrumento de governança, gestão e estratégia do Estado (portanto serve ao Estado) do que *telos* constitucional do Estado chinês. Esta possibilidade, a nosso ver, não pode obscurecer os avanços em termos de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ocorridos nas últimas décadas. Não obstante, uma reflexão acurada, como faremos em seguida, da linguagem e do discurso constitucional desenvolvido pelos próprios juristas chineses, nos últimos anos, se faz imprescindível como importante indicador de qual das duas possibilidades acima aventadas espelha melhor a atual realidade constitucional na China.

4.2.2 Os Direitos Fundamentais de Dignidade no constitucionalismo chinês: diferenças e discrepâncias ao nível dos discursos eruditos e das categorizações hermenêuticas

4.2.2.1- Os caminhos do pensamento constitucional chinês contemporâneo: as variáveis sobre a abertura chinesa ao discurso da dignidade e dos direitos humanos

Na China, o debate em torno da dignidade humana e da democracia parece acompanhar os padrões e posições formados em torno da discussão acerca da formação de um Estado de Direito chinês – especialmente em vista de que tal evento, iniciado em 1978, é apontado pela jurística como responsável pelo renascimento da pesquisa e do debate jurídicos no país.

Peerenboom, em seu estudo dedicado ao tema⁸³⁴, sugere, inicialmente, uma distinção entre versões estreitas e densas de Estado de

⁸³⁴Randall Peerenboom pretende em seu estudo identificar as principais perspectivas em debate na China contemporânea a respeito do Estado de Direito. A partir de uma distinção inicial, levemente baseada na teoria do direito proposta por Ronald Dworkin, entre uma versão

Direito. A distinção proposta, assumidamente analítica, se funda, basicamente, na ausência de conteúdo normativo específico ou “substancial”, na primeira, e sua presença na segunda⁸³⁵. Uma maneira de entendê-la é se recorrendo à distinção proposta por Dworkin, entre conceito e concepção. O próprio Peerenboom sugere a seguinte metáfora visual: a relação entre o Estado de Direito em sentido estrito, as concepções particulares do Estado de Direito, e o contexto maior, cultural, político, social, econômico etc, em que elas se inserem se daria na figura de círculos concêntricos, ordenados, respectivamente, do menor para o maior. O autor, então, aplicando este esquema à realidade político-constitucional chinesa, identifica quatro concepções, ainda que se tratem de categorias não exaustivas: liberal-democrata, comunitarista, neoautoritária e estatista-socialista. As quatro perspectivas foram, então, analisadas a partir de diferentes variáveis, uma delas sendo a posição a respeito de direitos, quanto à qual podemos dizer o que se segue.

Liberal-democratas preferem uma compreensão liberal de direitos, dando prioridade aos direitos civis e políticos sobre direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos, ou direitos grupais. Enfatiza-se também a

“rasa” de Estado de Direito e uma versão mais profunda, Peerenboom propõe quatro tipos ideais: Liberal-democrata, neoautoritário, estatista socialista, e comunitarista; passando a analisar então as posições de cada um dos quatro tipos segundo as seguintes questões: regime econômico, ordem política, perspectiva a respeito de direitos, propósitos do Estado de Direito, instituições e práticas, regras, e posicionamentos em casos específicos. Posteriormente, ele discute muitas das críticas lançadas ao projeto chinês, avaliando a respeito de suas pertinências e deficiências, diante do contexto anteriormente analisado, e, por fim, à possibilidade ou inviabilidade de uma alternativa ao modelo ocidental de Estado de Direito, se este modelo seria sistematizável, e da importância do Estado de Direito para além de suas origens ocidentais. Cf. PEERENBOOM, Randall. Let One Hundred Flowers Bloom, One Hundred Schools Contend: Debateing Rule of Law in China. *Michigan Journal of International Law*, v. 23, 2002, p. 13-22.

⁸³⁵ Aqui tratamos a expressão substancial em sentido aproximado à ideia de um substancialismo constitucional tal como explicado por Lênio Streck (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 24-37) ou por Saulo Pinto Coelho (COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (In)variáveis Principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas, In: *Filosofia do Direito*. FARIAS; SOBRERAS FILHO; OLIVEIRA JÚNIOR. (Org.). 1ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 289-310, 2012), enquanto concepção constitucional que atribui forte peso semântico aos direitos fundamentais de modo que estes acabem por funcionar como conteúdo substancial capaz de dar parâmetro e balizar até mesmo a procedimentalidade democrática num Estado de Direito.

importância ou a prevalência de direitos ante a deveres e virtudes; direitos que vão entendidos então deontologicamente, até mesmo como “trunfos”. Comunitaristas advogam uma compreensão coletivista, pautada na indivisibilidade dos direitos, e na necessidade de crescimento econômico, ainda que com limitações moderadas de direitos civis e políticos. Direitos são interpretados em termos utilitaristas ou pragmáticos, e há maior ênfase nos deveres do indivíduo para com sua família, comunidade e nação, e das virtudes correlatas. Esta interpretação pragmática ou utilitarista é compartilhada pelos neoautoritários e pelos estatistas socialistas, ainda que ambos tenham inclinações estatistas mais marcantes que os comunitaristas. Ambos estão mais inclinados a evocar a ideia de soberania, valores asiáticos e a ameaça de imperialismo cultural de modo a avançar um “isolacionismo” ou “excepcionalismo” chinês. Por fim, estatistas socialistas, em particular, costumam conceber direitos enquanto concessões positivas do Estado, bem como úteis instrumentos para o fortalecimento da nação e do regime dominante.⁸³⁶

Da leitura dos textos a partir dos quais se destacou os excertos abaixo, todos os autores parecem concordar, no básico, acerca da relevância dos direitos humanos e do discurso a seu respeito, bem como acerca dos textos juridicamente relevantes para a articulação de generalizações de cunho jurídico-dogmático. Quando a dignidade humana é debatida, suas origens ocidentais aparecem nesses autores quase sempre contrapostas a pontos de partida presentes na tradição oriental; e a atual relevância do discurso da dignidade no Ocidente é rastreada pelos chineses como impacto da 2ª Guerra Mundial. Na China, por sua vez, parece haver consenso que a importância da dignidade humana – e do reconhecimento da universalidade dos direitos humanos como um todo – se dá especialmente em razão dos eventos em torno da Revolução Cultural (ainda que no tom pelo qual se a trate já se verifique variações, isto é: por vezes lamenta-se, por outras denuncia-se; variações que se estendem à interpretação do legado de Mao Tse Tung, ora um líder carismático, ora um demagogo). Outro ponto generalizadamente aceito (à

⁸³⁶ PEERENBOOM, 2002, p. 14-17

exceção de algumas leituras laudatórias apegadas apenas à textualidade da Constituição) é a ausência de mecanismos processuais positivados a garantir a “justiciabilidade” (ainda que a expressão pareça estar ausente do debate) seja da dignidade humana, seja de direitos humanos assegurados tanto na Constituição, como em tratados e convenções das quais a China faça parte. Poder-se-ia assim dizer que estes são os pontos chave da perspectiva “geral” a respeito do tema na China.

Uma possível dicotomia entre os autores seria entre aqueles que procuram defender uma interpretação da dignidade humana enquanto e exclusivamente a “direito a subsistência” (ou estrito), se se quiser, em termos exclusivamente “materiais”, ou “materialistas”, e aqueles que a entendem em termos mais “espirituais” (ou amplo), especialmente vinculados a participação política, expressão e liberdade de pensamento, autonomia individual etc.

No primeiro caso, justifica-se a interpretação tanto pela tradição marxista-leninista-maoísta da República Popular da China (Estatistas Socialistas), como pela “perspectiva científica sobre desenvolvimento” (neoautoritários e comunitaristas), em que se inverte o axioma então sustentado pelo movimento ocidental conhecido por *Law & Development*, de que a implementação do Estado de Direito (com separação de poderes, Constituições escritas e direitos humanos-fundamentais) acarretaria em desenvolvimento social e econômico. Assim, para os neoautoritários e comunitaristas, é o desenvolvimento econômico e social que acabará resultando em um avanço no que concerne aos direitos humanos, avanço concomitante à contínua ascensão da nação enquanto ator global, ou da consolidação da contribuição de uma alternativa de modernidade do povo chinês para a humanidade. Já no segundo caso, a abordagem acaba (sobretudo no contexto chinês) por ser mais denunciativa e dá ênfase no que se pode nomear por dimensões individual e política da dignidade humana, bem como se sustenta com recurso a experiências no direito comparado. A denúncia de casos de desrespeito patente e latente aos direitos humanos, na China contemporânea acaba por ser um produto comum nessa segunda perspectiva.

Enquanto para o primeiro lado, o isolamento da China, seja por questões geopolíticas, ou por questões culturais, aparece como pressuposto determinante da interpretação da dignidade humana, no que se verifica uma certa “instrumentalização” assumida tanto do sistema legal como do próprio discurso dos direitos humanos (uma possível consequência, afinal, de se entender direitos exclusivamente de uma perspectiva utilitária ou pragmática); para o segundo, é justamente a internacionalização da China e a “racionalização” de seu sistema legal que direcionam a concepção que se constrói a seu respeito (cuja objeção poderia ser o caráter acriticamente ocidentalizante que, por vezes, possui).

De todo modo, a mesma observação feita por Peerenboom, quando da introdução das variáveis de concepção do Estado de Direito, parece ter aqui sua validade. Dificilmente algum dos autores consultados seria perfeitamente emoldurado em um dos lados descritos. Qiafan Zhang, por exemplo, ao mesmo tempo que advoga uma versão claramente liberal-democrata, mesmo “ocidentalizada” em comparação a outros autores, de “dignidade humana”, esforça-se com bastante afinco em identificar tais traços na tradição cultural chinesa. Já Jianfu Chen defende, concomitantemente, a atenção para a especificidade do caso chinês e a implementação de mecanismos institucionais para a concretização de direitos humanos constitucionalmente positivados – o que, não necessariamente, implicaria no controle difuso de constitucionalidade nos moldes estadunidenses tal qual proposto por Zhang.

Jiang Shigong, por sua vez, autor classificado como neoautoritário, entende a discrepância entre texto constitucional e realidade política como um falso problema – a afastar, conseqüentemente, a necessidade da implementação de mecanismos quaisquer, enquanto outros autores, como Chengming Yang e Yucheng Guo, que lhe são próximos em outros pontos aceitam a legitimidade do problema – especialmente no que diz respeito à concretização da dignidade humana e o avanço da causa dos direitos humanos na China –, para então argumentar pela pertinência de alocar sua resolução seja ao Congresso Nacional, seja ao Partido Comunista propriamente dito.

Em suma, os caminhos do que poderíamos chamar de pensamento constitucional chinês, os nortes seguidos pela intelectualidade chinesa para pensar seu próprio fenômeno constitucional, são variados, complexos e de difícil esquematização. A amostragem de autores a seguir busca demonstrar essa variedade e complexidade.

4.2.2.2 – A construção de um conceito autêntico de dignidade humana na China e suas implicações na redução do déficit de substancialismo constitucional segundo Zhang, Wei, Wang, Li e Jiang

Em seu livro *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: Confucianism, Mohism, and Daoism*, Qianfan Zhang, professor de direito da Universidade de Pequim, busca responder se existe uma contribuição conceitual, da filosofia clássica chinesa à compreensão conceitual do que seria a dignidade humana (e, existindo, qual seria). A seu ver, uma teoria constitucional embasada na dignidade humana tem muitas implicações na vida prática, ao trazer consigo, por exemplo, a capacidade inata de resolver tensões surgidas do conflito entre direitos e servir, portanto, de critério organizador da complexidade normativa. Em seu entender, a ênfase da perspectiva chinesa nas dimensões de reciprocidade e harmonia inerentes à dignidade humana tem a contribuir tanto doméstica como internacionalmente nesse tema. Sobre isso, o autor afirma que:

O respeito pela dignidade humana comanda que se o poder público quer ser legítimo ele deve tratar todos como um fim, e nunca como meros meios – sejam para a realização dos desejos e impulsos de outros (por exemplo, visando à manutenção da ordem social ou a estabilidade política) como os seus próprios. Traduzindo para termos confucianos (os quais não necessariamente entram em conflito com os ensinamentos Moístas ou Daoístas), todos nascem com virtudes morais e intelectuais inatas, capazes de serem plenamente desenvolvidas em uma pessoa amadurecida. Para respeitar a dignidade humana, então, o Estado e a sociedade precisam assumir tal crença moral seriamente, abstando-se de qualquer ato positivo a impedir o desenvolvimento pessoal dessas virtudes; a dignidade humana é violada toda vez que uma pessoa é privada da oportunidade de desenvolver plenamente suas virtudes inatas, e qualquer privação em nome apenas da autoridade pública deve ser vista como um exercício ilegítimo do poder. Ainda mais, o Estado e a sociedade podem ser requisitados a criar condições positivas de modo a promover para todos a oportunidade de se desenvolverem moral e intelectualmente.

Ao invés de se preocupar com a provisão de bens materiais, o poder público deve estar primariamente voltado para a provisão de oportunidades de desenvolvimento e educação, e, talvez, estabelecer e manter um sistema de regras e normas sociais nos respectivos currículos, o qual ajudaria a formar homens virtuosos, respeitosos quanto a outrem do mesmo modo em que se respeitam.⁸³⁷

Já em seu artigo *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China*, Zhang procura analisar os desenvolvimentos recentes do direito constitucional chinês a partir de duas perspectivas, retratadas por ele em dois episódios. Na primeira, ele analisa o “caminho oficial” iniciado pela decisão da Suprema Corte do Povo no caso Qi Yuling, em 2001. Na segunda, no caminho “não-oficial”, analisa-se o desenvolvimento populista simbolizado pelo incidente de Sun Zhigang em 2003, quando o povo, pela primeira vez desde 1989, protestou veementemente contra as ilegalidades de um governo local. Avaliando os sucessos e fracassos de ambas as alternativas, o artigo conclui pela necessidade de arranjos institucionais que possibilitem a efetivação da Constituição e, concomitantemente, o florescimento de uma tradição constitucionalista.

Especificamente sobre a diferença entre os discursos oficiais e as práticas reais chinesas, quanto ao tema da efetivação dos direitos e liberdades, os comentários de Zhang são significativos:

No mais das vezes, leis e regulações na China parecem ter sido promulgadas com vistas ao bem comum, seja por consequência da boa vontade do governante – como exemplo, a consideração benevolente do Imperador Jing de Han – ou como um resultado de constrangimento político; por exemplo, o sistema eleitoral do Congresso Popular que opera em diferentes níveis e em virtude do qual o povo pode exercer seu poder sobre o Estado. Enquanto esta última limitação é providenciada pelo artigo 2 da Constituição de 1982, as eleições são sempre cuidadosamente manipuladas na prática. Que as leis sejam promulgadas apenas ostensivamente com vistas ao bem comum é um fato que pode simplesmente ocorrer da necessidade de aparecer de uma maneira mais atraente perante o povo; por exemplo, as alterações acerca de direitos humanos da emenda constitucional de 2004, as quais foram em resposta à insurreição popular demandando por direitos e liberdade, se encontram inutilizadas em razão da

⁸³⁷ ZHANG, Qianfan. *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: Confucianism, Mohism, and Daoism*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016, p. 202. [Tradução livre].

ausência de qualquer melhora no que diz respeito aos mecanismos institucionais para assegurar direitos.⁸³⁸

Novamente aparece no texto de Zhang o estilo pautado por remissões à tradição chinesa para abordar as questões do constitucionalismo chinês contemporâneo. Nesse autor, tais ilações surgem muito bem articuladas com debate atual do direito à dignidade na China. Desta forma o autor apresenta o seguinte aporte ao debate:

Conforme Mêncio apontou cerca de dois mil anos atrás, “leis não se aplicam sozinhas”, sendo este justamente o porquê da necessidade de um governo moral e institucionalmente vinculado à execução fiel das leis. Os raros sucessos como o caso Sun Zhigang, o incidente Tang Fuzhen, a passeata Xiamen, quando mensurados contra o bem maior número de falhas no dia-a-dia da vida pública chinesa ilustram que a luta por direitos pode ser uma luta rumo à subida de um morro extremamente íngreme sem o suporte institucional adequado. Ainda que o povo seja a força motriz final por trás de todas as boas causas, ele não consegue alcançar nenhum destes objetivos por meio de protestos anárquicos; pelo contrário, protestos, demonstrações, e outros modos de expressar e vindicar seus interesses necessitam da proteção por meio de arranjos institucionais efetivos, como eleições periódicas de funcionários públicos, liberdade para a formação de grupos políticos a competir pelo apoio dos constituintes, pesos e contra-pesos entre os vários centros de poder, e o controle de constitucionalidade por tribunais imparciais. Longe de questionar a supremacia política e constitucional do povo, essas instituições estabelecem o contexto com o qual se dá à participação popular concretas substância e efeito dentro da ordem constitucional. Para transformar sua constituição em constitucionalismo, a China necessita de um conjunto de arranjos institucionais que mantenha seu governo responsável perante seus cidadãos, de modo que ele concretize fielmente a Constituição e as leis; ainda mais importante, necessita-se de cidadãos ativos, suficientemente maduros e corajosos para demandarem eles próprios seus direitos via essas instituições.⁸³⁹

Numa toada semelhante, Dan Wei, professora de História do Direito da Universidade de Macau, em seu artigo *O Pluralismo Jurídico na China*, após revisar a literatura a respeito dos estudos acerca da convivência de diferentes ordens legais (e evidentemente, diferentes culturas normativas) em um mesmo território, destaca as especificidades do caso chinês e como estas

⁸³⁸ ZHANG, Qianfan. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n° 4, p. 950-976, 2010, p. 954. [Tradução livre]

⁸³⁹ ZHANG, 2010, p. 975-976. [Tradução livre].

particularidades afetam o esforço de implementar um Estado de Direito, formal e substancialmente, na China.⁸⁴⁰

Em uma perspectiva um pouco mais otimista que a de Zhang, Wei explica que, após uma total depreciação do papel do Direito na construção da sociedade, dada na Revolução Cultural (referindo-se ela a um niilismo jurídico chinês exponencialmente potencializado neste período), a China, nas últimas duas décadas, vem construindo as bases para um contexto não apenas de respeito formal à lei, mas de respeito substancial aos direitos humanos básicos. Ela assim complementa:

O Estado de Direito necessita tanto de requisitos formais como dos requisitos substanciais. Seja qual for a posição ou o critério adoptado, os requisitos formais na perspectiva positivista garantem a efectividade institucional do Direito, isto é, de uma ordem jurídica (seja ela boa ou má), diferente das normas religiosas, morais e costumeiras, que somente funciona com um conjunto de instituições e normas necessárias. A construção de um sistema jurídico formalmente satisfatório, destacando-se a função instrumental do Direito visando aperfeiçoar a sociedade, não significa a ausência da possibilidade de caminhar para um Estado de Direito substancialmente qualificado, desde que os princípios fundamentais e o espírito da justiça e da moral, sejam nutridos e o fim do Direito seja o seu empreendimento (“dever ser” v. “ser”). Na realidade, isso constitui um modelo de desenvolvimento para os países em transição como a China. A convicção do ‘primado da lei’ ou ‘Estado do Direito’ forma-se quotidianamente na sociedade chinesa, e é determinada em grande medida pelos progressos da legislação, e do respectivo cumprimento.⁸⁴¹

Também com um olhar mais positivo, mas igualmente consciente do *gap* entre norma posta em abstrato e práticas efetivas em concreto relacionadas a direitos e garantias na China, está Zhoujun Wang, professor de Direito da Universidade de Suzhou. Em seu artigo intitulado *Democracy, rule of law and human rights protection under gradually developed constitutionalism*, procura analisar a evolução gradual do Estado de Direito na China, com o aumento da proteção de direitos humanos, especialmente no que diz respeito à promulgação de legislação específica possibilitando o

⁸⁴⁰ Especificamente quanto à complexidade da convivência da Constituição Chinesa para com as Leis Básicas de Hong Kong e Macau, ver, também da mesma autora, WEI, Dan. Soberania Nacional e Autonomia Territorial: reflexão sobre o Constitucionalismo Chinês e Leis Básicas de Honk Kong e Macau. *Direito e Cidadania*, Cabo Verde, v. 10, n° 29, p. 239-252, 2009.

⁸⁴¹ WEI, Dan. O Pluralismo Jurídico na China. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 84, p. 303-340, 2010, p. 337.

ajuizamento de ações por atos ilegais cometidos por funcionários do Estado Chinês. O artigo propõe prognósticos, de como as atuais conquistas podem se desenvolver, e quais as condições necessárias para tanto. O autor apresenta uma avaliação de que há uma ampliação da presença dos direitos humanos como valor relevante no cotidiano da população chinesa:

Apenas quando as ideias de direitos humanos, democracia, e Estado de Direito estiverem profundamente enraizadas na sociedade, poderá o constitucionalismo realmente possuir vitalidade. Da abolição do sistema de detenção para investigação resultante do caso Sun Zhigang, à proteção por parte de muitos cidadãos de sua propriedade privada valendo-se da Constituição, podemos ver que a consciência quanto a direitos humanos se estendeu do círculo das elites aos cidadãos ordinários, e que os direitos humanos deixaram de apelar à um pequeno grupo de pessoas, passando a ser a busca da maioria. Este é um processo gradual, o qual é significativo, ainda que silencioso.⁸⁴²

Também na mesma linha de procurar ver, na história da China, um sentido próprio da vinculação do constitucionalismo chinês à ideia de dignidade, mas adotando um olhar evidentemente Pró Partido e Pró Governo, portanto de aspecto bastante laudatório em relação às últimas três décadas da vida estatal chinesa, é a perspectiva de Junru Li, Vice-presidente da Sociedade para Estudos sobre Direitos Humanos da China.

Em texto de 2012, Li busca sumarizar a evolução da compreensão chinesa sobre direitos humanos. Assim, identifica-se a centralidade dos horrores da Revolução Cultural como evento de importância nacional para alterar a compreensão a respeito do valor dos direitos humanos, a suscitar e animar a promoção das reformas iniciadas em 1978. Tal processo passou, especialmente, pela busca por corrigir, segundo o autor, os erros cometidos durante a Revolução Cultural e a construção de uma interpretação chinesa dos direitos humanos, a partir da centralidade do direito a subsistência.

Após a fundação da República Popular da China, os direitos humanos do povo chinês gradualmente mudaram de requerimentos a princípios-diretores do cotidiano. Esta é a realidade histórica. Ainda que no processo de seu desenvolvimento nós também tenhamos experimentado caminhos tortuosos e cometido equívocos, especialmente aqueles referentes à violação de direitos humanos em

⁸⁴² WANG, Zhoujun. Democracy, rule of law and human rights protection under gradually developed constitutionalism – by clue of administrative law. *Frontiers of Law in China*, v. 2, n° 3, p. 345-346, s/a. [Tradução livre].

larga escala durante o período da Revolução Cultural. Começando em 1978, liderado por Deng Xiaoping, o Partido Comunista da China reabilitou todos os casos injustos e restaurou os direitos humanos esmagados durante o período de extrema esquerda. Concomitantemente, o Partido decidiu focar todas as forças para desenvolver a economia, estabelecendo sistemas em aspectos econômicos, políticos, culturais e sociais, como a proteção e melhoramento da vida das pessoas, com a manutenção da dignidade humana, começando a grande marcha rumo ao ideal de modernização. Foi em meio a este processo de desenvolvimento que o povo chinês resolveu seus problemas em vestimenta e comida, passando a se desenvolver a partir da obtenção do direito de existir. Ele caminha rumo aos direitos humanos básicos estabelecidos pela Constituição passo-a-passo, promovendo o processo de construção legal e democrática. Todas essas reformas e desenvolvimentos promoveram grandemente o desenvolvimento da causa dos direitos humanos na China e da teoria dos direitos humanos com características chinesas.⁸⁴³

Cabe ainda destacar o trabalho do Professor de Teoria do Direito da Universidade de Pequim, Shigong Jiang. Em recente artigo procura argumentar pelo caráter estrutural em toda e qualquer ordem legal da dicotomia entre uma constituição escrita e uma constituição não-escrita, sendo a primeira uma das formas de manifestação da segunda, intimamente relacionada à realidade política de cada nação. Mas não tão somente. As constituições não-escritas condicionariam e determinariam a aplicação prática dos dispositivos constitucionais, de modo que as pesquisas em direito constitucional, se desejosas de assumir um caráter científico e não-ideológico, deveriam se voltar para a sistematização das constituições não-escritas. Especialmente na China, isto implicaria na abdicação de se denunciar ou acusar a República Popular da China de não se conformar com os ideais abstratamente importados do Ocidente, reconhecendo a importância da realidade constitucional para a ascensão do país a sua atual posição internacional, bem como seu papel na continuidade desta trajetória.⁸⁴⁴

⁸⁴³ LI, Junru. *Cultural transformations in China and progresses in Human Rights Cause*. In: China Society for Human Rights Studies (ed.). *Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. Pequim: China intercontinental Press, 2012, p. 104. [Tradução livre].

⁸⁴⁴ JIANG, 2010, p. 14. O autor destaca: “Sob a influência do constitucionalismo desenvolvido na Tradição Iluminista Ocidental, no seu processo de construção nacional, os países em desenvolvimento foram compelidos a adotar uma constituição escrita em acordo com os padrões ocidentais; caso contrário, eles não seriam reconhecidos pela comunidade internacional ocidentalizada (mais proeminentemente as Nações Unidas) e não sucederiam em seus projetos nacionais. Países socialistas chegaram a dotar constituições mais radicais quanto à proteção dos direitos humanos do que as dos países ocidentais de modo a provar a superioridade do socialismo sobre o capitalismo. Consequentemente, um número de países

Não obstante, Jiang, em sua análise do estado de coisas do atual pensamento constitucional chinês, acaba por reconhecer que o constitucionalismo chinês se encontra em sua maioria estruturado a partir de referências ao constitucionalismo de modelo ocidental. Assim, tanto aqueles que propugnam por colocar abaixo o atual texto constitucional para erigir daí uma nova Constituição mais democrática e verdadeiramente comprometida com direitos de dignidade, quanto aqueles que pensam o problema constitucional chinês como um problema de aplicabilidade do texto pelos Tribunais, quanto ainda aqueles que propugnam por revisões pontuais no modelo constitucional chinês, estão, em sua grande maioria, condicionados a aplicar ideias ocidentais na interpretação dos conceitos constitucionais chineses, segundo Jiang. Veja-se:

Desde a fundação da nova China, a constituição passa por constantes revisões. Deixando de lado levantes sociais e políticos, o que vem movendo este repetitivo revisionismo tem sido a intenção de se conformar com os padrões ideológicos internacionais, sejam aqueles impostos pela União Soviética ou pelo mundo Ocidental. Em um tal contexto, foram três as principais escolas de direito constitucional chinês que se desenvolveram. A primeira, embasada em uma ideia de “constituição normativa”, tem os documentos constitucionais dos países ocidentais como a medida universal, dela se valendo para criticar a constituição chinesa em seu fracasso em se conformar. Esta “escola de revolução constitucional” quer revisar profundamente o direito constitucional ou aprovar uma nova constituição de modo a se adaptar aos então chamados padrões universais. A segunda escola, a qual vem sendo influente desde 2000, é da perspectiva pela “adjudicação constitucional”, a qual demanda pela conformação da realidade política ao texto constitucional. Seus proponentes lutam pela aplicação da constituição pelas cortes, esperando assim cobrir o abismo entre o texto da constituição e a realidade política através do controle judicial de constitucionalidade [...]. A terceira escola também parte da preocupação com os “textos constitucionais”, argumentando que os estudiosos de direito constitucional deveriam se centrar na interpretação daqueles textos. Contudo, visto que aqueles que advogam tal perspectiva falham em ter por relevante o espírito político e a realidade China, eles não conseguem evitar a aplicação de ideias Ocidentais na interpretação de conceitos constitucionais chineses e, conseqüentemente, limitam o alvo de seus comentários à proteção de direitos civis. Esta escola, os “revisionistas”, hoje se constitui como quase que um senso comum entre os juristas.⁸⁴⁵

não-Ocidentais se sentiram forçados a se desviar das suas tradições culturais nacionais, copiando as “normas constitucionais” ocidentais, em negligência ao fato de que a constituição é nada mais que a expressão formal das organizações políticas reais que emergem em uma cultura em particular”. [Tradução livre].

⁸⁴⁵ JIANG, 2010, p. 15. [Tradução livre].

As conclusões de Jiang também são no sentido da busca pelo desenvolvimento de um constitucionalismo chinês autêntico e autônomo aos modelos constitucionais tipicamente ocidentais. A análise do autor se dá nos seguintes termos:

Se nós almejamos realizar uma verdadeira contribuição à tianxia, à civilização humana, nós não podemos simplesmente copiar o Ocidente. Pelo contrário, nós devemos nos esforçar ao máximo para contribuir à comunidade internacional, explorando a possibilidade de um novo tipo de civilização moderna. Se o sistema constitucional chinês não pode fazer nada senão copiar o modelo Anglo-Americano, isto não só seria uma grande perda para a China, mas também para a civilização humana. Hoje, a ascensão da China se transformou em um evento significativo da história da humanidade. A exploração deste fenômeno indubitavelmente colocará em questão muitas suposições teóricas estabelecidas desde a ascensão do Ocidente moderno, compelindo a significantes inovações intelectuais. Nós devemos levar a ascensão da China a sério, e nós deveríamos abordar seriamente o sistema constitucional que possibilitou o sucesso chinês. Neste sentido, os estudiosos Ocidentais começaram a pesquisar acerca do “modelo chinês” ou do “caminho chinês”, encarados enquanto desafios à civilização Ocidental. Infelizmente, as inovações dos próprios estudiosos chineses estão atrasadas em relação à criatividade prática do nosso povo e das decisões de nossos governantes. [...] durante a ascensão Chinesa, se nossos constitucionalistas virarem de costas à realidade política da China, ignorando a constituição não-escrita, eles estarão abandonando suas responsabilidades enquanto intelectuais chineses.⁸⁴⁶

4.2.2.3 – Os desafios da construção de uma cultura constitucional chinesa de respeito a dignidade humana na tríplice susperação da tradição milenar, da tradição socialista e da tradição ocidental, segundo Chen e Liu

Em seu livro *Chinese Law: Context and Transformation*, Jianfu Chen, professor de Direito da La Trobe Law School, propõe uma apresentação sintética, porém historicamente orientada, do estado atual do direito chinês. O autor analisa os diversos âmbitos do direito chinês, com enfoque no confronto entre os impulsos de transformação e a permanência da tradição chinesa, seja aquela milenar, seja aquela mais recente, relativa a uma legalidade socialista.

⁸⁴⁶ JIANG, 2010, p. 43. [Tradução livre].

Chen ressalta, quanto à Constituição, que o capítulo segundo do texto constitucional somente passou a realmente funcionar como uma carta de direitos fundamentais a partir da reforma de 2004. Isso demonstra o caráter conturbado da temática, até então, no contexto chinês. O autor pontua que a expressão “direitos humanos” era sistematicamente substituída pela expressão “direitos dos cidadãos”, o que implica numa sujeição desses direitos a questões de Estado e a uma possível seletividade. O autor identifica uma mudança a esse respeito a partir de 2004, mas com ressalvas:

Contudo, nós não estamos prontos para ver o advir de uma era de direitos na China. Através dos esforços de muitas organizações internacionais de direitos humanos, ativistas de direitos humanos, e dissidentes chineses, tornou-se claro o grande abismo entre direito e realidade. Mesmo os direitos no papel não deixam de conter grandes falhas em suas fundações conceituais e teóricas, bem como nos constrangimentos impostos à sua efetivação. Deve-se ser cauteloso, portanto, ao se analisar estes direitos. Primeiro, não há dúvidas de que a proteção dos direitos fundamentais ganhou ascendente importância na Constituição de 1982, especialmente após a revisão de 2004. [...] liberdades informais, particularmente nas esferas econômicas, foram expandidas de maneira bem considerável desde 1978, juntamente às bênçãos da liberalização econômica. Ao se reconhecer estes desenvolvimentos positivos, não se deve perder de vista as motivações iniciais para tanto. Ainda que a inclusão de provisões a respeito da dignidade e segurança pessoais tenham resultado de uma preocupação genuína com o tratamento cruel sofrido por milhões de chineses, incluindo os oficiais do alto escalão da liderança chinesa durante a Revolução Cultural, a ênfase da proteção nos direitos dos cidadãos foi largamente motivada por considerações envolvendo a reconstrução da legitimidade do partido, fortalecendo sua dominação, bem como o estabelecimento de uma ordem social estável para um desenvolvimento econômico suave – todas estas considerações relevantes na atual prática de direitos humanos da China contemporânea.⁸⁴⁷

Chen, em sua análise chama atenção para o peso do princípio marxista da “Unidade entre Direitos e Deveres” na configuração do sistema constitucional chinês de proteção de direitos e liberdades. O autor afirma que este princípio mitiga o nível de proteção de direitos na china, pois as práticas estatais e as autoridades governamentais dão mais peso à dimensão dos deveres que a dos direitos, ainda que um número crescente de acadêmicos chineses enfatizam cada vez mais em seus discursos a importância dos direitos. Para Chen, o princípio pode ser inferido diretamente da Constituição,

⁸⁴⁷ CHEN, Jianfu. *Chinese Law: Context and Transformation*. Boston: Martin Nijhoff Publishers, 2008, p. 130-132. [Tradução livre].

em seu artigo 33, o que reforça a resistência das autoridades governamentais a mudanças quanto a esta questão. Chen ressalta ainda que, outros dispositivos da Constituição reforçam a posição governamental e dificultam as transformações. Tal é o caso do artigo 42 da Constituição que, ao tratar o trabalho ao mesmo tempo enquanto direito e dever acaba por reforçar a leitura governamental.⁸⁴⁸ As consequências deste estado de coisas são apresentadas por Chen a partir de dois outros significativos exemplos:

A ênfase na “unidade de direitos e deveres” pode ser, e vem sendo, aplicada para restringir enfaticamente o exercício de direitos constitucionais. Por exemplo, as demonstrações de 1989 da Praça Tiananmen foram condenadas pelas autoridades com base no fundamento de que as demonstrações infringiram os direitos a segurança pessoal, destruíram propriedade estatal e violaram os interesses de Estado. Assim, atividades “patrióticas” viraram atividades “contrarrevolucionárias”. A ênfase em interesses coletivos também pode ser estendida sem quaisquer restrições. Assim, a abolição do direito de greve, uma provisão incorporada na Constituição de 1978, ainda que claramente reflexa da busca por ordem social necessária ao desenvolvimento econômico, foi feita em nome dos interesses coletivos de toda a nação.⁸⁴⁹

Chen ressalta outro aspecto problemático da constitucionalidade chinesa, com raízes tanto na tradição milenar, quanto na experiência marxista-maoísta, consubstanciada na quase ausência de mecanismos de controle do Estado quanto ao respeito a direitos humanos básicos. Para ele, esta questão dá sinais de transformações desde 2004. As mudanças, porém, ainda são insipientes quanto a este importante aspecto da construção de uma sociedade respeitadora dos direitos humanos segundo Chen. Sobre isso o autor afirma:

De fato, poucas são as evidências para se sugerir que o controle dos poderes estatais era uma preocupação por trás da criação da Constituição, senão o esforço limitado para dividir o poder entre vários órgãos estatais. De outro lado, a Constituição deixa claro que os interesses do Estado, os quais devem ser interpretados pelas autoridades estatais elas mesmas, estão acima daqueles dos indivíduos. Consequentemente, se os direitos presentes na Constituição parecem similares aos das constituições ocidentais, eles são, de fato, de uma qualidade distinta. Finalmente, não há nenhuma menção ao direito dos cidadãos ou de organizações de questionar a constitucionalidade das ações governamentais, ou qualquer mecanismo estabelecido para a efetivação de direitos constitucionais. Deste modo, sugere-se que as provisões da Constituição não podem

⁸⁴⁸ CHEN, 2008, p. 133.

⁸⁴⁹ CHEN, 2008, p. 133.

ser diretamente efetivadas em um tribunal de justiça. Assim, a proteção e o exercício dos direitos dos cidadãos dependem mais do desenvolvimento de estatutos individuais como, por exemplo, os referentes a direito administrativo, do que da própria Constituição.⁸⁵⁰

Já no artigo *The Transformations of Chinese Law*, Jianfu Chen busca sumarizar o processo de modernização do direito chinês, alocando seu começo já com a virada do séc. XX, e então acompanhando sua trajetória até a República Popular da China e daí em diante, de modo a melhor apreender o atual estado do sistema jurídico chinês, as principais influências da jurística, os problemas centrais à continuidade de sua modernização e a posição oficial a respeito.

A constatação de um abismo entre texto e realidade, sistema e prática, é um lugar-comum para um número considerável de juristas chineses. Para Jianfu Chen, a raiz deste problema é o poder, ou, melhor dizendo, a falta de pesos e contrapesos quando de seu exercício, e as consequências disso para proteção de direitos da pessoa. O resultado seria, em termos gerais, a “privatização dos poderes públicos”, o que tem por consequência, por exemplo, a crítica da dificuldade de se efetivar a lei independentemente, por meio da devida mediação de instituições justas que deveriam estar interpostas na relação entre indivíduos e governo. Ainda que, a esse respeito, se observe os esforços de alguns órgãos, a nível central ou local, infelizmente, tais esforços não conseguem transcender os casos específicos para os quais são inicialmente mobilizados, a colocar dúvidas, no entender do autor, quanto à própria importância de se adotar leis especificadoras de direitos no atual sistema chinês.⁸⁵¹ Parece que, de certa forma, as instruções governamentais e as instruções do Partido ainda têm mais peso prático nas tomadas de decisão junto à jurisdição chinesa que as próprias leis abstratas, muito mais voltadas para serem uma resposta discursiva às expectativas de reconhecimento de direitos, que um instrumento de transformação propriamente dito.

⁸⁵⁰ CHEN, 2008, p. 135. [Tradução livre].

⁸⁵¹ CHEN, Jianfu. *The Transformations of Chinese Law*. *Hong Kong Law Journal*, v. 37, n° 2, p.689-739, 2007, p. 738.

Em artigo que se propõe a atualizar este debate, oito anos depois da análise feita por Chen em 2007, o autor, em suma, se refere aos quase dez anos transcorridos como uma “década perdida” no que diz respeito à constitucionalização substantiva do país. Chen afirma que a escolha do Partido por uma “modernização não segundo as expectativas ocidentais, mas segundo a realidade e as necessidades dos chineses”, infelizmente, significou nos últimos anos, não o engajamento por transformações humanitárias e sociais ao modo próprio, mas, isto sim, a preocupação por manter sobre estrito controle do Partido o que se pode considerar na China como as “necessidades” dos chineses. Assim, para o autor, a proposta de modernização apresentada para a última década direcionou-se muito mais à manutenção da liderança e controle consolidados do Partido, do que o estabelecimento de um sistema efetivo de freios e contrapesos sem os quais continua a ser tarefa inglória e luta e reivindicação por direitos na China.⁸⁵²

Um exemplo dessa forma de encarar a questão dos direitos a partir do princípio da unidade entre direitos e deveres propagado pelas autoridades chinesas, e de como essa leitura encontra ecos na intelectualidade chinesa pode ser encontrado em autores como Huawen Liu, Diretor Assistente do Instituto de Direito Internacional da Academia Chinesa de Ciências Sociais.

Liu possui uma abordagem constitucional muito consertada com a perspectiva governamental chinesa; e, ademais, verticaliza essa perspectiva na abordagem do tema do direito à dignidade. Liu explica e analisa o que seria a “teoria da dignidade” adotada, ainda que implicitamente, pelas autoridades chinesas. Para o autor, a particular interpretação oficial a respeito dos direitos humanos e da dignidade humana está em completa pertinência para com a realidade política chinesa. Assim, a preferência concedida à dimensão material da dignidade humana, então traduzida na ênfase nos direitos econômicos e sociais, seria uma exigência das circunstâncias nas quais a República Popular da China se vê inserida. Por fim, de todo modo, a dita

⁸⁵² CHEN, 2015, p. 922.

“teoria”, em razão de sua pertinência, mostraria um acertado caminho para o desenvolvimento da causa dos direitos humanos na China.⁸⁵³

Recentemente, em 2010, o então primeiro-ministro chinês, Wen Jiabao, na terceira sessão do nono Congresso Nacional Popular, declarou que todas as decisões e ações tomadas e adotadas pelo governo chinês têm em vista promover a felicidade e a dignidade dos cidadãos, bem como a promoção de uma sociedade justa e harmoniosa. Segundo Huawen Liu, a mídia chinesa não demorou em apelidar tais declarações por “teoria da dignidade” da liderança chinesa. Tal teoria, em seu entender, não deixaria de estar em acordo com a política externa da República Popular da China, no que diz respeito a direitos humanos, em razão de sua coerência ou harmonia para com a natureza atribuída aos direitos humanos nos diversos instrumentos internacionais, seja das Nações Unidas, seja de outras comunidades ou organizações, dos quais a China passou a compactuar. É sintomática, por exemplo a seguinte passagem do texto de Liu sobre a dignidade:

A dignidade real não vem das conquistas que só beneficiam a si próprio, ou que efetivam objetivos ruins, como o beneficiar-se em detrimento dos demais e assim por diante. Ela vem do assumir das responsabilidades que são próprias ao indivíduo, aos seus próximos, à nação e à sociedade, da salvaguarda legal de direitos, sem silêncios ou omissões desnecessárias, compromissos e concessões, e da adequada consideração e tratamento a outrem e às responsabilidades sociais.⁸⁵⁴

Mais ainda, para Huawen Liu, a “teoria da dignidade” avançada pelas autoridades chinesas estaria em acordo com as demais posições por elas declaradas, como a de um governo orientado para o povo, e de um desenvolvimento econômico e social cientificamente orientado. O que, em última instância, comprovaria que o governo chinês protege e respeita os direitos humanos, e que seu modo de fazê-lo contribuiria significativamente para o futuro desenvolvimento da causa dos direitos humanos na China.⁸⁵⁵ Leituras como a de Liu, em nosso entender coadunada com o discurso das

⁸⁵³ LIU, Huawen. The Establishment of Human Rights Concepts Based on “Theory of Dignity”. In: *Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 360-361, 2012.

⁸⁵⁴ LIU, 2012, p. 367-368. [Tradução livre].

⁸⁵⁵ LIU, 2012, p.368.

estruturas de poder na China expressam a dificuldade de superação da herança política chinesa, tal como expressado por Chen.

4.2.2.4 – Estudos destinados a pensar as formas, práticas e ajustes concretos para o incremento da proteção do direito à dignidade, nas análises de Yang e Zhan

Em texto dedicado à dignidade humana enquanto direito na China, Chengming Yang, Diretor do Centro de Estudos em Direitos Humanos do Instituto de Tecnologia de Pequim, procura, inicialmente, identificar o status jurídico do conceito na ordem legal da República Popular da China, para então propor as maneiras mais adequadas de desenvolvê-lo e realizá-lo na prática social chinesa. Assim, analisa que, em razão da impossibilidade, na China, de aplicá-la direta e judicialmente, a ênfase da produção legal e acadêmica deveria estar voltada para a concretização da dignidade em direitos específicos, atribuídos a indivíduos e coletividades concretas. Ou seja, tendo em vista as características do sistema constitucional chinês propõe-se que o foco das políticas de efetivação da dignidade na China não seja, de imediato, a dignidade em si mesma, mas a sua especificação em direitos concretos e melhor delimitados, de mais fácil aplicabilidade e efetivação. Assim:

Em razão do fato de inexistir, até o presente momento, qualquer precedente na jurisdição constitucional chinesa, a dignidade humana é inaplicável, tanto enquanto direito fundamental constitucional, como enquanto uma cláusula generalizada abarcando todos os direitos fundamentais. Assim, é mais racional, ou pelo menos mais condizente com as realísticas circunstâncias da China, detalhar a “dignidade humana” estipulada na Constituição em direitos concretos por meio de leis subordinadas. Concretamente, esta perspectiva reconhece a supremacia da dignidade humana enquanto um princípio constitucional e o utiliza de base para torná-la aplicável na prática judicial, ao detalhá-la em direitos concretos. Em última instância, quando a interpretação judicial ou a legislação administrativa não conseguirem resolver reais problemas da vida, a dignidade humana pode ser utilizada como a máxima cláusula geral. Contudo, limites procedimentais e à subjetividade devem ser postos à sua aplicabilidade. O autor acredita que só órgãos legislativos podem servir como sujeito da interpretação, e que nem as agências judiciais ou administrativas possam interpretar ou aplicar cláusulas constitucionais. Casos de violação da dignidade humana, mas sem nenhum fundamento legal, devem ser liados pela legislatura, de uma maneira centralizada, oferecendo relevantes interpretações

legislativas, e, assim, oferecendo fundamentos legais para novos casos na prática.⁸⁵⁶

Infere-se, portanto, que o Sistema judicial chinês, em razão de sua omissão na aplicabilidade direta de cláusulas constitucionais gerais ou direitos fundamentais não regulamentados, somente participará da garantia da dignidade na China quando existir uma forte, detalhada e precisa legislação voltada para garantias concretas relativas à dignidade mais que para a dignidade em si mesma. Completa o autor:

A dignidade humana é um direito que se conquista com o nascimento. O completo respeito à dignidade de seus cidadãos por parte de um país é um marco importante de seu nível de democracia. Respeitar e proteger seus cidadãos é a responsabilidade obrigatória de um país. Os países devem se dedicar a proteger a dignidade dos cidadãos de qualquer violação, e promover sua decente subsistência e desenvolvimento. Se a dignidade humana fosse apenas o princípio supremo da constituição, seu papel seria limitado, dificultando sua realização na vida real. Portanto, a dignidade humana deve ser detalhada em direitos concretos, atribuídos a indivíduos por meio dos trabalhos legislativo, administrativo e judicial de um país, enquanto a salvaguarda destes direitos concretos marca a passagem de uma ênfase na “prosperidade da nação” à “prioridade do povo”.⁸⁵⁷

De outra parte, Zhongle Zhan, Diretor do Centro de Pesquisa de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Pequim, em recente trabalho, busca identificar os princípios que informaram o avanço da causa dos direitos humanos na China, para disto passar à proposição de dimensões a serem melhoradas, de modo a contribuir para o avanço dos direitos humanos no país, sem perder de vista suas especificidades e necessidades.

Em geral, o progresso da dignidade humana no direito chinês dos direitos humanos é um processo dinâmico e profundo; conquistas importantes foram feitas a esse respeito, e nós devemos constantemente aumentar nosso objetivo de proteger por completo a dignidade humana e vários outros direitos humanos. No futuro, nós continuaremos a expandir o escopo institucional da proteção da dignidade humana nos seguintes três aspectos: Primeiro, o constante melhoramento dos *níveis de proteção*. [...] Leis e regulações sobre direitos humanos podem melhorar a proteção da dignidade humana na legislação e na implementação, com o melhoramento dos recursos e condições institucionais. [...]. Segundo, introduzindo e estabelecendo *mecanismos de proteção*. [...] Por exemplo, o

⁸⁵⁶ YANG, Chengming; GUO, Yugheng. The value and realization of human dignity. In: *Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 383-384, 2012. [Tradução livre].

⁸⁵⁷ YANG; GUO, 2012, p. 386. [Tradução livre].

estabelecimento e o melhoramento de estações de gestão de salvamento civil, abrandamento da gestão administrativa, busca e implementação de novos sistemas de segurança social nas áreas rurais, novos planos de saúde e planos de saúde comunitários, todos exemplos da introdução e estabelecimento de novos tipos de sistemas de proteção. Terceiro, inovação e expansão de *arranjos institucionais*. Com o aumento dos recursos utilizáveis e o constante melhoramento e vivência do sentido da dignidade, a proteção da dignidade humana continuará a assumir novos espaços institucionais, não se limitando às normas sobre direitos humanos desenvolvidas em outros países, ou em algum modelo institucional idealizado. Enquanto nós precisarmos continuar a aumentar a avaliação subjetiva e as expectativas sobre a dignidade humana, melhorando as condições objetivas, nós precisaremos novos modelos e novas instituições para proteger os novos apelos de proteção à dignidade. O que envolve mudanças mais profundas. É necessário, portanto, garantir posições mais importantes à população, enquanto principais jogadores. No futuro, muito possivelmente será possível abandonar o atual modo de administração pública, avançando para melhores arranjos institucionais. Para tanto, nós devemos ter a postura reformadora para nos mantermos no ritmo da era, avançando rumo a novas inovações na causa da proteção da dignidade humana e dos direitos humanos.⁸⁵⁸

4.2.2.5 – *Os discursos laudatórios sobre o papel do Partido Comunista Chinês na configuração da proteção dos direitos humanos na China, segundo Ye e Xieling Zhang*

Xiaowen Ye, da Sociedade para Estudos em Direitos Humanos da China, propõe responder três perguntas recorrentes no cenário internacional a respeito da causa dos direitos humanos na China. A principal delas, a informar todas as demais, diz respeito ao papel do Partido Comunista da China em relação ao Estado chinês e, conseqüente e especificamente, o desenvolvimento e proteção dos direitos humanos no país. Para o autor, é o Partido Comunista que possibilita a tradução dos valores universais a determinar o conteúdo dos direitos humanos à realidade concreta chinesa, em razão de seu comprometimento para com o povo chinês. Este autor portanto, traz uma leitura favorável ao papel constitucional do Partido na proteção dos direitos humanos.

⁸⁵⁸ ZHAN, Zhongle. Human Dignity and Human Rights Protection. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p.394-396, 2012. [Tradução livre].

Para Ye, a importância e a centralidade do Partido Comunista da China não pode ser ignorada ou menosprezada, estendendo-se, por evidente, às interpretações disseminadas e concorrentes a respeito dos direitos humanos pela jurística chinesa. Neste sentido, Xiaowen Ye, por exemplo, defende, em tons de causalidade pretensamente científica, que o Partido protege os direitos humanos em razão de seu princípio fundamental de agir a serviço do povo. Mais importante, contudo, é a sua posição privilegiada para escolher a maneira correta de efetivar os direitos humanos, em acordo com a lógica histórica e as condições nacionais da China, com vistas à sua libertação e promoção de seu desenvolvimento econômico e social. Tal curso de ação, embasado na doutrina científica de desenvolvimento adotada pelo Partido, no entender do autor, rompe com a dicotomia supostamente tradicional quando da efetivação dos direitos humanos, isto é, entre indivíduo e Estado. Assim, respeitar-se-ia a universalidade dos direitos humanos ao dar prioridade ao direito à vida e à subsistência; a igualdade de participação e desenvolvimento ao garantir um desenvolvimento econômico e social constante e acelerado; a liberdade do povo pela proteção da ordem pública. Em suma, ao se desenvolver econômica e socialmente, a República Popular da China, liderada pelo Partido Comunista da China, estaria caminhando, segundo o autor, rumo à harmonização e à emancipação humana, com o conseqüente progresso de sua causa quanto a direitos de dignidade.⁸⁵⁹

Já Xiaoling Zhang, Diretor do Centro de Estudos em Direitos Humanos da Escola do Partido Comunista da China, procura explicar de que modo o governo chinês vem procurando proteger e respeitar os direitos humanos, com sua ênfase em direitos econômicos e sociais, e de que modo tal curso de ação tem gerado resultados positivos, de modo a se poder falar em um progresso da causa dos direitos humanos na China.

⁸⁵⁹ YE, Xiaowen. Three questions on human rights in China. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (Ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 421-422, 2012.

Na interpretação de Xiaoling Zhang, a dignidade está enucleada, no sistema constitucional chinês, no direito à subsistência. Porém, para este autor, “o direito à subsistência se traduz no direito do povo de viver com decência, cobrindo todo o conteúdo básico dos direitos à vida, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais”.⁸⁶⁰ Assumí-lo enquanto o mais importante dos direitos humanos é uma exigência das “circunstâncias concretas” da China, as quais se encontram adequadamente levadas em consideração pelo governo chinês e pelo Partido Comunista da China, ao determinarem que o desenvolvimento econômico é a tarefa central, de mais suma importância, e primeira prioridade do governo. Para o autor, por consequência, desde 1978, muitos são os ganhos da população chinesa. Por exemplo, 200 milhões de pessoas foram retiradas da pobreza, a expectativa de vida aumentou para 73 anos e meio, bem como toda a população chinesa, de todas as idades, cursou os nove anos compulsórios do ensino fundamental, no que diz respeito ao ano de 2010. O autor acrescenta que as garantias de subsistência vêm sendo incrementadas na China com melhoramento e ampliação das condições de acesso a moradia, emprego e serviços básicos. Para o autor, a atual política vem desenvolvendo o direito a subsistência em direitos econômico, sociais e culturais, tudo por meio da atuação positiva do Partido Comunista Chinês.⁸⁶¹

4.2.2.6 – Ceticismo quanto ao discurso ocidental dos direitos humanos e as marcas de um olhar marxista na atualização do debate sobre direitos humanos na China, segundo as leituras de Yunhu, Sun e Wu

Dong Yunhu, Secretário da Sociedade para Estudos em Direitos Humanos da China, considerado por muitos como a maior autoridade em direitos humanos na China, em seu texto programático e estratégico, busca identificar a importância dos direitos humanos enquanto discurso legitimador da dominação hegemônica do Ocidente na comunidade internacional, de que

⁸⁶⁰ ZHANG, Xiaoling. Experience of China in respecting and guaranteeing human rights. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (Ed.). Pequim: China intercontinental Press, 2012, p. 434.

⁸⁶¹ ZHANG, 2012, p. 434-437.

maneira esta situação pode ser contestada, e eventualmente invertida em favor da China e de sua concepção distinta da causa dos direitos humanos.

De certa maneira, quem quer que detenha o direito de discurso e dominação no campo dos direitos humanos ocupa o mais elevado estrato moral, mestre da opinião pública internacional. A luta internacional pelos direitos humanos é, essencialmente, a luta pelo direito de discurso e por dominação. No presente, a comunidade internacional não só está cheia de expectativas quanto ao desenvolvimento chinês, mas também com dúvidas, e os problemas envolvendo direitos humanos são sempre os principais instrumentos utilizados pelo mundo Ocidental para distorcer e difamar a China, enganando a opinião pública internacional. Portanto, a inovação e o desenvolvimento do discurso de direitos humanos chinês e o melhoramento do discurso jurídico de direitos humanos da China não são só os únicos requerimentos para contra-atacar a ofensiva ocidental de direitos humanos, salvaguardando a segurança nacional, mas também o requisito inevitável para melhorar tanto a imagem nacional como seu poder suave, criando um contexto favorável com a opinião pública internacional para a pacífica ascensão da China.⁸⁶²

Pinghua Sun, professor da Universidade de Ciência Política e Direito da China, busca desenvolver e sistematizar, com aportes empíricos, o programa proposto por Dong Yunhu (acima explicitado), ao contrastar as perspectivas chinesa e ocidental, e como o discurso de direitos humanos resultante da segunda acaba por prejudicar e atrapalhar a ascensão da República Popular da China, em sua visão. Os traços fundamentais de uma alternativa chinesa ao discurso ocidental dos direitos humanos buscam ser identificados, e sugestões de como eles podem ser desenvolvidos são propostas, juntamente à promoção da tarefa de desenvolvê-los. Mesmo constatando todos os problemas e desafios da atual sociedade chinesa, Sun constrói um discurso com pretensões performáticas encarando o ocidente como o outro a ser superado e propondo o desenvolvimento dos discursos e das práticas dos direitos humanos na China como estratégia para assumir uma liderança geopolítica. Seguem os termos de sua análise:

Certamente, a China é um grande país em desenvolvimento, com uma população gigantesca, uma relativa escassez de recursos, e sob uma pressão tremenda no campo da proteção ambiental. Somando-se o impacto do sistema legal tradicional chinês e muitos outros fatores, tem-se que, de fato, muitos os aspectos da atual situação chinesa que não são satisfatórios. Portanto, nós precisamos adotar uma atitude

⁸⁶² DONG, Yunhu apud SUN, Pinghua. Chinese Discourse on Human Rights in Global Governance. *The Chinese Journal of Global Governance*, v. 1, p. 192-213, 2015, p. 212. [Tradução livre].

positiva, ousando enfrentar os problemas, não nos evadindo da realidade, e buscando efetivos métodos e modos de resolver esses problemas por meio dos esforços em uníssono de toda a nação chinesa. Nenhum outro poder pode de fato ajudar outro país a resolver seus problemas práticos; assim, para continuar a desenvolver a causa de proteção dos direitos humanos, nosso país precisa se embasar em seus próprios esforços. Portanto, nós precisamos fortalecer as pesquisas em problemas realistas, explorando estratégias e métodos para resolvê-los. Só quando nós nos preparamos adequadamente quanto a este aspecto, nós poderemos nos manter auto-confiantes para enfrentar bravamente os desafios dos poderes do ocidente, com suas acusações e criticismos; e nós levaremos o discurso dos direitos humanos da China à base para ocuparmos a posição comandante do discurso internacional de direitos humanos nas trocas internacionais, alcançando efetividade racional, benéfica e procedimental, comandando a iniciativa e assumindo a liderança no discurso internacional de direitos humanos.⁸⁶³

Por outra parte Xiaohui Wu propõe, em interessante artigo, explicar as particularidades da interpretação chinesa dos direitos humanos, afastando as aparentes deficiências se em comparação com as democracias liberais do Ocidente, ao vinculá-la a sua tradição marxista-leninista, e ao analisar de que modo tal tradição está em acordo com a realidade chinesa.

Wo começa por constatar que, ainda que a Constituição de 1982 inclua muitos dos mesmos direitos das Democracias liberais ocidentais, há deficiências e limitações no texto constitucional chinês mesmo depois de suas reformas, se ele pretende ser a base a proteção completa de direitos civis e políticos na China. Wo exemplifica:

Primeiramente, a Constituição de 1982 não alcança os padrões internacionais acerca de direitos humanos em vários aspectos. Muitos dos direitos e liberdades reconhecidos internacionalmente, como o direito a privacidade, a presunção de inocência até provado o contrário, a liberdade de movimento e habitação, bem como a liberdade sindical não foram incluídos. Também não há qualquer dispositivo correlato à provisão da Declaração Universal e do Pacto de Direitos Civis e Políticos contra a escravidão ou a servidão; tortura, ou tratamentos e punições cruéis, desumanas ou degradantes; e do direito de deixar o país e retornar.⁸⁶⁴

Wo, assim como outros autores já analisados também vê a técnica chinesa de unidade entre direitos e deveres constitucionais uma forma de

⁸⁶³ SUN, Pinghua. Chinese Discourse on Human Rights in Global Governance. *The Chinese Journal of Global Governance*, v. 1, p. 192-213, 2015, p. 211-212. [Tradução livre].

⁸⁶⁴ WU, Xiaohui. Human Rights: China's Historical Perspectives in Context. *Journal of the History of International Law*. v. 4, p. 335-373, 2002, p. 343. [Tradução livre].

mitigação das proteções ali previstas. Wo busca demonstrar as bases deste mecanismo na influência marxista do pensamento constitucional chinês:

O elo entre direitos individuais e o cumprimento de obrigações é consistente com algumas interpretações da ideologia Marxista, a qual entende que direitos derivam de deveres; sem o cumprimento de deveres, não haverá direitos. Direitos são percebidos enquanto recompensas concedidas pelo Estado como uma das dimensões da vida obediente em uma sociedade socialista. [...]. Mais ainda, a Constituição de 1982 enfatiza a noção correlata de subordinação dos direitos individuais aos interesses grupais.⁸⁶⁵

O autor busca identificar a peculiar forma chinesa de encarar a questão da promoção de direitos humanos, por meio de três características fundamentais a marcar o DNA do constitucionalismo chinês, a saber:

Em geral, o discurso sobre direitos humanos da República Popular da China do começo dos anos 90 é permeado por alguns argumentos já há muito sustentados, bem como por inovações, as quais podem ser classificadas em três categorias: Primeiramente, questões de direitos humanos estão em sua maioria dentro da jurisdição doméstica ou da soberania de cada país. Baseando-se neste princípio, criticismos estrangeiros acerca dos direitos humanos na China são interpretados enquanto interferências em seus assuntos domésticos. Segundamente, o desenvolvimento econômico é o fundamento dos direitos humanos e determina a extensão de garantia desses direitos. O direito a subsistência é o direito mais importante de todos os direitos humanos, sem o qual todos os outros direitos estão fora de questão. Em razão de sua enorme população e falta de modernização, o governo chinês teve de dar precedência à alimentação, abrigo, saúde, e educação em detrimento de outros direitos. Terceiramente, os direitos dos cidadãos são inseparáveis de seus deveres para com o Estado, a sociedade, e seus concidadãos. Todo cidadão goza de direitos e, ao mesmo tempo, precisa cumprir com suas obrigações prescritas em lei. Os direitos humanos são sempre sujeitos a limitações em seu gozo, as quais os governos estão legitimados a impor.⁸⁶⁶

Wo busca desvelar as razões pelas quais a problemática do direito à dignidade na China é sempre canalizada para discussão para o direito a subsistência:

Ao tornar todos os direitos humanos equivalentes ao direito a subsistência, e especialmente ao enfatizar o direito a subsistência como o mais importante dos direitos, estando a frente de todos os demais, o governo chinês conseguiu esconder seu histórico negativo de desempenho em direitos humanos em outras áreas. Contudo, se não se apenas foca na real e disfarçada intenção política em torno do debate conceitual acerca do direito a subsistência, ao se buscar a origem da perspectiva chinesa sobre direitos humanos, encontra-se que a promoção do direito a subsistência como o mais importante

⁸⁶⁵ WU, 2002, p. 343-344. [Tradução livre].

⁸⁶⁶ WU, 2002, p. 343-344. [Tradução livre].

direito humano deriva principalmente do pensamento marxista sobre direitos. Uma concepção marxista da história humana sustenta que humanos precisam satisfazer suas necessidades básicas por comida, abrigo, e vestimenta antes de perseguir questões do intelecto e do espírito. Uma das crenças fundamentais do Marxismo é que o nível da subsistência “forma a fundação sobre a qual as instituições Estatais, as concepções legais, arte, e mesmo as ideias religiosas” se assentam. De uma pessoa desiludida e sofrendo por fome dificilmente se pode esperar a opinião de que participação política seria uma prioridade. Esta crença de que a satisfação de necessidades substanciais é muito mais importante do que interesses políticos individuais explica em perspectiva no que sociedades socialistas diferem dos países Ocidentais, especialmente no que diz respeito a direitos humanos.⁸⁶⁷

A ilação da herança marxista com a forma peculiar com a qual os chineses tratam o direito à dignidade, privilegiando o aspecto da satisfação do mínimo existencial e, em geral, calando sobre os direitos civis, de liberdade privada e política, possui função chave na compreensão do papel e alcance do direito à dignidade no constitucionalismo chinês. Sobre isso, Wu apresenta uma feliz análise complementar:

O sistema socialista é anunciado como a promover proteção completa para uma série de novos tipos de direitos, como o direito a moradia, o direito ao trabalho, o direito ao acesso gratuito a serviços de seguridade social. Diz-se que tais direitos são pré-condicionais ao exercício de direitos mais tradicionais, como à liberdade de expressão ou crença. Neste sentido, a teoria Marxista se apropriou do conteúdo básico dos direitos sociais e econômicos. Para uma nação há muito sujeita à crise e caos, pareceu razoável para a República Popular em seus primeiros anos de existência dar prioridade ao direito de subsistência ante outros tipos de direitos. Desde a fundação da República Popular da China em 1949, o sistema econômico socialista da China foi muito bem sucedido em assegurar a equitativa distribuição de bens, de modo que as necessidades básicas da população sejam atendidas, apesar do baixo nível tecnológico, e da baixa renda per capita do país. O direito ao mínimo existencial; à educação básica e à saúde; à se ver livre da fome; e à liberdade da intervenção, dominação, e ocupação estrangeiras foram estabelecidos não apenas na teoria, mas também na prática. Poucos negariam que a China teve sucessos memoráveis em atender as necessidades básicas do povo com sua prática até então.⁸⁶⁸

Enfim, Wu ressalta que mesmo com todos os problemas o tema dos direitos humanos acabou por converter-se na última década em uma questão nuclear do debate político-jurídico chinês. Para o autor a forma de existir dos

⁸⁶⁷ WU, 2002, p. 363.

⁸⁶⁸ WU, 2002, p. 368.

direitos humanos na china se relaciona diretamente com o complexo de valores presente na sociedade chinesa:

Deste modo, a partir dos parâmetros do Marxismo-Leninismo, muito pode ser compreendido a respeito das mudanças do discurso chinês sobre direitos humanos. A discussão chinesa acerca dos direitos humanos internacionais não é apenas uma questão política contingente, tendo, pelo contrário, uma fundação sólida e coerente em uma série de compreensões tradicionais da República Popular da China acerca dos valores essenciais da sociedade, da relação entre Estado e indivíduo, entre a comunidade internacional e o Estado, e entre direito internacional e direito doméstico.⁸⁶⁹

4.2.3 Análise da efetividade das práticas chinesas de proteção do direito à dignidade: estudo dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas na China

4.2.3.1- A situação concreta das minorias de gênero na china

Qualquer que seja o posicionamento a respeito do legado do comunismo na China, foi em sua decorrência e, conseqüentemente, nos últimos 50 anos, que as mudanças mais dramáticas ocorreram em relação à vida das mulheres no país. É com tais palavras que Anne M. Han sugere o ano de 1949 como um divisor de águas para a situação das mulheres na China.⁸⁷⁰

Nesse sentido, pode-se dizer que mesmo com o início do processo de modernização ao final do período dinástico, com o advento da Revolução, apenas em 1921, com a criação do Partido Comunista Chinês e suas ações, a questão das mulheres passou a ter relevância no espaço público, até então considerada de pouca relevância. Por exemplo, já em 1911, o governo republicano que se seguiu ao fim da Dinastia Qing, inicialmente negara às mulheres o direito de voto⁸⁷¹. E assim, em 1949, com a ascensão de Mao Tsé-Tung e a implementação de reformas de cunho marxista, uma série de

⁸⁶⁹ WU, 2002, p. 368.

⁸⁷⁰ HAN, Anne M. Holding-up more than half the sky: marketization and the status of women in China. *International Journal of Contemporary Legal Issues*, nº 11, p. 791-810, 2001.

⁸⁷¹ BEHAN, Charlotte L. In the Public Eye: Women in Early Twentieth-Century China. In: *Women in China: Current Directions in Historical Scholarship*. GUISSO, Richard W.; JOHANNESSEN, Stanley (Eds.). Youngstown: Philo Press, 1981.

medidas foram introduzidas, inclusive a nível constitucional, como nos textos constitucionais de 1949⁸⁷² e 1954⁸⁷³, bem como, a nível infraconstitucional, notadamente a muito estudada Lei sobre Casamentos de 1950⁸⁷⁴ – com vistas a erradicar qualquer tipo de discriminação de gênero até então legalizadas.

De cidadãos de segunda-classe, na melhor das hipóteses, a detentoras de “metade do céu”⁸⁷⁵, com o amparo pela ideologia oficial maoísta que via nas mulheres exemplos de heroínas, guerreiras e camaradas operárias, as mulheres na China, especialmente nos centros urbanos e na estrutura estatal, galgariam cada vez mais espaço na sociedade chinesa. Contudo, em que pese o caos e o terror da Revolução Cultural, muitos

⁸⁷² Por meio do artigo 6º de seu famoso Programa Comum, o Partido Comunista Chinês assim declarou em 1949: “A República Popular da China deverá abolir o sistema feudal que mantém as mulheres em servidão. As mulheres deverão gozar de direitos iguais aos homens na vida política, econômica, cultural, educacional e social. A liberdade matrimonial para homens e mulheres deverá ser posta em prática”. [Tradução livre]. (PARTIDO COMUNISTA CHINÊS. *The Common Program of the Chinese Peoples Political Consultative Conference*. 29 set. 1949. Disponível em: <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1949/1949e.pdf>> Acesso em: 20 de janeiro de 2017 [Tradução inglesa]).

⁸⁷³ No artigo 86 da carta constitucional de 1954 se assegura o direito de voto e eleição às mulheres, em igualdade aos homens. Já no artigo 96 assim se dispõe: “As mulheres na República Popular da China gozam de direitos iguais aos homens em todas as esferas da vida política, econômica, cultural, social e familiar. O Estado protege o casamento, a família, a mãe e a criança”. [Tradução livre]. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Constitution of the People’s Republic of China*. 20 set. 1954. Disponível em: <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1954/1954bilingual.htm>> Acesso em: 20 de janeiro de 2017. [Tradução inglesa]).

⁸⁷⁴ Nas palavras de Gail Hershatter: “A Lei sobre Casamentos da República Popular da China de 1950 aboliu o ‘casamento feudal’ e o ‘casamento por compra’, estabelecendo a liberdade escolha como um princípio fundamental. A lei também afirmava o direito a divórcio de adultos, independentemente de quaisquer restrições.” (HERSHATTER, Gail. *Women in China’s Long Twentieth Century*. California: University of California Press, 2007, p. 16). A natureza radical das mudanças propostas, continua a autora, pode ser vista parcialmente nas resistências profundas que suscitou. Por exemplo, por terem adquirido uma esposa para seu filho e uma nora para eles próprios a preços consideráveis, muitos pais, especialmente em áreas rurais, se sentiam ultrajados diante da hipótese de perder seu investimento por causa de um divórcio. Assim, as tentativas por parte do governo de colocar a lei em efetividade foram tateantes, restringindo-se a um mês de intensa publicidade em 1953, seguido de pouco ou nenhum esforço nesse sentido, especialmente quando em conflito com a implementação de legislações relacionadas à reforma agrária e à coletivização da terra.

⁸⁷⁵ Atribui-se a Mao Tsé-Tung a evocativa frase de que às mulheres pertenceria metade dos céus. Mais importante talvez é a utilização dessa afirmação por uma diversidade de autores como a marcar a particular doutrina a respeito da igualdade de gênero vigente durante o período maoísta. De fato, das entrevistas realizadas pela socióloga Jiping Zuo com mulheres que viveram e trabalharam durante o período é possível perceber um senso generalizado de participação, pertencimento, realização e orgulho, em razão, por exemplo, dos incentivos para assumirem postos de trabalho fora de casa, ao ponto de ser considerado por elas próprias como humilhante e contrário aos interesses da nação dedicar-se exclusivamente ao cuidado do lar. Cf. ZUO, Jiping. *Work and Family in Urban China: Women’s Changing Experience since Mao*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016.

estudiosos⁸⁷⁶ constatam retrocessos na situação das mulheres na China após 1978, com a série de reformas introduzidas inicialmente sob a liderança de Deng Xiaoping.

Ainda que a Constituição de 1982 se mantenha na tradição estabelecida, nela se declarando formalmente a igualdade entre homens e mulheres, em todas as esferas da vida, sejam estas políticas, econômicas, culturais, sociais ou familiares (artigo 48 (1)), inclusive se determinando como dever do Estado a proteção dos direitos e interesses das mulheres, bem como da igualdade salarial e de ingresso no serviço público (artigo 48 (2)), a densificação infraconstitucional, a nível legislativo e administrativo, e a efetividade desses direitos fundamentais têm sido ambivalente, no mínimo.

Assim, no ranking do Índice de Desigualdade de Gênero⁸⁷⁷ construído pelo Programa de Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, em 2014 a China se encontrava na quadragésima posição (a melhor entre os quatro países estudados nessa tese). Isso, em face, dentre outros, dos seguintes dados: no ano de 2014, apenas 23,6% dos assentos parlamentares eram ocupados por mulheres; apenas 58,7% das mulheres na China possuíam escolaridade superior ou igual ao segundo grau, em contraponto a 71,9% dos homens entre 2005 e 2014; apenas 63,9% da força de trabalho feminina está inserida no mercado de trabalho, contra 78,3% da força de trabalho masculina em 2013. Pese à sua posição ligeiramente superior a do Brasil e da Rússia e significativamente melhor que a da Índia, a situação da mulher na China ainda é bastante desigual e os motivos dessa desigualdade merecem ser analisados.

Tais estatísticas não deixam de espelhar três dos principais problemas hoje enfrentados pelas mulheres na China: a visão estereotipada da mulher a informar a produção jurídica, a nível legislativo e administrativo

⁸⁷⁶ Para uma revisão da literatura existente a respeito, ver HERSHATTER, 2007.

⁸⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>> Acesso em: 20 jan. 2016.

(especialmente no âmbito do direito trabalhista)⁸⁷⁸; as práticas discriminatórias daí resultantes no mercado de trabalho; e o conseqüente êxodo urbano, com muitas mulheres em situação de “migração forçada” ou de marginalização, ao se verem sem alternativa, senão retornar ao interior, ou recorrerem à prostituição, para viver.

Do período da Reforma em diante, como que a negar a doutrina maoísta de outrora, denunciada oficialmente como ingênua e contraproducente, as mulheres deixarão de ser vistas como idênticas aos homens, inclusive no que diz respeito às capacidades laborais. Ao contrário, passa-se a afirmar sua fragilidade e propensão natural à maternidade e ao cuidado do lar. Estes valores se encontram positivados: em uma série de exigências legalmente impostas aos empregadores para a contratação de mulheres, tais como a construção de creches e berçários, a concessão de licença-maternidade por período não inferior que 90 dias, e várias outras medidas voltadas para a seguridade social das crianças⁸⁷⁹; na vedação do emprego de mulheres em atividades consideradas de “alta intensidade” e em atividades mineratórias subterrâneas, bem como de seu trabalho em locais de

⁸⁷⁸ Sobre o direito trabalhista na China, em geral ver WEI, Dan. Um olhar sobre relações laborais em mudança na China. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXV, p. 261-277, 2009.

⁸⁷⁹ O direito a licença-maternidade e seu período mínimo se encontram definidos no Artigo 61 na Lei Laboral da República Popular da China de 1995. Quanto a creches, berçários e demais exigências referentes ao ambiente de trabalho, uma cláusula geral é estabelecida por meio do art. 26 da Lei de Proteção dos Direitos e Interesses das Mulheres de 1992, com determinações específicas presentes em regulamentações espedidas pelo Conselho de Estado. cf. REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Labour Law of the People's Republic of China*. 5 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383754.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017; REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law on the Protection of Women's Rights and Interests of the People's Republic of China*. 3 de abril de 1992. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2013/11/08/Protection%20of%20Women's%20Rights.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017; especificamente sobre as regulamentações espedidas pelo Conselho de Estado e seu impacto no mercado de trabalho no que diz respeito à igualdade de gênero (BURNETT, Jamie. Women's Employment Rights in China: Creating Harmony for Women in the Workplace. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 17, nº 2, 2010). A existência de referida normativa não implica, contudo, em sua efetividade. Conforme estudo conduzido por Bohong Liu, Yongying Zhang e Yani Li para a Organização Internacional do Trabalho, até 2005, apenas 5% das empresas urbanas tinham berçários e ambulatórios, cf. LIU, Bohong [et al]. *Reconciling work and Family: Issues and policies in China*. A Working Report to International Labour Organization. Genebra: International Labour Organization Office, 2008.

elevada altitude, clima frio, ou águas frias quando menstruadas⁸⁸⁰; na utilização de vários conceitos indeterminados relativos à propriedade ou não de certas atividades laborais para mulheres⁸⁸¹, legitimantes, por período considerável, de práticas discriminatórias.

Logo, ainda que as referidas exigências possam ser vistas como “humanizantes”⁸⁸² pela opinião pública internacional, estando presentes em

⁸⁸⁰ Vedações previstas nos artigos 59 e 60 da Lei Laboral da República Popular da China. Veja-se, respectivamente: “É proibido designar trabalho subterrâneo para trabalhadoras em minas, ou qualquer trabalho fisicamente intenso de Grau IV conforme estipulado pelo Estado, ou qualquer outro trabalho proibido para mulheres”; “É proibido designar trabalhadoras em atividades ocorrentes em altitudes elevadas, temperaturas baixas, ou águas frias durante seus períodos menstruais, conforme estipulado pelo Estado, ou em outros trabalhos proibidos para as mulheres”, cf. REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Labour Law of the People’s Republic of China*. 5 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383754.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017. [Tradução livre].

⁸⁸¹ Por exemplo, assim se dispôs por meio do art. 23 da Lei de Proteção aos Direitos e Interesses das Mulheres: “Com exceção de tipos especiais de trabalho ou cargo inapropriados às mulheres, nenhuma unidade poderá, ao empregar funcionários e trabalhadores, se recusar a empregar mulheres por razões de sexo ou aumentar as exigências curriculares para a contratação de mulheres”. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law on the Protection of Women’s Rights and Interests of the People’s Republic of China*. 3 abr. 1992. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2013/11/08/Protection%20of%20Women's%20Rights.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017 [Tradução livre]). Segundo Burnett: “A Lei de Proteção dos direitos e interesses das mulheres tornou mais difícil para as mulheres serem contratadas na China. Ao permitir que os empregadores recusassem a contratação de mulheres para atividades que lhes fossem inapropriadas, ela criou uma abertura para que os empregadores as discriminassem, podendo-se argumentar por serem violações da Constituição”. (BURNETT, 2010, p. 305 [Tradução livre]). Posteriormente, explica Burnett, com a edição de nova legislação, a definição de que trabalhos seriam inapropriados para mulheres foi especificada como de competência exclusiva do Estado. Ainda que um avanço em relação à disposição original, tal redação não deixa de avançar as mesmas ideais patriarcais de que as mulheres seriam mais frágeis que os homens e, por consequência, carentes de proteção especial. A Organização Internacional do Trabalho já se manifestou especificamente a esse respeito, entendendo que medidas de proteção para mulheres que se embasam em visões estereotipadas sobre suas habilidades e papéis na sociedade podem levar, ainda que não necessariamente, a violações ao princípio de igualdade de oportunidades e tratamento, cf. BALZANO, John. Toward a Gay-Friendly China?: Legal Implications of Transition for Gays and Lesbians. *Law & Sexuality: A review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues*. v. 16, nº 1, 2007.

⁸⁸² Ogletree e Silva-de-Alwis pontuam, contudo, que mesmo tais regulamentações têm sérios problemas em seus pressupostos: “Outras regulamentações foram promulgadas visando promover instalações especiais no local de trabalho para mulheres, incluindo salas para o cuidado de saúde, antessalas para grávidas, berçários, ambulatórios e creches. A lei trabalhista também garante consideração especial a mulheres grávidas ou lactantes. Essas regulamentações, estruturas em torno do ciclo reprodutivo da mulher, limitam as horas em que se pode trabalhar, e regulam os benefícios que as trabalhadoras receberão durante sua menstruação, gravidez, pós-parto e menopausa. Com efeito, essas regulamentações promovem a noção de que a primeira responsabilidade das mulheres é dar luz, cuidar de crianças pequenas, e atender às suas capacidades reprodutivas. Essas regulamentações intrusivas são vistas como necessárias para o bem-estar da comunidade familiar. Contudo, preocupações com a família e a comunidade não são aparentes na legislação referente a trabalhadores homens. Ao se focar em diferenças biológicas de modo a excluir os

inúmeros países, na China o mercado não compartilha de semelhante opinião, nem se encontra sujeito a mecanismos aptos a forçá-lo nesse sentido. Por consequência, as mulheres além de se verem preteridas, dada sua reduzida competitividade⁸⁸³ em razão de tais obrigações a ela atreladas (interpretadas como fruto de um paternalismo protecionista por Ogletree e Silva-de-Alwis)⁸⁸⁴, quando empregadas (isto é, naqueles ramos e atividades para os quais podem sê-lo), dificilmente se encontram inseridas em ambientes laborais legalmente adequados, e, por fim, com dificuldades de fazê-los se conformar com a lei.⁸⁸⁵

O sofrimento de discriminação por razões de gênero, por sua vez, se insere em um contexto maior. Segundo Jiefeng Liu, o combate a práticas

trabalhadores homens das responsabilidades pelas visitas neonatais e pós-natais, bem como do cuidado das crianças, a legislação laboral chinesa confia as responsabilidades de cuidado e criação das crianças inteiramente sobre as mulheres”. (OGLETREE, Charles; ALWIS, Rangita de Silva-de. When Gender Differences Become a Trap: The Impact of China’s Labor Law on Women. *Yale Journal of Law & Feminism*, v. 14, n° 1, p. 77-78, 2002. [Tradução livre].

⁸⁸³ Anne M. Hall se refere a uma pesquisa realizada pela Federação de Sindicatos de Toda China com 660 fábricas, empregando 15.000 trabalhadores no total, em que apenas 5.3% dos empregadores respondentes se mostraram inclinados a contratar mulheres para posições que fossem adequadas para ambos os sexos. A razão para tanto, continua a autora, é primariamente econômica. Assim, calcula-se que os custos com gravidez, trabalho de parto e licença-maternidade giram em torno de 1.259 Yuan por trabalhadora. Outra pesquisa, por sua vez, mostra que um homem empregado pode fazer até 10.600 yuan a mais que uma mulher empregada se ela estiver grávida e envolvida com o cuidado e criação de uma criança pelo período de dois anos. (Cf. HAN, Anne M. Holding-up more than half the sky: marketization and the status of women in China. *International Journal of Contemporary Legal Issues*, n° 11, p. 791-810, 2001). A interpretação proposta pela autora, qual seja, de que, no fim, os custos de tais medidas protecionistas acabam sendo sustentados pelas famílias, parece encontrar respaldo nas entrevistas realizadas por Jiping Zuo. A socióloga, após entrevistar 39 casais em Pequim quanto às estratégias adotadas em conjunto relacionadas a emprego (marcadas, em geral, pela emblemática frase “uma família, dois sistemas”, em que um dos cônjuges fica no setor público, garantindo estabilidade para a casa, com o outro se aventurando no setor privado), conclui que os resultados, apesar de sugerirem uma certa neutralidade na hora do planejamento, mostram se mostram discrepantes quanto a gênero: “Muitos mais maridos que esposas entram no setor privado em busca de salários mais altos. Os maridos se mostraram mais propensos à terem um segundo emprego noturno do que as esposas. As esposas se mostraram mais propensas a se sacrificarem profissionalmente para apoiarem a carreira de seus maridos do que o contrário. Mais esposas do que maridos tenderam ao desemprego. Dentre os cônjuges desempregados, os maridos tenderam a obter outro trabalho mais frequentemente do que as esposas. As esposas se mostraram mais propensas a abandonar seus empregos diante da situação em que os proventos de um dos cônjuges conseguissem sozinhos suficientemente sustentar a família”, achados os quais confirmam as tendências já identificadas na China urbana como um todo. (ZUO, Jiping. From Revolutionary Comrades to Gendered Partners: Marital Construction of Breadwinning in Post-Mao Urban China. *Journal of Family Issues*, v. 24, n° 3, p. 314-337, 2003, p. 332. [Tradução livre].

⁸⁸⁴ Cf. OGLETREE; ALWIS, 2002.

⁸⁸⁵ Ver *infra*.

discriminatórias, inclusive em outras áreas, como educação⁸⁸⁶ e transporte público, e com base também em outros fatores, que vão desde altura e aparência à etnia, não foi um tema relevante para o discurso oficial chinês nos últimos quinze anos⁸⁸⁷. E, malgrado sua ocorrência constante e estrutural na China, entre 2000 e 2011 foram apresentados judicialmente apenas 92 casos envolvendo discriminação.⁸⁸⁸

Nesse sentido, no que diz respeito às mulheres e à discriminação no mercado de trabalho, o número insignificante de litígios judiciais se dá prioritariamente, na opinião de Jiefeng Liu, por motivos do escopo de aplicabilidade e da procedimentalidade das normativas relevantes, ou seja, se remetem a dificuldades operacionais e de eficácia da legislação.

Primeiro, não existe nenhuma lei especificamente dedicada ao combate à discriminação no mercado de trabalho, o qual é, normativamente, da perspectiva dos trabalhadores regido em três grandes categorias e dois regimes laborais: empregados (contratados por empresas, e regulados pela Lei

⁸⁸⁶ Segundo Anne M. Hall, as discrepâncias entre homens e mulheres no mercado de trabalho chinês começam desde a educação. Assim, em que pese a educação fundamental compulsória existir na China, atualmente as escolas vêm cobrando taxas cada vez mais altas por livros e “extras”. Consequentemente, especialmente no campo, muitas crianças têm abandonado a escola, com a autora se referindo a dados de 1990, quando 4.8 milhões de crianças, em sua maioria de áreas rurais, abandonaram o estudo, dentre as quais, 80% eram meninas. Corroborar com tais resultados relatório governamental citado pela autora, no qual se aponta que entre os analfabetos e semianalfabetos na China até o ano de 1994, 70% são mulheres. Essas tendências se repetem no nível superior, com as mulheres podendo concorrer a apenas um terço das vagas das universidades. Não se trata, contudo, de ação afirmativa. Pelo contrário, por serem vagas sujeitas a ampla concorrência, para serem aprovadas, as candidatas precisam se sair muito melhor do que sua contraparte masculina, o que dificulta consideravelmente a entrada de mulheres no ensino superior e, por consequência, o número de mulheres com escolaridade igual ou superior a tal nível. (Cf. HAN, Anne M. Holding-up more than half the sky: marketization and the status of women in China. *International Journal of Contemporary Legal Issues*, n° 11, p. 791-810, 2001). Malgrado as datas das pesquisas referidas, vale lembrar que até 2014, conforme o Índice de Desigualdade de Gênero construído pela ONU, apenas 58,7% das mulheres na China possuíam pelo menos o 2º grau, contrastando com 71,9% dos homens. Assim, a desigualdade estrutural que retorna até os processos de formação educacional denunciada pela autora continua vigente. A respeito do Índice de Desigualdade de Gênero, ver *supra*.

⁸⁸⁷ Cf. LU, Jiefeng. Regulating employment discrimination in China: a discussion from the socio-legal perspective. *Michigan State International Law Review*, v. 23, n° 2, p. 437-457, 2015.

⁸⁸⁸ Segundo pesquisa realizada pela Universidade de Ciência Política e Direito da China, dos respondentes, 85,5% disseram já ter sofrido discriminação, 50,5% disseram ser discriminação um assunto sério, e apenas 6,6% afirmaram não existir qualquer discriminação na China. (LU, 2015).

Laboral Chinesa), servidores públicos (selecionados pelo Estado, e regulados pela Lei dos Servidores Públicos Chinesa), e funcionários de instituições públicas (organizações prestadores de serviços públicos, tais como educação, cultura, higiene etc., estabelecidas por órgãos públicos e outras entidades com recursos estatais, regulados ou pela Lei Laboral ou pela Lei de Serviços Públicos chinesas). Ambos os regimes laborais, contudo, têm seus problemas no que diz respeito à discriminação.

No caso do regime estabelecido pela Lei Laboral Chinesa, sua aplicabilidade se restringe a empregados e empresas vinculados contratualmente (artigo 2)⁸⁸⁹. Assim, em que pese as diversas disposições contidas no corpo do texto vedando práticas discriminatórias, nenhuma delas pode ser utilizada como fundamento para mover uma ação contra a empresa discriminante, quando os atos ocorrerem justamente no momento da contratação, dada a ausência de vínculo contratual. A inadequação hermenêutica desse entendimento é patente, e de consequências graves, diante da concentração de práticas discriminatórias justamente na fase de contratação. Denunciativo de tal estado de coisas é a ausência de qualquer referência às situações pré-contratuais em todas as ações judiciais movidas por discriminação trabalhista entre 2000 e 2011.⁸⁹⁰

Tal como revelam os estudos de Jiefeng Lu, padrão semelhante é perceptível no que diz respeito ao serviço público. Mais uma vez, a discriminação acontece basicamente no processo de recrutamento, com muitas das características exigidas e avaliadas não tendo nenhuma relação para com o serviço propriamente, tais como idade, altura, aparência, estado civil, afiliação política etc. Não obstante, ainda que, diferentemente da situação anterior, uma candidata vítima de discriminação possa mover uma ação contra o governo, com base no artigo 2 da Lei de Processo Administrativo

⁸⁸⁹ REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Labour Law of the People's Republic of China*. 5 jan. 1994. Disponível em <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383754.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

⁸⁹⁰ Cf. LU, Jiefeng. Employment Discrimination in China: The Current Situation and Principle Challenges. *Hamline Law Review*, nº 1, 2009.

da República Popular da China⁸⁹¹, por meio do qual se determina que qualquer cidadão, pessoa jurídica, ou organização tem o direito de processar o governo ou as agências governamentais, desde que demonstrando a violação de seus direitos e interesses por uma “ação administrativa concreta”, a maioria das cortes, segundo Jiefeng Lu, têm recusado tais pleitos, argumentando não ser o referido recrutamento uma “ação administrativa concreta”.⁸⁹²

Zhou Wei, considera sintomático do atual contexto a presença invariável da referência ao Artigo 33 (2) da Constituição de 1982 como fundamento para todas as ações movidas contra práticas discriminatórias (inclusive aquelas referentes a discriminação de gênero, independentemente das provisões específicas a respeito encontradas na Constituição, como, por exemplo, a do artigo 48). Considerada pela jurística chinesa como a “cláusula de proteção da igualdade”⁸⁹³, nela se lê: “Todos os cidadãos da República Popular da China são iguais perante a lei. Todos os cidadãos gozam dos direitos e ao mesmo tempo precisam cumprir com os deveres prescritos pela Constituição e pela lei”.⁸⁹⁴ Todavia, como discutido, nos apartados anteriores, o judiciário na China é fortemente influenciado a ignorar o texto constitucional, seja em suas decisões, seja como fundamento para a exigibilidade de direitos. E, mais ainda, hodiernamente na China, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (entendida enquanto sua aplicabilidade direta a relações estabelecidas entre particulares) não é questão pacificada, com parcela considerável da dogmática constitucional argumentando pela inaplicabilidade do texto constitucional em litígios entre particulares.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Administrative Procedure Law of the People's Republic of China*. 4 de abril de 1989. Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207336.htm>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

⁸⁹² Cf. LU, 2009.

⁸⁹³ Cf. WEI, Zhou. *Constitutional Basic Rights and the Judicial Remedy*. Pequim: The People's Public Security University of China Press, 2003.

⁸⁹⁴ REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *China's Constitution of 1982 with Amendments through 2004*. 14 de março de 2004. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/China_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

⁸⁹⁵ Cf. LU, 2009.

Logo, diante da ausência de institucionalização na China da possibilidade de discussão pública de discrepâncias entre os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional e a particular interpretação deles efetivada nas políticas públicas determinadas pelo Congresso Nacional do Povo e pelo Conselho de Estado, é difícil vislumbrar como tais direitos de dignidade se veriam caracterizados pela necessária exigibilidade, aí pressuposta a capacidade de se fazer valer, por meio da devida procedimentalidade, inclusive a interpretação da mulher quanto a seus direitos, no debate público.

4.2.3.2 – A situação concreta das minorias étnicas na China

A população chinesa se compõe por uma maioria de 90% de indivíduos identificados como pertencentes à etnia Han, com os 10% remanescentes compostos por indivíduos distinguindo-se em 55 etnias diferentes, fora aqueles pertencentes a grupos sem identificação. Esses 10%, generalizadamente referidos como constituindo a minoria (*shaoshuminzu*) do país, representam 135,7 milhões de pessoas, ocupantes de 2/3 do território chinês. A título de comparação, tal número equivale a quase 70% de toda a atual população brasileira.

Até o final de 2003, encontravam-se estabelecidas na China 155 áreas étnicas autônomas, sendo 5 regiões autônomas, 30 prefeituras autônomas, e 120 condados autônomos. Segundo o quinto censo nacional realizado em 2000, 44 das 55 minorias étnicas possuíam áreas autônomas, com 70% da população etnicamente minoritária vivendo em tais áreas, que, por sua vez, compreendem 64% do território chinês.⁸⁹⁶

Esses números não surgem da noite para o dia. Assim sendo, é longa a história e a tradição na China do lidar com e do pensar a respeito de minorias. Conseqüentemente, o “direito étnico” (*minzu fa*) chinês aparece na atualidade como um nó em uma trama cultural de traços confucianos e

⁸⁹⁶ TIM, Yuen Siu. *Ethnic Minority Policy of People's Republic of China: An overview*. [Research Report HKIEd8001-PPR-2]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.

marxistas, intercalados ao longo do século XX. Um e outro, determinantes daquilo que Baogang He apelidou por “direitos de minorias com características chinesas”.⁸⁹⁷

A estrutura legada pela vertente confuciana da normatividade tradicional chinesa é conhecida como doutrina do *Yi-Xia*, em que, na hierarquia por ela estabelecida, ao menos originalmente, os bárbaros, estrangeiros e minorias (*Yi*) apareceriam como “irmãos mais novos” e sujeitos à elite governante (*Xia*, formada, basicamente, por membros da etnia *Han*, ou *Zhongyuan*). Tal relação se daria com base no princípio moral do *Ren* (compaixão), encarnado pela elite governante, em geral identificada etnicamente à tradição confuciana⁸⁹⁸, que teria para si o dever de civilizar a contraparte bárbara e minoritária.

Politicamente, esses pressupostos resultaram, com a expansão imperial, na prática *Tusi*, isto é, o procedimento adotado pelas dinastias Yuan, Ming e Qing, de se nomear com força hereditária lideranças minoritárias, concedendo-lhes uma série de poderes, dentre eles, o de tributação e de produção normativa culturalmente embasada, o que culminava em certa autonomia por parte das minorias, malgrado eventuais problemas de ordem prática – intimamente vinculados à unidade política, tema central nas discussões em torno da vigência do *Tusi*.

Não obstante, a herança legada pelo confucionismo é ambígua quanto ao tema, na opinião de Baogang He⁸⁹⁹. Ao mesmo tempo em que a tradição confuciana serve de fundamento às exigências minoritárias por autonomia e direitos, por outro, seu tom paternalista e hierarquizante mina quaisquer pretensões étnico-igualitárias. De todo modo, considera-se que o

⁸⁹⁷ HE, Baogang. *Minority Rights with Chinese Characteristics*. In: *Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁸⁹⁸ Segundo Baogang He, Han Jin, um estudioso confuciano que viveu durante a dinastia Yan, desenvolveu uma interpretação distinta da doutrina *Yi-Xia*. Ao centro da interpretação estava o argumento de que os *Yi* poderiam governar a China desde que seguissem o Confucionismo. Por evidente, essa interpretação legitimava o domínio mongol, ao reconhecer o direito das minorias de governar a China vinculando-o a uma condição tão somente, qual seja, o de seguir a doutrina confuciana, então interpretada para além de sua hierarquização étnica, que colocava os Han ao topo. (HE, 2005).

⁸⁹⁹ HE, 2005.

atual embasamento ideológico das políticas governamentais a respeito de minorias étnicas se enraíza nos ensinamentos confucianos, especialmente na noção de “harmonia na diferença”, com a preferência, ao menos oficialmente declarada, por práticas de convivência (*Ronghe*) entre a maioria Han e as demais minorias, do que de assimilação das segundas à cultura da primeira.⁹⁰⁰

O marxismo, por sua vez, influenciará diferentes modelos a prescrever o relacionamento entre minorias e majorias. Inicialmente, o Partido Comunista Chinês se apresentara em concordância com a política leninista de afirmação do direito das minorias à autodeterminação⁹⁰¹, o que foi posteriormente abandonado, já sob a liderança de Mao Tsé-Tung, argumentando-se, dentre outras coisas, que tal direito não se aplicaria na China, em razão da sobreposição e interdependência de suas nacionalidades, e pelo fato da luta por autodeterminação das nacionalidades chinesas ter ficado decidida de uma vez por todas com a revolução terminada na formação da República Popular da China.

De certo modo, é possível perceber uma continuidade nessa ênfase e preferência pela unidade, hoje argumentada em termos econômico-desenvolvimentistas, isto é, de que majorias e minorias devem se unir no objetivo comum de desenvolvimento da nação. Isto, para Yuen Siu Tim, por exemplo, indicaria a influência de certo determinismo econômico no multiculturalismo chinês⁹⁰². Nesse sentido, contraposto ao federalismo multinacional russo, adotou-se na China um governo unitário, concomitantemente a um sistema de concessões de autonomias regionais. Os critérios para a identificação de minorias, todavia, são os mesmos adotados na Rússia stalinista, acrescidos de mais dois, quais sejam, o

⁹⁰⁰ TIM, Yuen Siu. Ethnic Minority Policy of People’s Republic of China: An overview. [*Research Project HKIEd8001-PPR-2*]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.

⁹⁰¹ HE, 2005.

⁹⁰² TIM, Yuen Siu. Ethnic Minority Policy of People’s Republic of China: An overview. [*Research Report HKIEd8001-PPR-2*]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.

compartilhamento de: história, meios de produção, linguagem, cultura, costume, e psique.⁹⁰³

Tal estrutura e tais critérios são hoje vigentes na China, malgrado o intervalo imposto pela Revolução Cultural, em que conflitos étnicos foram atribuídos à luta de classes, com expressões étnicas como atividades religiosas, festividades locais e o uso de dialetos taxadas por “incorretas” e brutalmente suprimidas naquele período, quando se buscou extirpação de quaisquer resquícios do sistema de autonomias regionais.⁹⁰⁴

Esta história tem seu efeito nas atuais disposições constitucionais e infraconstitucionais. No que diz respeito à Constituição de 1982, as provisões a respeito de minorias étnicas costumam⁹⁰⁵ ser divididas em três categorias: a proclamação da igualdade entre etnias em direitos e sua submissão à unidade e aos interesses do Estado Chinês (artigo 4º);⁹⁰⁶ o sistema de

⁹⁰³ *Ibid.* Contudo, Linzhu Wang denuncia que os critérios foram aplicados de maneira seletiva e discricionária na prática, de modo a efetivar um controle macroscópico do governo sobre o número de minorias, e, mais importantemente, possibilitar a divisão da população minoritária com vistas a seus interesses políticos em termos de integridade territorial e estabilidade regional. Segundo o autor, aqueles grupos não identificados e aqueles controversamente classificados como parte da etnia Han perfazem 640,101 indivíduos, de acordo com censo nacional de 2010, e, juntamente a outros indivíduos pertencentes a alguma das 55 etnias consideradas minoritárias residentes fora de suas respectivas áreas autônomas, não têm direito a exigir seus direitos culturais, em razão da ausência de um sistema de controle de constitucionalidade e da aplicabilidade da legislação infraconstitucional, específica e exclusivamente a respeito do escopo e exercício de direitos de minorias nas regiões autônomas. Cf. WANG, Linzhu. The Identification of Minorities in China. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. v. 16, p. 1-21, 2015.

⁹⁰⁴ TIM, Yuen Siu. Ethnic Minority Policy of People's Republic of China: An overview. [*Research Report* HKIEd8001-PPR-2]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.; MACKERRAS, Colin. *China's Ethnic Minorities and Globalisation*. Nova Iorque: Routledge, 2003.

⁹⁰⁵ Cf. Minority Rights with Chinese Characteristics. In: *Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005; SAUTMAN, Barry. Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. *Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999.

⁹⁰⁶ Assim se lê no referido artigo: “Todas as nacionalistas na República Popular da China são iguais. O Estado protege os direitos e interesses legais das minorias nacionais e defende e desenvolve as relações de equidade, união e assistência mútua entre todas as nacionalidades chinesas. A discriminação e a opressão de qualquer nacionalidade são proibidas; quaisquer atos que enfraqueçam a unidade das nacionalidades ou estimulem sua secessão são proibidos. O Estado ajuda as áreas habitadas por minorias nacionais a acelerar seu desenvolvimento cultural e econômico em acordo com as peculiaridades e necessidades das diferentes minorias nacionais. A autonomia regional é praticada em áreas nas quais populações de minorias nacionais vivam em comunidades compactas; nessas áreas órgãos de autogoverno são estabelecidos para o exercício do direito a autonomia. Todas as áreas autônomas nacionais são partes inalienáveis da República Popular da China. O povo de todas as nacionalidades tem a liberdade de usar e desenvolver suas próprias línguas escritas e faladas, e a preservar ou reformar seus próprios modos de vida e costumes”. (REPÚBLICA

autonomias regionais (artigos 114, 117, 118, 119, 120, 121 e 134); e as determinações referentes à representação especial perante o Congresso Nacional do Povo (artigo 59). Enquanto sua principal densificação a nível legislativo se deu pela *Lei da República Popular da China sobre Autonomia Regional Nacional* de 1984.⁹⁰⁷

Barry Sautman pontua que até 1993 havia 290 leis nacionais e locais bem como regulamentações referentes à “proteção de minorias”, variando consideravelmente em seu escopo e concretude.⁹⁰⁸ Em geral, continua o autor, essa totalidade jurídica (conhecida como o “sistema chinês para grupos étnicos minoritários”, *zhongguo minzu zhengce tixi*) beneficia praticamente toda a população minoritária chinesa.

Contudo, em sua opinião⁹⁰⁹, são três as principais falhas: primeiro, os poderes concedidos no sistema de autonomias regionais estão abaixo do mínimo sustentado para se alcançar uma autonomia genuína, ao menos segundo as concepções da opinião pública internacional⁹¹⁰; segundo, a ausência de mandamentos visando a criação de oportunidades econômicas para as minorias, o que permite a continuidade e o crescimento das discrepâncias entre os padrões de vida da maioria *Han* e as demais minorias; terceiro, o direito étnico chinês não estabelece mecanismos suficientes e eficientes para proteger a dignidade de grupos minoritários perante o “grande chauvinismo Han” (*da hanzu zhuyi*).

Os poderes das regiões autônomas estão basicamente delineados no Capítulo III da Lei sobre Autonomia Regional Nacional. Estruturadas por um conselho popular e por um governo composto por regiões autônomas,

POPULAR DA CHINA. *China's Constitution of 1982 with Amendments through 2004*. 14 de março de 2004. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/China_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 21 jan. 2017. [Tradução livre].

⁹⁰⁷ REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People's Republic of China on Regional National Autonomy*. 31 de maio de 1984. Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

⁹⁰⁸ SAUTMAN, Barry. *Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints*. *Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999.

⁹⁰⁹ SAUTMAN, 1999.

⁹¹⁰ SAUTMAN, 1999.

prefeituras autônomas e condados autônomos (artigo 15 e artigo 112 da Constituição de 1982), suas competências dizem respeito generalizadamente a questões administrativas, financeiras e de implementação de políticas públicas (em educação, infraestrutura, meio ambiente, segurança pública, saúde, cultura, tecnologia, e também economia) (arts. 22 a 45). Todavia, toda a produção jurídica passa, necessariamente, pela aprovação por parte ou do Congresso Nacional do Povo e de seu Comitê Permanente, ou do Conselho de Estado, ou de outros órgãos executivos ou legislativos a nível provincial.

Deste modo, mesmo o poder dos órgãos locais de áreas autônomas de introduzir certas alterações ou inclusive se recusar a implementar qualquer decisão, resolução, ordem ou instrução emitida por órgãos estatais hierarquicamente superiores, em razão das condições especiais da área autônoma, deve ser reportado ao e aprovado pelo órgão estatal emissor do ato considerado problemático (artigo 20). O que, ao ser somado à política de cooptação das lideranças minoritárias locais⁹¹¹, acaba, na análise de Sautman, por minar significativamente a autonomia das minorias na China, ao descontento das populações minoritárias.

Paralelamente, em geral, minorias étnicas rurais e urbanas ganham, respectivamente, 72% e 84% da média salarial nacional, segundo estudo realizado pela Comissão Estatal de Assuntos Étnicos em 2009. Ainda que tais discrepâncias não pareçam ser, segundo o Sautman⁹¹², fruto de práticas oficiais discriminatórias, e sim de posicionamento geográfico, dado que as minorias étnicas na China se encontram estabelecidas desproporcionalmente

⁹¹¹ No artigo 7º da Lei sobre Autonomia Nacional Regional assim se dispõe: “Os órgãos de autogoverno das áreas nacionais autônomas deverão colocar os interesses de Estado acima de qualquer coisa, realizando esforços positivos para cumprir com as tarefas designadas pelos órgãos estatais hierarquicamente superiores”. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People’s Republic of China on Regional National Autonomy*. 31 de maio de 1984. Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017. Assim, em que pese as lideranças minoritárias reconhecerem que em seu atual estado o direito étnico chinês não consegue efetivamente proteger seus “constituintes”, os mecanismos referentes à sua formação impedem que o debate evolua, precisando valer-se de eufemismos, e evitando a todo custo qualquer tipo de confronto direto para com o governo central, Cf. LEIBOLD, James. *Ethnic Policy in China: Is Reform Inevitable?* Honolulu: East-West Center, 2013.

⁹¹² SAUTMAN, Barry. A US/India Model for China’s Ethnic Policies: is the Cure worse than the Disease? *University of Pennsylvania East Asia Law Review*, v. 9, p. 89-159, 2014.

em áreas rurais, é importante ter em vista, com Linzhu Wang⁹¹³, que o próprio processo de identificação e localização de minorias se deu de modo motivado e influenciado por fatores geopolíticos.

A geografia das minorias, por assim dizer, não explica, contudo, todas as discrepâncias entre a maioria Han e as demais etnias na China. Como o próprio Sautman denuncia⁹¹⁴, por exemplo, em 1993, os proventos anuais per capita dos camponeses Uyghur de Xinjiang era de 732 yuan, contra 2,680 yuan para os camponeses Han. Mais recentemente, Xiaogang Wu e Xi Song, amparados em impressionante estudo empírico, com grande potencial de generalização, ao analisarem as diferenças salariais entre os Han e os Uyghur em Xinjiang referentes ao ano de 2005 concluíram que a efetividade das políticas públicas voltadas para a igualdade étnica se restringem ao recrutamento no serviço público. No setor privado, aí incluso o trabalho no campo e em empresas públicas, os Han se mostraram mais tendentes a ganhar mais e a serem mais contratados, o que, sugerem os autores, se dá tanto por características individuais, como habilidade na língua chinesa oficial, e falta de *networking* entre os Uyghur, como por preconceitos por parte dos empregadores Han a respeito da ética, cultural e religião Uyghur.⁹¹⁵

Independentemente das causas, fato é que essas diferenças geram tensões, bem como estratificação social, a culminar, por vezes, em massacres sangrentos. Por exemplo, em 5 de julho do ano de 2009, por volta de mil Uyghur se reuniram na Praça do Povo em Ürümqi, manifestando-se pacificamente pela investigação de incidente anterior, no mesmo ano, em que dois trabalhadores da dita etnia foram assassinados em um tumulto iniciado por trabalhadores Han, na *Xuri Toy Factory*, em Shaoguan, Guangdong, em face de rumores acerca de um alegado estupro de uma trabalhadora Han. Com o anoitecer, contudo, a manifestação originalmente pacífica se degenerou em um banho de sangue, com jovens Uyghur atacando inocentes Han (ou aqueles

⁹¹³ WANG, 2015, p. 01-21.

⁹¹⁴ SAUTMAN, Barry. *Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints*. *Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999

⁹¹⁵ WU, Xiaogang; SONG, Xi. *Ethnicity, Migration, and Social Stratification in China: Evidence from Xinjiang Uyghur Autonomous Region*. [Research Report 13-810] Universidade de Michigan Institute for Social Research, Ann Arbor, Estados Unidos da América.

que pareciam pertencentes à etnia) com facas e armas improvisadas, e vigilantes Han respondendo à altura. Oficialmente foram declaradas 197 mortes e 1.721 feridos.

Considerado o “Onze de Setembro chinês” pela opinião pública chinesa, conforme explica James Leibold, para muitos tal evento marca o completo fracasso da atual política sobre minorias étnicas, especialmente por se inserir em um contexto de crescentes protestos e tumultos, como em 14 de março de 2008 em Lhasa e outras regiões tibetanas, ou em março de 2011 em Xilinhote, e a autoimolação de mais de cem tibetanos desde março de 2012.⁹¹⁶ Sautman, por sua vez, explica que tais eventos geraram todo um discurso oficial a respeito de etnias, reforçando preconceitos e estereótipos chauvinistas por parte dos Han.⁹¹⁷

O chauvinismo Han, contudo, é oficialmente tratado como se fosse um fenômeno anterior a 1949. Causa de muitos dos conflitos étnicos hoje na China, sua existência é raramente reconhecida por parte do governo. Denuncia tal estado de coisas a compreensão difundida de que as minorias precisam dos Han para seu desenvolvimento cultural, enquanto os Han precisam delas para matéria prima e defesa contra o mundo exterior, cristalizada no slogan “Os Han são inseparáveis das minorias e as minorias são inseparáveis dos Han” (*Hanzu fen bu kai shaoshu minzu; shaoshu minzu fen bu kai Hanzu*).

Não obstante, algumas medidas acabam corroborando, mesmo que simbólica e tangencialmente, para o avanço de um horizonte multiculturalmente igualitário. Por exemplo, membros de minorias étnicas são intitulados a ações afirmativas diante do ingresso no ensino superior⁹¹⁸, e

⁹¹⁶ LEIBOLD, James. *Ethnic Policy in China: Is Reform Inevitable?* Honolulu: East-West Center, 2013.

⁹¹⁷ SAUTMAN, Barry. “Scaling Back Minority Rights?”. *Stanford Journal of International Law*, v. 46, n° 1, p. 51-120, 2010.

⁹¹⁸ HE, Baogang. Minority Rights with Chinese Characteristics. In: *Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005.

alguns dispositivos da Lei Criminal de 1979 se referem especificamente a crimes contra minorias.⁹¹⁹

De maior destaque parecem ser as disposições a respeito da representação parlamentar, malgrado a existência de duras críticas quanto a sua efetividade. Como indicado anteriormente, a representatividade das minorias no parlamento chinês é constitucionalmente determinada no artigo 59 da Constituição de 1982, traduzindo-se em uma quota de 12% dos assentos no Congresso Nacional do Povo, apesar das minorias representarem, em termos populacionais, apenas 10% do povo da China. Todavia, segundo Baogang He, tais representantes não são escolhidos por eleições, na maioria dos casos. Pelo contrário, a regra é a indicação pelo Partido Comunista Chinês. Esse déficit democrático se estende para outras áreas do governo chinês, como no caso dos governantes das regiões autônomas, escolhidos pelo governo central (sendo sintomático o fato de até hoje nenhum tibetano ter ocupado o mais alto cargo referente à região autônoma do Tibet), dificultando a tradução de quaisquer medidas representativas em uma real efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados para as minorias étnicas.⁹²⁰

4.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito na China

Feitas as devidas análises sobre a estrutura jurídica e política da China contemporânea, nos planos nomológico, no discurso intelectual e da efetividade de ações em campos específicos (minorias de gênero e étnicas, como avaliado) cabe-nos promover uma reflexão especulativa sobre as efetivas práticas chinesas relativas ao direito à dignidade, a partir das características anteriormente apresentadas. Nosso foco é a busca por entender a real dimensão dos Direitos Fundamentais na dinâmica social, política e jurídica chinesa, com vista a explicitar as diferenças (aliás, sempre existentes em qualquer país) entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade

⁹¹⁹ SAUTMAN, Barry. *Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999

⁹²⁰ HE, 2005.

real⁹²¹ na China, especialmente no que tange à efetiva capacidade dos Direitos Fundamentais caros à dignidade humana, para vincular e nortear o exercício do poder naquele país⁹²².

Ter-se-á em vista, aqui, a consideração de que as diferenças que caracterizam a normatividade chinesa em relação à normatividade ocidental são notáveis. Um exemplo disso é o fato de a normatividade ocidental ser justificada por um critério de ordem exterior ao mundo, já a normatividade chinesa se apresenta numa concepção materialista, na qual “a ordem do mundo encontra-se na espontaneidade inerente da sua efetivação”.⁹²³

Nossa reflexão partirá da abordagem jus-comparativista de Eric Agostini, notadamente quanto a sua exposição dos processos de “ocidentalização jurídica” consistentes nos movimentos de “migração jurídica” operados pelas experiências de importação e exportação do direito ocidental para culturas não-ocidentais, que se deram principalmente na modernidade⁹²⁴. Nesses processos, Agostini trata de explicitar que a realocação de modelos jurídicos ocidentais acoplados em bases culturais não-ocidentais costumam provocar uma vivência e uma experiência efetiva bastante diferentes desses mesmos modelos que, ainda que sejam formalmente símiles, se tornam materialmente outros.

Se aplicamos tais reflexões ao contexto chinês é possível constatar que lá ocorre um dos fenômenos de “distorção do modelo jurídico ocidental” apontados por Agostini, qual seja: A tratativa pragmática e utilitarista das estruturas fundamentais do direito ocidental contemporâneo⁹²⁵. No caso chinês pode-se dizer que existe um “pragmatismo jurídico” e um “utilitarismo jurídico” na tratativa de duas estruturas que, no ocidente são essenciais ao modelo jurídico atual: a Constituição e os Direitos Fundamentais.

⁹²¹ Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o Estado*. Editora Quid Juris, Lisboa, 2009.

⁹²² A abordagem reflexiva especulativa da experiência jurídica é aqui desenvolvida seguindo-se em linhas gerais o modo pós-hegeliano apresentado pela jus-filosofia de Joaquim Carlos Salgado, cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁹²³ RAMOS, 2010, p.260.

⁹²⁴ AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Tradução Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, (s/d).

⁹²⁵ AGOSTINI, (s/d), p. 128 *et seq.*

Assim, se somamos as considerações de Agostini às análises que apresentamos sobre o Direito Chinês, necessário se faz entender que os Direitos Fundamentais não cumprem na China (ou pelo menos não cumprem em um sentido forte) o mesmo papel finalístico e principiológico que cumprem no ocidente. No ocidente, a função dos Direitos Fundamentais é a de mediar numa linguagem objetiva o acordo fundamental sobre quais são os *fins últimos*, ou seja, qual é o *telos* do poder político para que possa ser considerado legítimo⁹²⁶. Essa função mediadora capital que possuem no ocidente não se apresenta com o mesmo peso e realidade no contexto do Estado chinês.

A afirmação acima se explica na medida em que na China os Direitos Fundamentais, ainda que plasmados na atual Constituição, não constituem uma substancialidade de direitos oponíveis a todo e qualquer ato de poder político. Portanto, os Direitos Fundamentais na China não atuam como limite último de conformação dos processos de tomada de decisão no Estado, na mesma medida e com o mesmo peso em que atuam nos países ocidentais⁹²⁷. Não queremos com isso dizer que nos países ocidentais tais direitos não sejam desrespeitados ou não-tutelados nos processos de tomada de decisão política. Mas, dentro dos processos institucionais de tomada de decisão os Direitos Fundamentais são critério capital de controle de validade de todo e qualquer ato jurídico. Logo, qualquer desrespeito ou distorção no atendimento de tais direitos só pode ser juridicamente validado por meio de um discurso igualmente baseado em tais direitos, ainda que construído falaciosamente. O que queremos dizer é que, pelo menos no plano institucional, os Direitos Fundamentais possuem “supremacia constitucional” na hierarquia jurídica, no sentido explicado por Luiz Roberto Barroso⁹²⁸.

Por outro lado, na China a própria institucionalidade política trata tanto a Constituição como os Direitos Fundamentais, não como o *fim ultimo*

⁹²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. Revista do Tribunal de Contas, Belo Horizonte, v.27, n°2, abr.-jun., p. 37-68, 1998.

⁹²⁷ Sobre a complexa funcionalidade dos direitos humano-fundamentais na dinâmica histórica dos países ocidentais assumimos como correta a análise proposta por Saulo Pinto Coelho a partir do conceito de *(in)variáveis principiológicas*. Cf. COELHO, 2012, p. 289-310.

⁹²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

do Estado, mas como um instrumento de gestão do interesse público da sociedade chinesa, ainda que se tratem de importantes instrumentos de gestão. Logo, na China os Direitos Fundamentais estão em função do interesse público (traduzido na linguagem constitucional chinesa como a *ditadura democrático-popular da classe operária* e consubstanciado em todas as demais chaves semânticas ligadas a essa ideia de subordinação dos direitos ao interesse maior de prevalência do sistema socialista de Estado⁹²⁹), quando em um Estado Constitucional de Direitos Fundamentais, é o interesse público que deve ser mensurado em função da conformação dos diferentes direitos fundamentais em cada situação⁹³⁰.

A história constitucional chinesa demonstra a história de uma Constituição que vai se moldando à planificação construída pelo Partido Comunista Chinês. Em sua conformação atual, a experiência constitucional chinesa apresenta vários sinais da permanência da primazia do político sobre o jurídico e do econômico sobre o jurídico. Veja-se que os direitos fundamentais na China são todos eles apresentados como algo que o Estado provê e que o Estado estabelece, nos termos daquilo que o Estado planifica. Assim, a linguagem constitucional chinesa não superou o paradigma da primazia do interesse público estatal. Se é o Estado que provê o direito ao trabalho e se é o estado que oferece o direito à vida, por exemplo, então, do ponto de vista lógico, tais direitos não são oponíveis ao Estado, nem podem ser apresentados como resistência às planificações estatais da economia e da sociedade. Os direitos fundamentais são, assim, instrumento de gestão e estabilização da progressiva abertura social e democrática da China, mas não

⁹²⁹ São exemplos dessa característica da constitucionalidade chinesa as seguintes passagens da Constituição: no artigo 15 dispõe o seguinte “São proibidas quaisquer perturbações do funcionamento regular da economia social ou atentados ao plano econômico estatal, por parte de qualquer organização ou indivíduo.”, já o artigo 51 “No exercício das suas liberdades e dos seus direitos os cidadãos da República Popular da China não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da colectividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos”.

⁹³⁰ Sobre essa compreensão do Estado Democrático de Direito como experiência em que o interesse público se dá em função dos direitos fundamentais veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de Interesse público e a personificação do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n° 26, p. 114-136. São Paulo: Malheiros, 1999.

são (pelo menos ainda) a baliza fundamental da institucionalidade jurídico-política chinesa.

O pragmatismo e utilitarismo constitucionais chinês se relaciona com sua resistência a qualquer interação interconstitucional efetiva no plano do diálogo global. Acordos e criação de blocos com países de interesses comuns específicos são possíveis. Outra coisa é a possibilidade de uma transformação mais intensa da constitucionalidade chinesa em direção à maior efetivação de direitos a partir de uma permeabilidade à linguagem internacional dos direitos humanos.

O isolacionismo chinês aparece, tal qual o tão debatido e, historicamente, mais recente isolacionismo americano⁹³¹, como uma outra possível postura, marcada, particular e atualmente, por sua resistência ao controle judicial de constitucionalidade e ao controle internacional de convencionalidade, bem como à particular maneira ocidental de se vincular direito e desenvolvimento, sem olvidar a resistência à língua franca dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. As raízes estruturais dessa opção chinesa retrocedem ao período Dinástico, em razão da consolidação de uma autointerpretação calcada na superioridade chinesa, e se reafirmou nos períodos soviético e maoísta, deixando, ainda, marcas no modo chinês de “abertura” à economia, sem qualquer abertura real à interconstitucionalidade, quando, então, o discurso da dignidade pôde tornar-se apenas discurso, no jogo das relações internacionais comerciais.

⁹³¹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 28-31.

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DO BRASIL

Brasil, tido como país de riquezas naturais exuberantes, é o quinto maior país em território e população do mundo. O país com maior território da América do Sul e da América Latina. Sua cultura foi se transformando no decorrer da história, com influências de vários países, notadamente Portugal, durante o Brasil Colônia e Império, assim como países africanos, com o tráfico de escravizados, além da Itália e da Alemanha, dentre outros, devido às imigrações do século XIX, após a abolição da escravatura. No século XX, novas ondas migratórias ocorreram, incluindo-se japoneses, libaneses, espanhóis, migrantes do leste europeu, dentre outros.

A História do Brasil se mescla com as histórias de outros povos e outras culturas. Desde a sua “descoberta” (conquista territorial) até os dias atuais, passou por vários processos históricos que influenciaram, e em alguns casos influenciam, até hoje, o Direito vigente.

De capitania hereditária – território explorado e explorador à época dos escravos – até sua constituição em um Estado Democrático de Direito, nossos objetivos, no presente capítulo, são, além de analisar, neste panorama histórico, quais foram as contribuições para a eclosão e o desenvolvimento da ideia de Dignidade da pessoa humana dentro da ordem jurídico-constitucional brasileira contemporânea, verificar o alcance que este conceito tem nos âmbitos do discurso jurídico oficial brasileiro, do pensamento intelectual e da realidade social dos cidadãos brasileiros, além de identificar eventuais descompassos entre esses âmbitos.

Para galgarmos êxito com a tarefa de investigação proposta acima, devemos, num primeiro momento, analisar na história da cultura jurídico-política brasileira quais foram os aportes, em cada período, que contribuíram, de alguma forma, para a construção significacional da dignidade no Direito Constitucional brasileiro.

Veremos que o Brasil passou por um processo de transplantação jurídico-política, ou nas célebres palavras de Pontes de Miranda:

O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, -gente de rija têmpera, no altivo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente.⁹³²

A história política do Brasil pode ser dividida em três momentos principais, são eles: o Brasil Colônia (1500-1822), O Brasil Império (1822-1889) e o Brasil República (1889-atual). Utilizaremos esses momentos da história política para refletir sobre a formação da cultura constitucional no país.

Buscaremos verificar as contribuições históricas para o direito e para a ideia de dignidade vigente hoje no país, notadamente a partir do estudo da linguagem constitucional construída no decorrer da sua história.

Analisada a história do Brasil, passaremos ao estudo da Constituição atual, com o objetivo de traçar um panorama para verificar o peso da dignidade humana na ordem jurídica brasileira. A partir disso, poderemos então, verificar como o discurso institucional interage com a práxis social contemporânea, por meio da mediação feita pela linguagem acadêmico-intelectual (erudita) brasileira, voltada para essa temática.

5.1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

5.1.1 O devenir da normatividade tradicional (europeia) no Brasil

Após o período colonial, desde o início da história do Brasil “independente” até os dias atuais (cerca de duzentos anos) tivemos oito

⁹³² PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.27.

Constituições⁹³³, são elas: A Constituição de 1824,⁹³⁴ a Constituição de 1891,⁹³⁵ a Constituição de 1934,⁹³⁶ a Constituição de 1937,⁹³⁷ a Constituição de 1946,⁹³⁸ a Constituição de 1967,⁹³⁹ a Constituição de 1969,⁹⁴⁰ e a Constituição atual de 1988.⁹⁴¹

De acordo com Bonavides (e esquematicamente), o Direito Constitucional Brasileiro sofreu notadamente influência constitucional francesa e inglesa no século XIX; depois um modelo mais voltado ao padrão norte americano (final do século XIX e primeiras décadas do século XX); por fim, e ainda em curso, podemos identificar a “presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão”.⁹⁴²

Nas últimas duas décadas, porém, observa-se ao lado do debate prioritariamente voltado para o diálogo com o constitucionalismo alemão, outras duas tendências, em termos de diálogo com outras tradições constitucionais: de um lado, uma retomada do intercâmbio com a linguagem e categorias do constitucionalismo de *Common Law* norte-americano; de

⁹³³ Dentro da média mundial.

⁹³⁴ BRASIL (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹³⁵ BRASIL (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹³⁶ BRASIL (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹³⁷ BRASIL (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹³⁸ BRASIL (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹³⁹ BRASIL (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹⁴⁰ BRASIL (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

⁹⁴¹ BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 de janeiro de 2017.

⁹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo, 22ª edição, 2008, p.361.

outro, a busca por um diálogo constitucional propriamente latino-americano (que impulsiona uma tendência, ainda não consolidada, designada por “novo constitucionalismo latino americano”. Começemos pelo período colonial.

5.1.1.1 - O Brasil Colônia

A colonização portuguesa no Brasil se iniciou por meio das capitânias hereditárias. Durante os primeiros anos de colonização o processo de domínio utilizado se limitava às relações de vassalagem entre os donatários e o Rei.⁹⁴³

De acordo com a leitura de Renan Aguiar, quando os portugueses chegaram ao Brasil, o que pôde ser visto por eles foi a existência da uma população indígena dispersa no território recém-descoberto e em várias tribos. Para os portugueses o estado em que se encontravam, a organização dos povos indígenas era comparado ao do período neolítico. Somando-se a este cenário do início do período colonial, não existia na estrutura das tribos, instituições políticas ou jurídicas com um mínimo de representatividade, ou uma estrutura que se assemelhasse às europeias. Destarte foi imposto pelos portugueses o seu próprio sistema jurídico, de modo que não restasse quaisquer antigos costumes da organização política das tribos indígenas.⁹⁴⁴

Quanto a este processo de colonização Pinto Coelho afirma que:

Em decorrência da expansão ultramarina, a Metrópole percebeu a necessidade de criar um Direito especial para a direção e organização de sua própria atividade colonial, que implicava como consequência na construção de regras de aplicação do Direito lusitano nas terras colonizadas. Daí decorre o processo de formação normativa de nosso Direito, que convém apresentar em suas linhas gerais. O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado pela prática político-administrativa de traço feudal das Capitânias Hereditárias, baseadas juridicamente na Legislação Eclesiásticas, nas Cartas de Doação e nos Forais. Fracassada a

⁹⁴³ “Tratava-se de um sistema de povoamento, exploração e defesa do território sustentado pela cessão da propriedade ao particular. O domínio da Coroa sobre a colônia estaria fundado somente, de princípio, nas relações de vassalagens estabelecidas entre os donatários e o Rei, o que seria uma mentalidade natural para um país de tradição legal incontrastavelmente medieval”. (SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura reinol na colônia ou Héracles versus a Hidra de Lerna. In: *História do Direito Brasileiro*. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3º ed. – São Paulo: Atlas, p. 127-144, 2012, p.128).

⁹⁴⁴ AGUIAR, Renan. *História do Direito*. Coordenador José Fabio Rodrigues Maciel. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

experiência, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais. [...] Suscintamente, o que se deu foi a transposição, por meio de normas especiais, sobretudo administrativas e judiciárias, do Direito Português para o território brasileiro, e, em pouco tempo (a partir de 1600, diríamos), o direito aplicado no Brasil seria basicamente o mesmo aplicado na Metrópole. Já nos anos setecentos, a história normativa do Direito Colonial Brasileiro encontraria sua fase última com as reformas de Pombal. A grande mudança em matéria legislativa seria a Lei da Boa Razão (1769), que definiria uma centralização e uniformização da interpretação e aplicação das leis nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna.⁹⁴⁵

Simões apresenta as considerações do Abade Raynal sobre o cenário do Brasil Colônia, já em 1770. Nesta época, o governo geralmente concedia a liberdade de conquistar ou ampliar as terras àqueles que solicitavam (devemos lembrar que eram significativamente vastas as dimensões de terras que formavam às capitanias, do tamanho de cidades, ou pequenos Estados). Ademais, a carta de concessão atribuía o poder de tratar o povo escravizado da maneira que lhes convinha. O sistema de vassalagem era hereditário e vitalício. O quinhão de terra era transferido de pai para filho, usufruído por toda a sua vida, e assim sucessivamente, salvo casos nos quais não existia um herdeiro homem ou o vassalo fosse culpado por crime capital.⁹⁴⁶

Sob este prisma, o Direito que passou a vigorar no Brasil, através de um processo de transplantação, foi o direito Português. Importante destacar a passagem de Pinto Coelho sobre esse fenômeno ocorrido no Brasil Colônia:

Devemos refletir que o que se deu com a realidade jurídica brasileira não foi o que se pode chamar de exportação (ou migração) de direito, mas a migração de um povo (o luso-europeu), com toda sua cultura, e somente a partir daí a lenta e gradual construção, por vários mecanismos, de um novo povo (o brasileiro). Este, porém, já tendo assimilado na constituição (e fazendo parte dela) toda a base da cultura jurídica Ocidental. Não houve no Brasil um fenômeno de recepção global de um Direito porque recepção pressupõe um povo que o recebe. Os indígenas não receberam nada. Houve sim o “transplante” de uma cultura, a lusitana, que há muito já havia se formado no seio da tradição romana (por diferentes modos de assimilação), desde a conquista da península pelos romanos em 201 a. C.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Romanismo nas origens da cultura jurídica brasileira. In: *Revista do Centro Acadêmico Afonso Penna – CAAP*. Volume: 2009, p. 515-560, 2009a, p. 527-528.

⁹⁴⁶ RAYNAL *apud* SIMÕES, 2012, p. 129.

⁹⁴⁷ COELHO, 2009a, p. 520.

O autor então conclui com a seguinte afirmação:

O que se deu na colonização brasileira não foi uma implantação, ao molde das colonizações imperialistas como na África e no Oriente, de um sistema jurídico de controle para um povo já existente, consolidado e mantido como povo explorado. Aqui, o que se observou foi, primeiro, o transplante (mesmo que de início precário) de toda uma civilização, às custas, temos que reconhecer, da supressão completa de uma outra civilização incipiente que habitava previamente a terra; e, segundo, a lenta formação de um novo povo com suas peculiaridades (como todo povo), mas claramente definido dentro dos padrões civilizacionais europeus.⁹⁴⁸

Malgrado a ausência de qualquer intenção por parte de Portugal de trazer justiça ao povo ou prestar os serviços mais elementares à sua colônia, voltada completamente para a garantia do poder da coroa portuguesa, para a ordem na produção e para a cobrança de impostos, pode-se dizer, com Pinto Coelho⁹⁴⁹, que a formação do Brasil está imbricada, desde o começo, com o Direito Europeu, a determinar o lento processo de formação jurídica nacional, passando pela experiência do Império e da República, que consolidam as bases romanísticas, em convivência com um direito formalista e dogmático, ambos traços característicos e definidores da cultura jurídica brasileira.

A herança comum Europeia⁹⁵⁰ do Direito Português, sofreu influência do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Canônico.

⁹⁴⁸ COELHO, 2009a, p. 521 (grifo nosso). Em outro texto Pinto Coelho explica mais detidamente a ideia: “Partindo-se dos estudos de Direito Comparado, a questão da formação do Direito Brasileiro poderia enquadrar-se no tema que o comparativista francês Eric Agostini denominou ‘migrações de sistemas jurídicos’. Esse tema se traduz no estudo das normatividades jurídicas como elas se apresentam na contemporaneidade, o que impõe, ao se estudar sistemas como o africano e o japonês, inserirem-nos no estudo da *importação* e da *exportação* dos sistemas europeus (continental ou insular). Porém, quanto à questão do transplante dos sistemas ocidentais para a América Ibérica (e mesmo para a anglo-saxã), a mesma não é tratada no contexto de investigação acima descrito, enquanto simples importação ou exportação, no quadro da denominada ‘recepção parcial ou recepção global’ operada na chamada ‘modernização’ imperialista. Trata-se, antes, de uma ‘transplantação’ de cultura jurídica”. (COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Uma História do Pensamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Atualizar, 2009b, p.67).

⁹⁴⁹ COELHO, 2009a.

⁹⁵⁰ Para Bruno Albergaria se pode perceber facilmente a “integração multicultural do povo brasileiro através de uma perfunctória análise dos hábitos, dos costumes, da culinária, bem como da diversidade religiosa. Todavia, a cultura que mais influenciou o nosso *modus vivendi* é, indubitavelmente, a europeia. Assim, apesar da multiformação cultural, falamos uma língua europeia (português, que se originou do latim); vestimos roupas europeias; temos os hábitos europeus; festejamos as datas europeias (réveillon, Natal, carnaval etc.) e, obviamente, temos um Direito fortemente influenciado pelo Direito Europeu. (ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.197).

Por conseguinte, a transplantação do Direito Português para o Brasil Colônia fez com que o sistema jurídico português à época fosse o mesmo que vigorou no Brasil, daí as influências notadamente do sistema jurídico romanístico na construção da cultura jurídica brasileira.⁹⁵¹

O sistema jurídico português, no período colonial, constituiu-se fundamentalmente de Ordenações Reais. Foram elas, as Ordenações Afonsinas⁹⁵² (1446), Ordenações Manuelinas⁹⁵³ (1521) e as Ordenações Filipinas⁹⁵⁴ (1603).

Cabe ressaltar que não estamos com isso afirmando que o Brasil não tenha se formado em uma população original constituída por indígenas e por africanos, também, pois é esse trinômio (indígenas-europeus-africanos) que forma a base do povo brasileiro. O que se quer dizer é que as práticas de dizimação populacional (segundo muitos, práticas genocidas) e total submissão, no caso da população indígena; e as práticas de escravidão patrimonialista (segundo muitos, de total objetificação mercantil), no caso da população negra subsaariana, acabou por inviabilizar qualquer participação dessas duas importantes populações (e da cultura a elas correlata) na formação histórica da cultura jurídico-política brasileira. Ao terem sido

⁹⁵¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*: Uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53-54.

⁹⁵² Foram as Ordenações Afonsinas que vigiam em Portugal durante a “descoberta” do Brasil, por conseguinte foram elas que passaram a ter vigência no início do período de colonização do Brasil (1500- 1521) e posteriormente foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas.

⁹⁵³ As Ordenações Manuelinas foram promulgadas por Dom Manuel I. Durante os anos de 1521 e 1603 foram as Ordenações Manuelinas que vigoraram em todo território do Brasil.

⁹⁵⁴ As ordenações e Leis de Portugal ou Filipino, teve seu período de vigência iniciado em 1603, à Época a Coroa Espanhola tinha o domínio de Portugal (1580-1640). As Ordenações Filipinas vieram suceder às Afonsinas e Manuelinas, e foi considerada fruto da junção entre as Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência. As Ordenações Filipinas eram divididas em cinco livros: “O Livro Primeiro definia as atribuições, direitos e deveres dos magistrados. O Livro Segundo enfeixa as normas regulando as relações entre a Igreja e Estado, as atribuições do fisco e os privilégios da nobreza. O Livro Terceiro refere-se ao processo civil e criminal, movimentado tão-somente pelo impulso das partes, baseado no princípio dispositivo, com procedimento em forma escrita, desenvolvendo-se em fases rigidamente distintas. O Livro Quinto restringe-se especificamente à matéria penal” (SARNEY, José. Nota do editor. In: PORTUGAL. Código Philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: Recompiladas por mando d’el-Rey D. Philippe I. – Ed. fac-similar da 14^aed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, V. 38-A (Edições Senado Federal), 2004.

impedidos de exercer sua expressividade, não foram de início reconhecidos. Pinto Coelho explica essa questão:

Nossa Nação é ocidental e definida pela *mundivisão* europeia. Não há que se falar, sobretudo no plano do Direito, de uma interpenetração de características do sistema jurídico romanístico com os supostos *Direitos Indígenas* ou com os *Direitos Africanos*. Isso não porque se impõe artificialmente esse direito a um povo que com ele não se identifica, mas porque se impôs um povo e uma cultura – a europeia –, da qual esse direito é legatário, em um novo território. [...]. Algumas leituras de crítica emancipadora de nossa cultura, buscam definir uma autonomia cultural brasileira e latino-americana por meio da identificação de sistemas de vida pré-lusitanos presentes em nossa base civilizacional. Se é razoável esse enfoque para algumas nações (talvez Peru, Bolívia e, um pouco menos, México sejam bons exemplos), não o é para a peculiaridade marginal da formação nacional brasileira. Nosso posicionamento é de que precisamos admitir que ocupamos o território de um povo que pouco tem a ver (do ponto de vista civilizacional) conosco e o substituímos enquanto nação existente nesse território. E mais, que a busca por nossa emancipação da situação de economia periférica de modo nenhum passa por esse resgate quimérico.⁹⁵⁵

Pinto Coelho complementa que isto não significa dizer que não se deve reconhecer e apoiar as lutas emancipatórias das minorias indígenas e as lutas redistributivas da população afrodescendente. Pelo contrário, a posição do autor é de que justamente pelo não reconhecimento, a conseqüente não participação e a injusta exclusão sofrida no passado, é que se justifica a busca por esse reconhecimento no presente. Outra coisa é dizer que a cultura jurídica brasileira tenha sido formada pela conjunção dos traços normativos destas três populações. No caso do Direito, que operava no período colonial uma estrutura de dominação, isto não ocorreu. A mesma leitura se faz presente na análise do reconhecido Sociólogo do Direito, Machado Neto. Com relação à cultura tradicional indígena brasileira sustenta que:

Em outros aspectos da cultura, especialmente no folclore, na alimentação e em certos hábitos do homem brasileiro, particularmente o nordestino e o homem da grande bacia amazônica, a contribuição do índio para a formação de nossa cultura, embora modesta – por outra – é ainda bastante palpável. Nos grandes produtos da cultura espiritual é, porém, sua contribuição seria nenhuma ou quase insignificante. Tal foi o que aconteceu no plano do Direito.⁹⁵⁶

⁹⁵⁵ COELHO, 2009b, p. 66.

⁹⁵⁶ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.309-310.

E com relação à cultura tradicional africana, pondera:

Trazidos na condição de escravos, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração social a que lhe impelia a imigração não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na formação do direito brasileiro.⁹⁵⁷

E Antônio Carlos Wolkmer, complementa, afirmando, quanto a esse período de formação da cultura jurídica brasileira, que:

No aspecto da estrutura política, percebe-se a formação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana surgiu sem nenhuma preocupação, identificando ou mesmo diálogo com as estruturas organizacionais negras ou indígenas e evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários de terras, desenvolvendo-se um cenário contraditório de dominação política entre a 'pulverização de poder na mão dos donos das terras' e o 'esforço centralizador que a Coroa impunha através dos governadores-gerais e da administração legalista', que logo se fez aparecer. Isso permitiu construir um modelo de Estado marcado pela incorporação e adaptação de instituições políticas de diretrizes 'patrimonialistas e burocráticas inerentes ao modelo conservador de organização administrativa portuguesa'.⁹⁵⁸

Quanto a esse ponto, vê-se que a formação da cultura constitucional brasileira se difere exponencialmente dos casos de Rússia, Índia e China, onde o contato com a cultura colonizadora europeia exigiu necessariamente uma convivência de pessoas, de sociedade e de culturas normativas. No Brasil isso não houve, certamente não no plano das estruturas de poder, como o Direito.

5.1.1.2 - O Brasil Império

É ponto pacífico na historiografia, porém, que é a partir do processo de independência, no início do século XIX, que o Brasil construirá autonomia em termos de cultura constitucional, em relação ao constitucionalismo português. O primeiro período constitucional brasileiro é o Brasil Império, que se alarga do ano da Proclamação de Independência do Brasil, em 1822, até o

⁹⁵⁷ MACHADO NETO, 1979, p. 310.

⁹⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.42.

colapso das instituições imperiais monárquicas e a instauração da República no ano de 1889.⁹⁵⁹

A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume Constitucional uma forma de Governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo.⁹⁶⁰

A Constituição do Império vigorou por 65 anos, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, estabelecendo um governo “Monarchico Hereditário, Constitucional e Representativo” (artigo 3), para esse período brasileiro.

Uma questão importante, em relação à Constituição do Império, foi a de que durante o projeto da constituinte os poderes do Estado se subdividiram, tal como é hoje, com fundamento no esquema de Montesquieu, em poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, na versão outorgada, o modelo de Montesquieu foi abandonado e sobreveio o modelo de repartição tetradimensional dos poderes do Estado, incluindo assim, aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, “de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império”.⁹⁶¹ Tal como dispõe a Carta Constitucional Imperial:

Artigo 09. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece.

Artigo 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

O Texto Constitucional ainda dispõe que: “a Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil” (artigo 4). Na vivência concreta deste Diploma Constitucional culminou em ser, o poder moderador, “O Poder dos Poderes”, acima dos demais poderes, o

⁹⁵⁹ Cf. BONAVIDES, 2008. Golpe de Estado realizado por militares em 15 de novembro de 1989.

⁹⁶⁰ BONAVIDES, 2008, p.363.

⁹⁶¹ BONAVIDES, 2008, p.364.

que facilitou o desfazimento da monarquia que acabou por ser substituída, em 1889, pelo sistema de governo republicano.⁹⁶²

De acordo com o Título V, Capítulo I da Constituição Monárquica o Poder Moderador:

Artigo 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos.

Eram considerados representantes do povo, o Monarca Dom Pedro I e a Assembleia Parlamentar. “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (artigo 99). Em outras palavras, durante a monarquia parlamentarista na qual existiu o Poder Moderador, de atribuição privativa do Imperador, todo e qualquer ato imperial era considerado inapreciável por qualquer outro poder.⁹⁶³

Portanto, a fase do Constitucionalismo imperial brasileiro, que coincidia com a fase do constitucionalismo liberal não é equiparável nem a uma monarquia propriamente constitucional (como a inglesa ou a escandinava) em razão dos excessivos e desequilibrantes poderes constitucionais dados ao imperador; nem a um constitucionalismo propriamente liberal, pois esta ordem constitucional autorizara, regulara e convivera com um regime de escravidão, por exemplo.

Já o Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Geral, que por seu turno era composta de duas Câmaras, sendo a Câmara dos Senadores ou Senado e a Câmara dos Deputados (artigo 14).

Pese a isso, a Constituição Imperial brasileira estabeleceu um primeiro rol de direitos e garantias fundamentais, em terras brasileiras. No Título 8º da Constituição, denominado “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, é onde podemos

⁹⁶² Cf. BONAVIDES, 2008.

⁹⁶³ Cf. BONAVIDES; Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil: Império [segundo reinado- 1840-1889]. 3ª ed., volume II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 25 *et. seq.*

encontrar esse rol dos direitos e liberdades civis, especificamente em seu artigo 179, que no caput estabelece: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

Esses direitos são, na sequência do texto, especificados da seguinte forma:

I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei; II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica; III. A sua disposição não terá effeito retroactivo; IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar; V. Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica; [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade; XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, [entre outros].⁹⁶⁴

Bem ou mal, inicia-se no Brasil, em 1824, uma cultura constitucional de declaração de direitos. Cultura essa, por outro lado, que convivía com o contraste e o paradoxo da manutenção da escravidão racial, até finais do século XIX.

5.1.2 O Brasil República

5.1.2.1 - A Era da República

Após o período imperial, sobreveio a República, mudando também os valores e princípios nos quais se fundavam a organização do Estado.⁹⁶⁵ O

⁹⁶⁴ Interessante pontuar que apesar deste artigo estar situado na parte final da Constituição Imperial, já estavam, mesmo que formalmente esses direitos e liberdades presentes nos incisos do artigo 179 da Constituição Imperial.

⁹⁶⁵ Nas palavras de Bonavides (2008, p. 364): “Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados-Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jeferson e Washington, da Assembléia

cenário que podia ser percebido entre o final do período Imperial e os primeiros momentos da República era de grandes mudanças, onde se multiplicam diversas mundivisões que alcançaram o território brasileiro e por vezes mal absorvidas. Ademais, podia ser notada a ascensão dos valores cientificistas e positivistas em detrimento dos valores tradicionais.⁹⁶⁶

Com o início da República brasileira, vários foram os grupos que passaram a disputar o poder estatal, principalmente os representantes das oligarquias⁹⁶⁷ da classe média. De acordo com Renan Aguiar, a política republicana tendia a divisões em grupos, tais como, liberais republicanos, novos liberais, positivistas abolicionistas, federalistas positivistas e federalistas científicos, que poderiam ser considerados não estruturados, num conjunto que unia os conservadores e os radicais.⁹⁶⁸

Como forma de instituir o novo Estado Republicano, após a convocação da Assembleia Constituinte⁹⁶⁹, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Assim está disposto em seu preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição”.

De acordo com a primeira Constituição pós-império: “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a

Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano”.

⁹⁶⁶ AGUIAR, 2010, p. 161.

⁹⁶⁷ Os federalistas de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, foram os principais representantes dos grupos oligárquicos.

⁹⁶⁸ AGUIAR, 2010.

⁹⁶⁹ O processo de elaboração de um projeto do texto constitucional ficou a cargo da Comissão dos Cinco, como ficou conhecido o grupo composto por Joaquim Saldanha Marinho, Américo Brasiliense de Almeida Mello, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Francisco José Pestana e José Antônio Pereira de Magalhães Castro. Porém, após a entrega desse projeto ao governo provisório, o trabalho feito pela Comissão dos Cinco passou pela rigorosa análise de Rui Barbosa, que à época ocupava o cargo de ministro da fazenda. Rui Barbosa acabou por alterar grande parte do texto que ele mesmo chegou a se considerar o próprio autor, ocasionando, por conseguinte uma discussão no meio jurídico sobre a autoria do projeto. O resultado dessa alteração foi atribuir a autoria do projeto à Comissão dos Cinco juntamente com Rui Barbosa.

República Federativa, [...], e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

O Brasil passou a ser uma república federativa, no entanto carecia de uma legislação civil própria.⁹⁷⁰ O governo aferiu, então, a necessidade de formulação da legislação civil própria, e para tal, utilizou dos conhecimentos de Clóvis Beviláqua no processo de elaboração do texto do Código Civil que foi promulgado em 1º de janeiro de 1916 e somente com esta promulgação é que o Brasil pôde abandonar as Ordenações do Reino. O Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/1916) vigeu no Brasil até 2002.⁹⁷¹

Acerca desse novo período constitucional, afirma Bonavides que:

Durante cerca de 40 anos o Brasil republicano e Constitucional perfilhou, exterior e formalmente, da doutrina um constitucionalismo de raízes norte-americanas com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito.⁹⁷²

Nesse novo contexto constitucional, a plenitude formal das Intuições liberais estava presente. Nesse período, a cultura constitucional brasileira recebeu grande influência do sistema constitucional norte-americano. Não obstante, a Constituição de 1881 passou por um processo de revisão em 1926. Pode-se considerar que “veio ela porém com bastante atraso, não preenchendo as finalidades previstas nem impedindo que a Primeira República (1891-1930) se desmoronasse, por efeito da desmoralização oligárquica dos poderes”.⁹⁷³

É que, num país de dimensões continentais, com uma cultura e burocracia de Estado eivadas de um localismo imposto, dentre outros motivos, pela própria herança constitucional lusitana (país de diminutas proporções

⁹⁷⁰ O Brasil passou todo o período imperial sem um Código Civil, utilizando de forma adaptada as Ordenações Filipinas herdadas de Portugal.

⁹⁷¹ Sobre essa codificação Pontes de Miranda manifesta o seguinte: “Conclui-se a obra Consolidação das Leis Civis, ampla, erudita e fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de todo modo a construir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes”. (PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.80).

⁹⁷² BONAVIDES, 2008,p.365.

⁹⁷³ BONAVIDES,2008, p.366.

territoriais e forte presença de poderes locais⁹⁷⁴), a oligarquias locais acabaram por determinar os primeiros dias do republicanismo brasileiro.

A sociedade brasileira foi, nesta época, claramente elitista, tanto no âmbito econômico quanto no político. Os grandes produtores de Minas Gerais e São Paulo se revezavam no poder. Esta conjuntura política foi denominada “café com leite”, referindo-se à alternância de poder entre os produtores de café paulistas e os produtores mineiros de leite.⁹⁷⁵

Os anos 30 marcaram sobremaneira a construção de uma nova ordem constitucional. Em 16 de julho de 1934 promulgou-se a nova Constituição, instaurando, assim, o terceiro período da história constitucional do Brasil, após sua independência. Essa década foi marcada por renúncias, quedas de governo e constituições, períodos de crises, impedimentos e golpes de Estado.

A segunda república (1934-1937) se instaurou com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que foi posta a termo brevemente pelo golpe de estado ocorrido em 10 de novembro de 1937.

Com a promulgação da Constituição de 1934, notam-se modificações indicadoras do aparecimento dos primeiros tímidos traços de constitucionalismo social no Brasil. Nessa nova Constituição:

Os princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.⁹⁷⁶

A Constituição de 1934 trouxe uma importante colaboração ao incluir no seu texto um rol de direitos fundamentais sociais, considerados

⁹⁷⁴ Sobre o localismo em Portugal e sua influência na cultura constitucional lusitana veja-se HESAPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Almedina Editores, 2007; 2ª ed. alterada, 2009.

⁹⁷⁵ Soma-se ao fortalecimento da política “café com leite”, a facilidade com que os coronéis (em grande maioria os próprios produtores) conseguiam influenciar as eleições. Uma vez que, o voto não era secreto, os Coronéis praticamente obrigavam os colonos e trabalhadores a votarem nos candidatos que lhes conviessem. A este tipo de imposição durante o processo eleitoral se denominou “voto de cabresto”.

⁹⁷⁶ BONAVIDES, 2008, p.366.

direitos de segunda dimensão. Esse rol de direitos foi inspirado na Constituição Alemã de 1919. A conhecida Constituição de Weimar teve grande influência por todo o Ocidente, não tendo sido diferente no Brasil, marcando, no caso brasileiro, a passagem do mitigado modelo liberal brasileiro, para o regime democrático social, também este repleto de idiossincrasias e mitigações conservadoras.⁹⁷⁷

De acordo com Alexandre Walmott Borges e outros, houve uma ruptura constitucional (1930-1934) que configurou

algo além do que a inserção da ordem social e econômica no constitucionalismo brasileiro. A constituição de 1934 foi carregada de visão ideológica de solução coletiva/estatal, e de direção estatal sobre a sociedade, e com a previsão de ascendência do legislador sobre direitos. A ordem econômica e social da constituição de 1934 é muito mais a indicação de política econômica estatal do que um rol de direitos sociais fundamentais. A ascendência da visão moral do positivismo para a ordem constitucional foi mais forte com o texto de 1937. O coletivismo/estatalismo do positivismo foi além da direção material de organização, entendendo que a direção estatal corresponde à exigência de um projeto moral de Estado.⁹⁷⁸

De acordo com *caput* do artigo 113: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade”. O artigo continua apresentando um rol de trinta e oito direitos,

⁹⁷⁷ Importante destacar o texto do preâmbulo desta Constituição: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País” (grifo do autor).

⁹⁷⁸ BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: entre a Tutela de Direitos e a Tutela do Ordenamento. In: Jurisdição Constitucional e Democracia. [Recurso eletrônico] Adriana Fasolo Pilati Scheleder... [et al]. Itajaí: Ed. da Univali, p. 138-164, 2016, p. 148.

dentre os quais podemos destacar a previsão de que “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”; “ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”; “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; “por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do artigo 111, letra *b*”⁹⁷⁹; “é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil”, dentre outros.

Em 1937, Getúlio Vargas revoga a Constituição de 1934, dissolve o Senado e a Câmara, e outorga um novo texto constitucional. Este período também chamado Estado Novo foi o regime no qual Vargas governou sob uma “ditadura unipessoal”. É importante frisar que o documento constitucional não foi promulgado e sim outorgado, originado de um Golpe de Estado.⁹⁸⁰ Contudo, esse ato eminentemente autoritário acabou por não ser cumprido “pelos titulares do poder”, ou seja, autoridades se rebelaram à constituição autoritária de Getúlio, desafiando-a e desobedecendo-a. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma:

A Carta de 1937, não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram lei morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos o Presidente da República, que legislava por via decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.⁹⁸¹

Anos depois, já em 29 de outubro de 1945, resultou a instauração do golpe de estado que deu início a um período de “restauração constitucional do sistema representativo” por meio de Assembleia Constituinte que culminou com a Terceira República, com a promulgação da Constituição de 1946, e teve

⁹⁷⁹ O artigo 111, alínea B, dispõe: “Perdem-se os direitos políticos: b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política”.

⁹⁸⁰ Cf. BONAVIDES, 2008.

⁹⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37^a ed. Revisada e atualizada. Editora Malheiros, 2014, p.29.

seu período de vigência até abril de 1964 quando teve início no Brasil, o chamado “Período Obscuro” ou a “Revolução de 1964 dos Militares”.⁹⁸²

Com o fim da Segunda Grande Guerra, houve uma tensão política na busca pela redemocratização do País. Essa pressão política fez com que voltassem a existir os partidos políticos, bem como foram marcadas eleições para o cargo de Presidente da República e para uma nova Assembleia Nacional. Consoante a esses movimentos na busca pela redemocratização do país, a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946, buscou, de certo modo atender aos anseios e reivindicações da classe trabalhadora, com o retorno das liberdades políticas e civis. Foi um período constitucional relativamente longo e estável.

Alexandre Walmott e outros, ao traçarem um paralelo entre a Constituição de 1946 e a atual Constituição, manifestam o seguinte:

As constituições de 1946 e 1988 foram aquelas que na história constitucional brasileira representaram (ou ainda representa, no caso do texto de 1988) a estrutura de estado de direito democrático. Nas duas houve/há a combinação de direitos individuais, direitos políticos de participação ampla e direitos sociais e econômicos. Nas duas o funcionamento do sistema representativo se dá/deu com competição partidária e universalidade dos eleitores, com eleições transparentes e regulares.⁹⁸³

E, quanto ao sistema de controle constitucional, afirmam que:

A constituição de 1946 manteve algumas estruturas do sistema de controle gestado em 34 e em 37 com aperfeiçoamentos. Houve a melhor disciplina de quais os princípios federativos podiam dar azo à representação interventiva, tornando esta ação a única, até 1965, do sistema de controle concentrado no direito brasileiro.⁹⁸⁴ A iniciativa de tal ação era exclusiva do Procurador geral da República.⁹⁸⁵

⁹⁸² BONAVIDES, 2008, p.367.

⁹⁸³ BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p.09.

⁹⁸⁴ A título de comparação, Fernandes classifica o controle de constitucionalidade brasileiro atual e identifica as contribuições: “Com a Constituição de 1988, uma gama de novidades são trazidas a lume no que tange ao controle de constitucionalidade. É bem verdade que o nosso controle continua, em regra, um controle judicial repressivo de cunho misto (ou, para alguns, híbrido). Nesse sentido, continuamos a ter o controle difuso, nos termos clássicos (com a previsão da cláusula de reserva de plenário e a atuação do Senado Federal) e um controle concentrado” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.910).

⁹⁸⁵ BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p.10.

Já em 1954, o suicídio de Getúlio Vargas (então novamente presidente, mas desta feita eleito) teve um profundo significado político. “O ato em si continha uma carga dramática capaz de eletrizar a grande massa”.⁹⁸⁶ Na Carta-Testamento, como ficou conhecido o documento deixado por Vargas, destacamos algumas passagens contundentes. Veja-se:

Mais uma vez as forças e os interesses contra o povo coordenaram-se e novamente se desencadeiam sobre mim. Não me acusam, insultam; não me combatem, caluniam, e não me dão o direito de defesa. Precisam sufocar a minha voz e impedir a minha ação, para que eu não continue a defender, como sempre defendi, o povo e principalmente os humildes. Sigo o destino que me é imposto. Depois de decênios de domínio e espoliação dos grupos econômicos e financeiros internacionais, fiz-me chefe de uma revolução e venci. Iniciei o trabalho de libertação e instaurei o regime de liberdade social. Tive de renunciar. Voltei ao governo nos braços do povo. [...] Não querem que o trabalhador seja livre. Não querem que o povo seja independente. Assumi o Governo dentro da espiral inflacionária que destruíra os valores do trabalho. Os lucros das empresas estrangeiras alcançavam até 500% ao ano. [...]. Era escravo do povo e hoje me liberto para a vida eterna. Mas esse povo de quem fui escravo não mais será escravo de ninguém. Meu sacrifício ficará para sempre em sua alma e meu sangue será o preço do seu resgate. Lutei contra a espoliação do Brasil. Lutei contra a espoliação do povo. Tenho lutado de peito aberto. O ódio, as infâmias, a calúnia não abateram meu ânimo. Eu vos dei a minha vida. Agora vos ofereço a minha morte. Nada receio. Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade e saio da vida para entrar na História. (Rio de Janeiro, 23/08/54 - Getúlio Vargas).⁹⁸⁷

O efeito da morte de Getúlio foi imediato. Para a massa trabalhadora a figura do ex-Presidente permaneceu como a de um “homem que ouvia a voz dos humildes”, o responsável pela instauração da legislação trabalhista no Brasil.⁹⁸⁸

A Vargas seguiram-se outros presidentes democraticamente eleitos. Destaca-se, quanto ao tema desta tese, a figura de Juscelino Kubistchek, presidente que implementou uma política de equalização das regiões do agigantado território, impulsionado pela transferência da capital para o centro do país, com a criação de um Distrito Federal junto ao Estado de Goiás.

⁹⁸⁶ FAUSTO, Boris. *A História do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995, p. 417.

⁹⁸⁷VARGAS, GETÚLIO. *Carta Testamento*. Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1954. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/getulio-vargas/carta-testamento-de-getulio-vargas>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

⁹⁸⁸ FAUSTO, 1995, p. 418.

5.1.2.2 - A Ditadura Militar no Brasil

Boris Fausto, em relação ao início do período da Ditadura Militar no Brasil, destaca que:

O movimento de 31 de março de 1964 tinha sido lançado aparentemente para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia, mas o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados Atos Institucionais (AIs). Eles eram justificados como decorrência 'do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções'.⁹⁸⁹

Durante o período militar alguns documentos constitucionais foram considerados fruto de “poderes constituintes paralelos” tais como os referidos Atos Institucionais, além da Carta Constitucional de 24 de janeiro de 1967 e da Primeira Emenda Constitucional de 1969.

O fundamento aparentemente legitimador utilizado no preâmbulo do Ato Institucional número 1, está exposto no início do Ato Institucional número 5, que dispõe o seguinte:

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964).⁹⁹⁰

Dar ao País um Regime baseado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana foi o que realmente não ocorreu. Este período obscuro da História Brasileira não só tolheu a liberdade dos indivíduos, mas também cerceou o devido processo legal, lançando mão de métodos

⁹⁸⁹FAUSTO, 1995, p. 465.

⁹⁹⁰BRASIL. Ato Institucional número 5 (AI5). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2016 (grifo nosso).

inquisitórios totalmente em desacordo com uma ordem democrática, que deve prezar pela efetivação da dignidade.

A Ditadura Militar no Brasil fez com que o princípio fundamental da dignidade sofresse uma de suas maiores violações na história brasileira. Assomam-se e constituem tal violação, os vários jovens vitimados por torturas, desaparecimentos sem solução e outras tantas pessoas, condenadas ao exílio.

Em nome da ordem e segurança pública e do interesse nacional, a suposta dignidade da maioria dos brasileiros era garantido pelo desrespeito a esta mesma dignidade, na persecução dos identificados como “inimigos do Brasil”.⁹⁹¹

5.1.3 O Direito Constitucional Contemporâneo do Brasil

5.1.3.1 - A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição vigente no Brasil, é considerada um divisor de águas para o Direito Constitucional Contemporâneo, e isso se dá pelos avanços trazidos no Texto Constitucional de 1988, notadamente no que se refere ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Fato que [a] democracia hoje não se dá apenas pela possibilidade de escolha dos atores políticos, mas inclui ainda uma proteção constitucional que afirma: **a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; da legalidade das ações estatais; um sistema de garantias jurídicas e processuais.** ⁹⁹²

Assim, no que se refere ao processo de criação das Constituições, Bonavides afirma que:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo das constituintes uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem destinatário da norma

⁹⁹¹ DAL RI JÚNIOR, Arno (1974). *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁹⁹² FERNANDES, 2010, p.216 (grifo do autor).

constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com Estado, cujo o modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refrataria a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.⁹⁹³

Segundo o atual texto constitucional, a Ordem Constitucional Brasileira está alicerçada sob os princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, de acordo com seu artigo primeiro.

Sobre essa principiologia constitucional tido como exemplar, Jorge Miranda considera o seguinte:

Naturalmente, o alcance dessas fórmulas tem de ser descoberto no contexto sistemático das Constituições. Se elas são de per si de grande importância, não se dissociam dos restantes princípios estruturadores dos ordenamentos constitucionais. E é aí, muito mais que no catálogo maior ou menor dos direitos proclamados, que se encontra o núcleo da problemática dos direitos fundamentais.⁹⁹⁴

Com efeito, deu-se o desenvolvimento de um novo direito constitucional que “[...] teve como componente essencial o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, capaz de atender às novas demandas e percepções de uma sociedade plural e complexa”.⁹⁹⁵

Alcançou-se a força normativa da Constituição, e levantou-se a bandeira de construção da eficácia da Constituição. Passou-se a considerar que as normas constitucionais se sobrepõem às demais normas jurídicas, sendo o texto constitucional dotado de uma superlegalidade, ou seja, a Constituição tem a especificidade de ter superioridade jurídica, sob as demais normas do ordenamento jurídico. Com efeito, a natureza da linguagem por meio da qual a Constituição exprime, é caracterizada por seu alcance mais aberto e, conseqüentemente, um grau maior de abstração, fazendo com que o poder de discricionariedade do interprete constitucional seja mais amplo.

⁹⁹³ BONAVIDES, 2008, p.368.

⁹⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, 1ª ed. – Coimbra Editora, setembro de 2014, p.144.

⁹⁹⁵ BARROSO, 2014, p.137.

Para Barroso, o caráter político da Constituição está sobremaneira alicerçado na passagem da construção do texto constitucional elaborado pelo poder constituinte originário à ordem instituída, e neste sentido afirma que “cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos”, buscando uma harmonização nas relações entre os três poderes, sendo sensível, nesse mister, atuação do STF.⁹⁹⁶ Sobre isso, Barroso constrói o seguinte detalhamento analítico:

A Constituição é um processo civilizatório. Ela tem por finalidade *conservar* as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade a *avançar* na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o status quo; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real.⁹⁹⁷

Nas últimas duas décadas, consolidaram-se no pensamento constitucional brasileiro, princípios de interpretação constitucional voltados a orientar o debate sobre o controle de constitucionalidade e a efetivação da Constituição.⁹⁹⁸

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional são os seguintes: Princípio da supremacia da Constituição; Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; Princípio da interpretação conforme a Constituição; Princípio da unidade da Constituição;

⁹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.137.

⁹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.46.

⁹⁹⁸“Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência” (BARROSO, 2014, p.165).

Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade e; Princípio da efetividade.⁹⁹⁹

A este respeito, o interessante artigo de Juliano Zaiden Benvindo intitulado “A ‘última palavra’, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro” dispõe o seguinte: “É essa a grande questão – porque, afinal, querer se afirmar o detentor da “última palavra” não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida; caso contrário, perde em legitimidade. Ter a tão desejada “última palavra” é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a “última palavra” é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de

⁹⁹⁹ O Princípio da Supremacia da Constituição destaca a superioridade hierárquica do texto constitucional em detrimento de qualquer outra norma que compõe o ordenamento jurídico. Ademais, é o texto constitucional que dita as regras, em termos de conteúdo, para que uma norma possa ser considerada constitucional; caso contrário, será declarada inconstitucional, no limite de sua inconstitucionalidade. O Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público é atribuído aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cuja interpretação e aplicação, lhes são conferidos pela Constituição. Assim sendo, o Judiciário não detém sozinho a interpretação do documento fundamental, cabendo, no entanto, a esse poder a decisão final. O Princípio da interpretação conforme a Constituição, preza a interpretação segundo o texto constitucional, e em tendo mais de uma interpretação possível para a questão, o entendimento que deve prevalecer, é o que está respaldado pela Constituição em detrimento de qualquer outro dispositivo infraconstitucional. Para o Princípio da unidade da Constituição, a interpretação do texto constitucional deve buscar uma interpretação coerente evitando antinomia entre suas normas, ou seja, considerando a norma jurídica como sistema, este deve “pressupor unidade, equilíbrio e harmonia”. (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003 e BARROSO, 2014, p.167). O Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade não está amparado expressamente pela Constituição Federal. No entanto, trata-se de um importante “instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público” além de “funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema” (BARROSO, 2014, p.168). Princípio da efetividade ou Princípio da máxima efetividade ou eficiência, concede uma atribuição de sentido à norma, tornando-a o mais eficaz possível. Em outras palavras, esse princípio busca estreitar a relação entre o *dever-ser* da norma e o *ser*, presente na realidade social.

constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas”.¹⁰⁰⁰

A estrutura da Constituição está disposta em Preâmbulo e 10 Títulos que tratam dos seguintes temas: Título I - Princípios Fundamentais, Título II - Direitos e Garantias Fundamentais, Título III - Organização do Estado, Título IV - Organização dos Poderes, Título V - Defesa do Estado e das Instituições, Título VI - Tributação e Orçamento, Título VII - Ordem Econômica e Financeira, Título VIII - Ordem Social, Título IX - Disposições Gerais, e ao final do documento, está o Título X – Ato das disposições Constitucionais Transitórias com, 100 artigos, além dos 250 artigos que compõe o texto constitucional.

Até o início do segundo semestre de 2016, o texto constitucional sofreu quase 100 (cem) alterações via Emendas Constitucionais. Esse extenso diploma constitucional se inicia com o preâmbulo citado abaixo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

5.1.3.2 - A estrutura constitucional das fontes do Direito brasileiro contemporâneo

As Fontes¹⁰⁰¹ do Direito “podem ser precisadas como manifestações de regras jurídicas de conduta da pessoa, regras essas exaradas por um

¹⁰⁰⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*.v. 51, n. 201, jan./mar., p. 71-95, 2014, p.83.

¹⁰⁰¹ “A sugestiva expressão latina *fons et origo* aponta para a origem de algo: origem no sentido concreto de causação e ponto de partida. *Fonte*, na linguagem corrente, pode aludir a um local ou a um fator, ou à relação entre um fenômeno e outro, do qual o primeiro serve de causa” (SALDANHA, Nelson. Fontes do Direito. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.38, p.47).

determinado órgão do próprio convívio ou mesmo do juízo de cada pessoa humana”.¹⁰⁰² Acerca da importância de se precisar as fontes do direito, e da doutrina daí consequente, escreve Aarnio:

La historia del pensamiento jurídico nos enseña que la doctrina de las fuentes del derecho ocupa una posición importante tanto en la actividad de la toma de decisiones en los tribunales como en la comprensión de la investigación en la dogmática jurídica. La concepción de cuál actividad de decisión - y, consecuentemente, qué dogmática jurídica - existe en cada período depende decididamente del contenido de la doctrina de las fuentes del derecho que se adopte.¹⁰⁰³

As fontes formais Estatais são a Legislação, a produção jurisprudencial, convenções internacionais e a prática consuetudinária. Já as fontes formais não Estatais, são as atividades científico-jurídicas, o poder negocial e o poder normativo dos grupos sociais.¹⁰⁰⁴

Em que pese a distinção entre fontes formais e fontes materiais ser a classificação utilizada por grande parte dos teóricos do direito brasileiro, existem aqueles que optam por se referir somente a fontes do direito, sem incorrer em qualquer diferenciação entre formais e materiais. Neste sentido, Reale expõe que a “expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras do direito”.¹⁰⁰⁵

De acordo com Reale “toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder”.¹⁰⁰⁶ E, acrescenta que:

À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de poder: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰² GAMA, Ricardo Rodrigues. *Curso de Introdução ao Direito*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p.135.

¹⁰⁰³ AARNIO, Aulis. *Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 133.

¹⁰⁰⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰⁰⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. Ed. (ajustada ao novo código civil). São Paulo: Saraiva, - 4ª tiragem, 2004, p.140.

¹⁰⁰⁶ REALE, 2004, p. 141.

¹⁰⁰⁷ REALE, 2004, p. 141.

Indo ao encontro do entendimento de Reale, no sentido de não ser mais apropriada a classificação clássica das fontes do direito em formais e materiais, Bustamante afirma o seguinte:

A concepção formal é insuficiente porque nem todas as razões que contam no discurso jurídico derivam de um ato normativo institucionalmente regulado; e a concepção material é insuficiente porque não há uma causalidade ou implicação estrita entre os fatores extrajurídicos que geram o Direito e o conteúdo das decisões individuais que resultam da sua aplicação.¹⁰⁰⁸

O autor opta por adotar um conceito argumentativo de fontes de direito. Esse posicionamento fica claro na seguinte passagem:

As “fontes do direito” já não configuram uma resposta inequívoca sobre a força e a obrigatoriedade do direito a partir do momento em que se reconhece a natureza argumentativa do direito e a relativa insegurança de suas normas. As fontes do direito devem ser redefinidas, portanto, como as razões que podem ser empregadas pelos juristas na formulação das normas gerais e individuais que são construídas na aplicação do direito.¹⁰⁰⁹

Para Neves a experiência jurídica se consubstancia *na matriz constituinte do direito*, e pode ser elencada em consuetudinária, legislativa e jurisdicional, tal como na seguinte passagem:

Podem-se distinguir os tipos de experiência jurídica *consuetudinária, legislativa e jurisdicional*, consoante o direito tenha a sua base constitutiva na *tradição* (através do ‘costume’ ou de uma prática normativamente consuetudinária), na *legislação* (através de actos legislativos ou formais prescrições normativas) ou na *jurisdição* (através das decisões jurisdicionais ou de juízos concretamente normativos).¹⁰¹⁰

A experiência jurídica consuetudinária deve ser entendida em sentido estrito e específico “como o comportamento socialmente estabilizado (i. é, constante e repetido), seja em termos de conduta, seja em termos

¹⁰⁰⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O Direito e a Incerteza de suas Fontes: Um Problema em aberto para a Dogmática Jurídica Contemporânea. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013, p. 306. Ainda, no sentido de buscar uma ressignificação para as fontes do direito, Bustamante, explicando seu fundamento, afirma que “o conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação” e acrescenta que “a prática do Direito é uma prática comunicativa. Ou seja, um processo de troca de atos de fala que geram sentido para os textos normativos”.

¹⁰⁰⁹ BUSTAMANTE, 2003, p. 322.

¹⁰¹⁰ NEVES, A. Castanheira. Fontes do Direito: Contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXIII, 1982, p.180.

decisórios” os quais devem provocar imediatamente “um normativo vínculo jurídico ou que em si mesmo se impõe como um normativo critério jurídico”.

1011

De certo, podemos considerar que a experiência jurídica legislativa é o oposto da experiência jurídica consuetudinária. Com efeito, a legislação “ou a sua expressão formal: lei – desempenha a função normativo-juridicamente específica que a diferencia de todos os outros modos constituintes do direito”, sendo considerada a lei a *fons fontium*, ou seja, a fonte originária do direito.¹⁰¹² Isto, num sistema de *Civil Law*, evidentemente, como é o brasileiro.

Já a experiência jurídica jurisdicional ocupa um lugar intermediário entre as anteriormente citadas, “mas não só em sentido lógico, mais ainda numa perspectiva histórica e mesmo em todos os aspectos normativamente significativos”. Ela parte de uma questão jurídica concreta, postula uma normatividade que tenha uma problematização concreta sobre o problema jurídico por um lado, e por outro lado, uma normatividade que deixa margem à certos critérios normativos particulares que podem interferir no resultado final da questão.¹⁰¹³

A Legislação é uma importante fonte do direito brasileiro, esta é produzida pelos órgãos estatais e pode ser considerada primária quando se refere à Constituição, Lei Complementar, Lei Ordinária, Lei Delegada, Medida Provisória, Decretos Legislativo, Resoluções do Senado. E se classificam em secundárias, subordinadas ou complementares quando forem Decretos Regulamentares Instruções Ministeriais, Portarias, Ordem de Serviços entre outros.¹⁰¹⁴

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, o processo Legislativo compreende a elaboração de emendas Constitucionais,

¹⁰¹¹ NEVES, 1982, p.184.

¹⁰¹² NEVES, 1982, p.190 e p.213.

¹⁰¹³ NEVES, 1982, p.198.

¹⁰¹⁴ DINIZ, 2006.

leis complementares; leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.¹⁰¹⁵

Assim, fonte legal, de acordo com a Constituição não se resume somente à lei, mas sim em todos os atos presentes no Diploma Constitucional acima referidos.¹⁰¹⁶

A fonte jurisprudencial tem grande relevância no Sistema Normativo Brasileiro.¹⁰¹⁷ Não obstante, as decisões nem sempre são uniformes e convergentes, mesmo quando se trata da mesma questão. Nesse sentido, afirma Miguel Reale:

A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre as sentenças, relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de se revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva, diante dos textos legais, mas implica notável margem do poder criador.¹⁰¹⁸

A Jurisprudência tem um papel muito importante no que tange a inovação de matéria jurídica relativa à proteção de direitos, no atual modelo brasileiro, “estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças a conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou [...] mediante a separação de preceitos [...]”.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁵ Vide artigo 59 da CRFB/88.

¹⁰¹⁶ Nesse sentido, afirma Reale (2004, p.165): “É inadmissível que ao tratar da teoria das fontes legais, ainda se continue a reproduzir antigos ensinamentos sem se tomar ciência das profundas inovações contidas no atual sistema constitucional pátrio: a rigor *a fonte legal é o processo legislativo*, [...] na totalidade das categorias normativas que o compõe”.

¹⁰¹⁷ Interessante destacar o âmbito de alcance da jurisprudência, enquanto fonte do direito: “As atividades dos juízos e tribunais não podem ser tomadas como meios mecânicos de se aplicar a legislação, isso em virtude das exigências sociais cambiantes e da variação dos problemas presentes em cada caso. É comum encontrar a definição de jurisprudência presa somente aos julgados dos tribunais em torno da mesma matéria, deixando de lado a decisão proferida pelo juízo singular[...]. Evidentemente a repetição das decisões dos tribunais em torno de determinada matéria revela forte acerto a ser seguido pelos juízes nos casos em que estejam atuando, mas há necessidade de se decidir outras questões que não chegam aos tribunais, podendo aí, serem utilizadas as sentenças dos próprios colegas de primeira instância” (GAMA, 2006, p.140).

¹⁰¹⁸ REALE, 2004, p. 168.

¹⁰¹⁹ REALE, 2004, p. 169. Importante destacar o artigo 8 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe: “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas

Ao passo que os Precedentes podem ser classificados no direito brasileiro como “fragilmente vinculantes”. Por essa classificação precária, torna-se um desafio para a discussão jurídica brasileira acerca dos precedentes buscar dotá-los de uma maior visibilidade e efetividade no contexto brasileiro.¹⁰²⁰

A Doutrina, também conhecida por Direito Científico é considerada como Fonte do Direito por muitos autores no Brasil, embora outra gama a desconsidere se pautando no fundamento de que mesmo os ensinamentos do mais digno e prestigiado mestre “jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juízes e pelas partes”.¹⁰²¹ Independentemente dessa linha argumentativa, não consideramos a doutrina como fonte do direito, amparando-nos na posição de Reale. Entretanto, imperioso ressaltar que ainda assim reconhecemos seu papel sumamente relevante no desenvolvimento da experiência jurídica brasileira. Especificamente quanto à construção das condições de promoção e proteção de direitos de dignidade, a intelectualidade brasileira, bem ou mal, contribui de forma significativa, com discursos de matiz performativo, para a estruturação de um modelo hermenêutico da legislação brasileira adequada à tarefa de promover direitos.

Nesse sentido, Reale afirma:

Sendo assim, a lei, que é a fonte mais geral do Direito, não pode atingir a sua plenitude de significado sem ter, como antecedente lógico e necessário, o *trabalho científico* dos juristas e muito menos atualizar-se sem a participação da doutrina.¹⁰²²

Em suma, a Doutrina não se desenvolve numa estrutura de poder, nas palavras de Reale, mas não só. Enquanto a Doutrina produz esquemas teóricos (modelos dogmáticos), as fontes de direito “produzem *modelos*

sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” (BRASIL (CLT). *Consolidação das Leis do Trabalho*, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016).

¹⁰²⁰ BUSTAMANTE, 2013, p.318.

¹⁰²¹ REALE, 2004, p. 176.

¹⁰²² REALE, 2004, p. 177.

jurídicos prescritivos, [...] isto é, estruturas normativas que, com caráter obrigatório, disciplinam as distintas modalidades de relações sociais”.¹⁰²³ Esses modelos dogmáticos são importantes, no sistema brasileiro, para organizar a barafunda legislativa e permitir alguma eficácia na proteção de direitos.

Os tratados internacionais também são considerados fonte de direito no direito brasileiro.¹⁰²⁴

A EC 45/04, no entanto, incluiu um §3º no artigo 5º, prevendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

5.1.3.3 - A divisão de poderes e funções na ordem constitucional brasileira

A Constituição Federal, determinou a divisão dos poderes entre o Judiciário, Legislativo e Executivo e também previu a Instituição do Ministério Público. De acordo com o texto constitucional, esses poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, com o fito de manter o equilíbrio das estruturas do Estado e garantir a continuidade do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O modelo constitucional brasileiro reserva ao Poder Judiciário a função de guardião precípua da Constituição. Para tanto, deve ser independente e autônomo, de modo a exercer suas funções com

¹⁰²³ REALE, 2004, p. 176.

¹⁰²⁴ DINIZ, 2006, p. 331. Outra discussão muito interessante sobre esse tema, mas que não será por nós abordada por extrapolar nosso objeto de análise desta tese, está presente no seguinte trecho: “Para além da questão teórico-dogmática da relação entre o direito interno e o direito internacional, em que se enfrentam uma tese ‘monista’ (ou da concepção da unidade do sistema global segundo a primazia, ou pelo menos a prioridade sistemática, já do direito interno estadual, já do direito internacional) e uma tese ‘dualista’ (a tese da total autonomia dos sistemas jurídicos, estatal e internacional”, discute-se ainda qual a posição e a eficácia jurídicas dos preceitos internacionais relativamente às normas do direito interno (cabe-lhes o nível supranacional?; o nível legislativo ou um nível intermediário entre o constitucional e o legislativo, que seria infraconstitucional mas supralegislativo?)” (NEVES, 1982, p. 218-219).

imparcialidade. O Judiciário goza de autonomia funcional, administrativa e financeira de acordo com o enunciado no artigo 99 do diploma pátrio.

Quanto à função jurisdicional, a organização estrutural do judiciário brasileiro está disposta da seguinte maneira: em última instância temos o Supremo Tribunal Federal (STF), que acumula também a função de Tribunal Constitucional. Já em uma instância inferior ao STF temos: o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁰²⁵, Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁰²⁶, Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e Superior Tribunal Militar (STM), em âmbito nacional. Seus tribunais estaduais e regionais se organizam assim: hierarquicamente abaixo do STJ, temos os Tribunais de Justiça dos Estados

¹⁰²⁵ O STJ é composto por no mínimo 33 ministros, segundo o artigo 104 da Constituição Federal, nomeados pelo Presidente da República, devendo ser observado os requisitos exigidos por este mesmo dispositivo constitucional, quais sejam, em primeiro lugar devem ser brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, outro requisito indispensável é possuir um notável saber jurídico, e por último gozar de reputação ilibada. “No que tange ao STJ e sua estrutura, temos ainda, conforme a Emenda nº 45/04, que irá funcionar junto ao Superior Tribunal de Justiça: a) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; b) o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da justiça federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante. (FERNANDES, 2010, p.792). O STJ é o Tribunal Superior competente para processar e julgar originariamente os crimes comuns praticados por Governadores Estaduais e do Distrito Federal, para crimes comuns e de responsabilidades praticados por Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como por membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, além de membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e dos membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (artigo 105, I, “a”). O STJ também tem competência originária para processar e julgar mandados de segurança e habeas data (“Contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal”, artigo 105, I, “b”, da CRFB/88); habeas corpus (“Quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (artigo 105, I, “c” da CRFB/88); “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”; bem como “as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”; “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias” dentre outras competências originárias previstas no texto constitucional (artigo 105, I), dentre outras competências.

¹⁰²⁶ A Justiça do Trabalho Brasileira é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho. Cabe à Justiça do Trabalho Processar e Julgar: “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; “as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores” dentre outras.

(TJs) e os Tribunais Regionais Federais (TRFs)¹⁰²⁷; os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), tal como os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs). A estes tribunais estaduais e regionais¹⁰²⁸ se vinculam as vara e foros jurisdicionais locais divididos em comarcas e circunscrições judiciais.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão hierarquicamente superior dentro do poder judiciário. A esse Tribunal “compete [...], precipuamente, a guarda da Constituição”, de acordo com o *caput* do artigo 102 do diploma constitucional.

Segundo o disposto no artigo 101 da CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) Ministros “[...] escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”, e deverão ser aprovados pela maioria absoluta dos Deputados do Senado Federal e, posteriormente, serão nomeados pelo Presidente da República.

¹⁰²⁷ De acordo com o texto constitucional são considerados órgãos da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Juizes Federais. Segundo o artigo 107 da CRFB/88 os TRF’s dever computar um mínimo de sete juizes, “recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos”. Devendo obedecer aos seguintes requisitos exigidos pelo texto constitucional, são eles: “um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira”, conhecido na seara jurídica brasileira por *quinto constitucional*, e às demais vagas devem ser selecionadas “mediante promoção de juizes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente” (artigo 107, CRFB/88). Fazem parte da competência originária dos TRF’s, processar e julgar juizes federais, incluindo os juizes da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar, da mesma área jurisdicional, no que se refere a crimes comuns e de responsabilidade, bem como, os membros do MPU, salvo quando os casos sejam de competência da Justiça Eleitoral (artigo 108, I, “a” da CRFB/88). Ainda, fazem parte do arcabouço de competência dos TRF’s, processar e julgar originariamente: “as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juizes federais da região”; “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; “os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; e “os conflitos de competência entre juizes federais vinculados ao Tribunal” (artigo 108, I da CRFB/88). Em grau recursal, os TRF’s são competentes para julgar as causas já decididas por juizes federais e estaduais, “no exercício da competência federal da área de sua jurisdição” (artigo 108, II da CRFB/88).

¹⁰²⁸ Os juizes federais são competentes para processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes” com a exceção as causas de falência, causas que se referem a acidentes de trabalho, ou mesmos as causas que são de competência da Justiça do Trabalho ou à Justiça Eleitoral, destacamos também, a competência para processar e julgar “as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País”, dentre outras.

O STF é dotado de competências originárias e recursais. As competências originárias são aquelas em que o STF processa e julga em instância única e de forma originária. Já as competências recursais são aquelas em que a apreciação da matéria pelo STF se dá mediante recurso ordinário ou extraordinário (análise em última instância).¹⁰²⁹

Dentre as funções do STF, estão as de: processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, bem como julgar os recursos extraordinários¹⁰³⁰ em única ou última instância quando se tratar de ofensa à norma constitucional; declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado internacional; e também poderá ser objeto de recurso extraordinário quando julgar válido ato (de governo local) ou lei federal contestado em face do texto constitucional.¹⁰³¹

É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro há previsão para atualizações e revisões do texto constitucional, que cabe ao Congresso

¹⁰²⁹ FERNANDES, 2010, p.749.

¹⁰³⁰ Segundo o STF: “Para ser admitido o Recurso Extraordinário, a matéria constitucional deve ser pré-questionada. Em outras palavras, a sentença recorrida tem de tratar especificamente do dispositivo da Constituição que se pretende fazer valer. Não se pode dizer que uma decisão fere a Carta Magna genericamente: o correto é apontar o artigo supostamente violado. Antigamente só existia um recurso julgado pelo STF, o extraordinário, que abrangia as modalidades extraordinária e especial de hoje. Diante do aumento vertiginoso do número de causas que passaram a chegar ao Supremo, a Constituição de 1988 distribuiu a competência entre o STF e o STJ, sendo que o primeiro seria guardião da Constituição e o segundo, da legislação federal. Então, os recursos excepcionais foram divididos entre as duas cortes, cabendo exclusivamente ao STF o extraordinário e exclusivamente ao STJ o recurso especial” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016).

¹⁰³¹ Cf. Artigo 102 da CRFB/88 que dispõe sobre as funções do STF, e lhe compete processar e julgar. Ademais das ações constitucionais típicas, o STF também julga as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental. Também de competência do STF, não será admitida, de acordo com a Lei nº 9.882 de 1999, quando ainda não se esgotou qualquer outro meio eficaz para resolver a questão. Além disso, outro ponto muito discutido pela doutrina é a dificuldade de se estabelecer quais preceitos fundamentais podem ser passíveis de lesão, no texto constitucional, que pudesse justificar a arguição de descumprimento. A esse respeito, o próprio STF reconhece o seguinte: “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvidas de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art.5º, dentre outros). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADPF 33: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pará-PA, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 26 de julho de 2016, p.11). Consoante ao exposto devemos, segundo o entendimento do STF, atribuir a qualificação de preceitos fundamentais aos princípios presentes no artigo 60 da Constituição. Estes devem, portanto, serem protegidos em sua integralidade, pois são resguardados por *cláusula pétrea*, isto é, não podem ser modificados por meio de emendas constitucionais.

Nacional, por meio de procedimento especificamente regulado na Constituição. Não obstante existem algumas matérias que não podem sofrer quaisquer tipos de alteração, essas são as chamadas *cláusulas pétreas*.

As *cláusulas pétreas* são consideradas como limitação material do processo de modificação e reforma da Constitucional. Especificamente com relação a essas cláusulas, vejamos expressamente o que dispõe a Constituição:

Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais (grifo nosso).

O disposto neste artigo garante a integridade não só da estrutura do Estado e sua divisão político-administrativa, mas também garante explicitamente estar fora do poder de reforma o sufrágio universal e os direitos e garantias individuais presentes no texto constitucional de 1988, ambos considerados imprescindíveis para a manutenção da unidade fundamental da Constituição.

Respeitando dos princípios constitucionais, o Estado deverá organizar a justiça estadual, de acordo com o § 1º, do artigo 125, “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

Quanto ao Ministério Público, de acordo com a Constituição: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A unidade, a indivisibilidade e a independência funcional são os princípios institucionais do MP e estão presentes em âmbito nacional e estadual. O MP da União abrange o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público.¹⁰³²

¹⁰³² Artigo 127 da CRFB/88.

De acordo com o artigo 129 da CRFB/88, o Ministério Público¹⁰³³ possui as funções de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição”, dentre outras funções destacadas no Diploma Constitucional.

Quanto ao Poder Executivo, no Brasil, as atribuições do cargo tanto de Chefe de Estado quanto de Chefe de Governo são exercidas pelo Presidente da República¹⁰³⁴, de acordo com o artigo 84 da CRFB/88. No âmbito das relações dos BRICS, por exemplo, o Presidente atua como Chefe de Estado, representando o País. Com efeito, destacamos que, em âmbito internacional, compete privativamente ao Presidente da República: “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”, “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” e “decretar o estado de defesa e o estado de sítio”.

Com a Emenda Constitucional 16 de 1997, foi alterado a duração do mandato de cinco para 4 anos, e também foi alterada a possibilidade de reeleição o que até a Emenda era vedado pela Constituição.¹⁰³⁵

Em caso de impedimento¹⁰³⁶ do Presidente da República, quem o substitui é o Vice-Presidente, ou ainda, de acordo com o artigo 80 da

¹⁰³³ “O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação” (artigo 129, § 3º da CRFB/88).

¹⁰³⁴ A Constituição exige os seguintes requisitos para a candidatura ao cargo de Presidente da República: ser brasileiro nato, estar no gozo dos direitos políticos, ter idade superior a 35 anos, não ser considerado inelegível e ser filiado a algum partido político.

¹⁰³⁵ “Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição”.

¹⁰³⁶ Importante destacar o artigo 85 da CRFB/88, que assim dispõe: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder

CRFB/88, “em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal”.

O rol de competências privativas do Presidente da República, de acordo com o artigo 84 da CRFB/88, na atribuição de Chefe de Governo: “nomear e exonerar os Ministros de Estado” que auxilia o Presidente da República no exercício do Poder Executivo, “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”, “iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”, “vetar projetos de lei, total ou parcialmente”, “decretar e executar a intervenção federal”, “exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos”, “nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei, “declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional, “celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional”, “prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior”, “editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”, entre outras competências previstas na Constituição Federal.

Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

Já o Poder Legislativo Brasileiro fica a cargo do Congresso Nacional¹⁰³⁷, composto pela Câmara dos Deputados¹⁰³⁸ e do Senado Federal¹⁰³⁹. A duração do mandato é igual à do Presidente da República a cada legislatura terá a duração de quatro anos.

¹⁰³⁷ Ao Congresso Nacional lhe é cabido dispor sobre “todas as matérias de competência da União, especialmente sobre”: “sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas”, “plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado”, “incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas”, “organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal”, “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, entre outras previstas na Constituição. Artigo 48 da CRFB/88. De acordo com o artigo 49 da CRFB/88, é competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, “autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar”, “autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias”, “aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas”, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, “mudar temporariamente sua sede”, “fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”, “fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”, “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”, “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”, “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”, “apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”, “escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União”, “aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares”, “autorizar referendo e convocar plebiscito”, “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais”, “aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares”.

¹⁰³⁸ Compete privativamente à Câmara dos Deputados, entre outras funções proceder a instauração de processo contra o Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado, desde que aprovado por dois terços dos Deputados. Não obstante, também é de competência da Câmara dos Deputados, além de atuar na tomada de contas do Presidente que descumprir o prazo de envio ao Congresso Nacional. De acordo com o artigo 51 da CRFB/88, o prazo a ser respeitado para a apresentação de contas ao Congresso Nacional é de até sessenta dias após a abertura da sessão legislativa.

¹⁰³⁹ Ao Senado Federal, consubstanciado no artigo 52 da Constituição, fazem parte das competências privativas do Senado “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”, bem como, “processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” e também destacamos a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Segundo o artigo 45 da Constituição Federal, “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.¹⁰⁴⁰

Quanto ao Poder Constituinte e a experiência da construção do atual modelo constitucional, durante o processo constituinte, desde as suas vésperas imediatas, com o confluir de forças para sua convocação, segundo Leonardo Barbosa, vigeu, uma cultura anti-institucionalista, levando, por um lado, “à ingênua identificação entre aprovação da Constituição e solução para os diversos problemas concretos enfrentados pela população brasileira”, e, por outro, e completamente oposta, de que a Constituição apenas refletiria conquistas e mudanças já operadas na sociedade. Somado a isto, tem-se a opção por centrar os trabalhos e discussões não em um documento, mas no “esforço de diálogo com a sociedade e entre seus representantes”, o que tornava o processo “aberto a percepções, interesses e valores muito diversos e, por outro lado inevitavelmente, alimentava uma sensação de insegurança em relação ao seu desenvolvimento e posterior desenlace”¹⁰⁴¹.

Essa estrutura restou herdada pela nova ordem constitucional. Nas realistas palavras de Gilberto Bercovici, em meio à evocação da célebre e

¹⁰⁴⁰ Ainda de acordo com o artigo 45, o seu § 1º, dispõe que “o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

¹⁰⁴¹ BARBOSA, Leonardo. *História Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Editora Câmara, 2012, p. 211 e ss. Nas palavras mais duras de José Eduardo Faria, a realidade desse processo culminou em um texto ambíguo conceitual e funcionalmente, fruto da “vontade contraditória de um plenário dividido e fragmentário”, diante do qual cada aprovação de cada norma era uma batalha “em torno da retórica e da utopia, do dito e do não dito, do impreciso e do virtual, do calado e do reprimido, do subentendido e da manipulação de palavras extraídas do senso comum, mas usadas com diferente sentidos juridico-políticos” (FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989, p. 21). Enfim, emergida de um momento maquiavélico, marcado pela crise organizacional do Estado burocrático-autoritário, degenerado “numa ampla e desarticulada arena de conflitos sociais”, a Assembleia Constituinte aconteceu em paralelo à ainda maior balconização do aparelho administrativo em inúmeros anéis burocráticos completamente voltados para si, incongruentes e impossíveis de qualquer operação articulada, muito mais por um governo confuso e contraditório, sobrecarregado “pela natural incapacidade das instituições representativas de processar com eficiência e rapidez as demandas sociais”, mas, ao mesmo tempo obcecado por executar uma política populista e por garantir a manutenção dos privilégios aos beneficiados pelo regime anterior. (FARIA, 1989, p.44).

trágica frase de Otto Mayer: “a Constituição democrática de 1988 recebeu o Estado estruturado sob a ditadura militar”¹⁰⁴². O que, por evidente, teve e tem consequências na dinâmica entre poderes característica da apelidada “Novíssima República”, a qual “não obstante o processo de consolidação institucional” experimenta um déficit em seu funcionamento, “resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil”.¹⁰⁴³

Sociedade civil que, então, nos idos de 1990, tinha dificuldades em se organizar e era insuficiente institucionalmente para abrigar os novos interesses sociais, dando ao Ministério Público “caminho livre para postular legitimidade ativa para agir”, angariando apoios “no interior da comunidade jurídica em torno da institucionalização da proteção legal aos interesses difusos”¹⁰⁴⁴, a se transformar, no pós-88, no “defensor da sociedade”. O que, em consonância para com a atuação ativista do judiciário, acabaria gerando uma não-finalizada revolução de direitos¹⁰⁴⁵, em que pese os incontestáveis ganhos e melhoras daí advindos.

Esse estado de coisas já era realidade durante o próprio Processo Constituinte, determinando o “próprio *ethos* ambicioso da Constituição de 1988”, prolixa porque “desconfiada do legislador”, e, assim, transcendendo “os temas propriamente constitucionais”, regulamentando “pormenorizada e obsessivamente um amplo campo de relações sociais, econômicas e públicas”, a criar “uma enorme esfera de tensão constitucional”, com a consequente “explosão da litigiosidade constitucional”¹⁰⁴⁶. Conforme Oscar Vilhena: “A equação é simples, se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade

¹⁰⁴² BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: A persistência da estrutura administrativa de 1967. In: *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2010, p. 78.

¹⁰⁴³ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002, p. 122.

¹⁰⁴⁴ MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, v. 8, n. 3, p. 97-117, 2014, p. 107-113.

¹⁰⁴⁵ Cf. FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

¹⁰⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-466, 2008, p. 446-447.

dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade”¹⁰⁴⁷.

De modo que, em suma, a atual ordem constitucional seja marcada pela judicialização da política e das relações sociais, em razão de; *i*) uma Administração Pública desorganizada, ineficiente e extremamente cara, instrumento tosco de um Executivo sobrecarregado e muitas vezes ineficaz, como irresponsabilizável – submetido a um sistema de coalisão que inviabiliza a construção de maiorias legislativas estáveis, movido, de todo modo, “pela distribuição de cargos de direção e assessoramento (de livre provimento) existentes na estrutura organizacional da administração pública brasileira”¹⁰⁴⁸ –; *ii*) de um Legislativo insular, operando sob a lógica de um “segredo ineficiente”¹⁰⁴⁹, isto é, pouco afeito a qualquer controle social; *iii*) e de um Judiciário independente, mas gravemente corporativista, institucionalmente pressionado (sobretudo quanto ao tema da celeridade) face a complexidade, dimensão e quantidade dos problemas que lhe são postos¹⁰⁵⁰, mas satisfatoriamente isolado da realidade por altos salários e uma ideologia concurseira hegemônica.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁷ VIEIRA, 2008, p. 447.

¹⁰⁴⁸ PINHEIRO, Ivan Antônio *et al.* Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública*. v. 45, n. 6, p. 1733-1759, 2011, p. 1743.

¹⁰⁴⁹ AMORIN NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. O Segredo Ineficiente Revisto: O que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 46, n. 4, p. 661-698, 2003.

¹⁰⁵⁰ FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

¹⁰⁵¹ FONTAINHA, Fernando de Castro [*et al.*]. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, p. 671-702, 2015.

5.2 RECONHECIMENTO, ALCANCE E EFETIVIDADE DO DIREITO À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

5.2.1 Os Direitos Fundamentais de proteção à Dignidade na Constituição Brasileira: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

5.2.1.1 – A dignidade no texto constitucional brasileiro

A atual Constituição brasileira estabelece o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito:

Artigo. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana;** IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.¹⁰⁵²

O Título II da Constituição dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, e podem ser classificados, de acordo com a estrutura constitucional, em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos (incluindo o direito de criar ou se filiar a um partido político).¹⁰⁵³

¹⁰⁵² (Grifo nosso). Para José Afonso da Silva, “a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres”.¹⁰⁵² Também, no sentido de afirmar a importância histórica dos direitos fundamentais do homem Bobbio afirma que: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05-19).

¹⁰⁵³ Para outros autores, os direitos fundamentais são, didaticamente, divididos em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais e direitos políticos. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira*. Barueri, SP: Manole, volume 1, 2005

O *caput* do artigo 5º da Constituição Brasileira dispõe o seguinte: “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”.¹⁰⁵⁴

No que se refere a esses direitos e garantias, o texto constitucional atribui a igualdade 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” (*caput* do artigo 5º). A interpretação deste dispositivo e sua aplicação deu a ele contornos amplos na jurisprudência brasileira, de modo que, quanto aos estrangeiros, o entendimento consolidado é de que todos os estrangeiros que estejam em território brasileiro merecem a proteção dos direitos e garantias individuais previstos na CRFB/88. São considerados, portanto, todos eles, de algum modo residentes, para fins de proteção básica, ainda que provisoriamente residentes.

Assim, quanto aos direitos civis previstos na CFRB/88, com base num sustentáculo inicial composto por cinco direitos individuais básicos enumerados no citado *caput*, desdobra-se, numa lista de setenta e oito dispositivos, o detalhamento de um extenso rol de direitos e garantias civis. Abordaremos alguns deles, com foco nos mais diretamente relacionados à proteção da dignidade.

O inciso primeiro do referido artigo 5, atribui a igualdade em direitos e obrigações aos homens e mulheres. Nesse sentido, é importante destacar

¹⁰⁵⁴ Analisando o processo histórico-constitucional, podemos notar muito claramente a evolução dos direitos e garantias individuais. Temos presente na Constituição Imperial a seguinte referência: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio”. Posteriormente, na Constituição da Primeira República (1891), somente há menção aos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade. No Texto Constitucional posterior, a Constituição de Vargas (1934), soma-se o direito à subsistência. Já na Constituição de 1946, não se faz menção ao direito à subsistência, todavia acrescenta-se uma contribuição muito importante, qual seja, o direito à vida. A Constituição (1967) que vigorou durante o período de ditadura militar no Brasil, subtraiu o termo “segurança individual” do rol dos direitos e garantias individuais, mantendo somente o termo “segurança”, além dos direitos e garantias à vida, liberdade e propriedade.

que o Decreto nº 1.973 do ano de 1996, promulgou a ratificação, no Brasil, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.¹⁰⁵⁵ Outra inclusão importante no sistema normativo, a esse respeito, foi a publicação da Lei Maria da Penha ou Lei de nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.¹⁰⁵⁶ Esta lei estabelece em seus primeiros dispositivos o seguinte:

Artigo. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Artigo. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Artigo. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...].

Não se admite, no direito brasileiro, tampouco a discriminação devido a orientação sexual. Nesse sentido, podemos considerar como uma das grandes mudanças do direito na última década, (e que seria, segundo alguns teóricos do direito, uma quebra de paradigma no sistema normativo

¹⁰⁵⁵ BRASIL. *Decreto* nº 1.973, de 1º de agosto de 1996: Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁵⁶ BRASIL. *Lei* nº 11.340, de 07 de agosto de 2006: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

constitucional brasileiro) a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2010, que reconheceu a existência de sociedade de fato (união estável) entre pessoas do mesmo sexo, esta foi considerada uma das primeiras conquistas jurídicas a esse respeito. Posteriormente, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicou, em 2013, a resolução 175, que pacificou a matéria no constitucionalismo brasileiro, estabelecendo a constitucionalidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.¹⁰⁵⁷

No inciso III do artigo 5º da Constituição, está estabelecido que é vedada a tortura¹⁰⁵⁸ ou qualquer outro tratamento que seja considerado desumano ou degradante. A este respeito, o Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, promulgou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.¹⁰⁵⁹

No rol do artigo 5º, também está previsto a liberdade de pensamento com seus evidentes desdobramentos na liberdade de crença, convicção política e de expressão e manifestação (inciso IV).¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução 175 de 13 de maio de 2013*: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁵⁸ “O conceito de tortura estaria dentro da ideia de tratamento desumano. Na verdade, a Constituição Federal cuidou de deixar claro que três comportamentos estariam sendo condenados: a prática da tortura, o tratamento desumano, que poderia ser qualquer outro que, assim caracterizado, não se enquadraria na hipótese de tortura, e, por fim, o tratamento degradante. Cuidou, o constituinte, de alargar o conceito, mesmo pecando por excesso. Quis deixar claro que todo e qualquer comportamento atentatório à dignidade da pessoa humana, quer enquadrado como tortura, quer enquadrado como degradante, ou ainda desumano, mereceria reprovação do Estado Brasileiro”. (ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes, [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013, p. 402).

¹⁰⁵⁹ Cf. BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991: Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁶⁰ Em face destes dispositivos constitucionais, temos a Lei nº 5.250 de nove de fevereiro de 1967, mais conhecida como Lei de Imprensa (herança da Ditadura Militar), que regulou a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. E, somente foi revogada em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, sendo considerada pelos Ministros, como incompatível com a Constituição de 1988. (BRASIL. Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967: Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017).

A Constituição estabelece a inviolabilidade da liberdade de consciência e da crença, inclusive protege o livre exercício dos cultos religiosos e garante a proteção aos locais de cultos e suas liturgias (inciso VI). A Constituição ainda veda, qualquer privação de direitos por motivos de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, exceto quando o particular intente valer-se de sua convicção para ser desobrigar de uma questão legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa (inciso VIII, do artigo 5º).

A Constituição, assim, nos remete a dois direitos fundamentais mais gerais que são conexos, a liberdade de consciência e a liberdade religiosa, e também se referem, a direitos fundamentais específicos: direito à privacidade e direito de reunião e associação, inclusive para fins espirituais ou religiosos.

Na temática em questão, Jaime Weingartner Neto, afirma que:

Em face da experiência histórica de que o fenômeno religioso, ao institucionalizar-se, resvala com facilidade para a coerção e a discriminação, seja no seio interno da confissão ou em relação aos “infiéis” ou não crentes (freio ao poder), e, por outro lado, de que a dimensão espiritual é constitutiva da dignidade humana (também no aspecto identitário), bem por isso imprescindível para assegurar a autodeterminação pessoal (tutela individual de concretização da dignidade, expressão de dimensão existencial pessoal nuclear) e disputada pelo poder político diante das lealdades e coesão social que logra obter, o direito constitucional do Estado Democrático de Direito ocupa-se da matéria, a fim de compatibilizar a mais ampla e livre (con)vivência religiosa com os valores constitucionais basilares (igual dignidade e liberdade, pluralismo intercultural, justiça social). Diante desse programa normativo, deve-se operar com um conceito amplo de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de inclusividade (abertura para religiões minoritárias e inconventionais) compatível com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao fundamentalismo-militante, que discrimina e quer se impor aos não crentes.¹⁰⁶¹

No tocante ao direito fundamental à privacidade, a Constituição estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso X).¹⁰⁶²

¹⁰⁶¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013, p. 430.

¹⁰⁶² Ainda, sobre os desdobramentos do direito fundamental à privacidade, a Constituição estabelece que: “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar

O artigo 5º da Constituição também prevê: a liberdade do exercício profissional (inciso XIII), a ampla liberdade de locomoção (inciso XV) e o direito de propriedade, compatibilizado necessariamente ao respeito a sua função social, bem como a proteção especial à pequenas propriedades rurais e residenciais, acompanhados da garantia, em todos os casos, da justa indenização em caso de desapropriações públicas ou turbações privadas (incisos XVII a XXIV).

Quanto ao respeito aos particulares, por parte do Poder Público e as correlatas limitações a este, frente aos direitos fundamentais, o artigo 5º da CRFB/88, estabelece um rol amplo de garantias: a prerrogativa de amplo acesso a informações nos órgãos públicos; o direito de defesa e petição independentemente do pagamento de taxas; amplo acesso à justiça; proteção dos direitos adquirido e da coisa julgada; e proibição de tribunais e julgamentos de exceção (incisos XXXIII a XXXVII). E, ainda, está previsto a garantia do devido processo legal e da ampla defesa, a proibição contra provas ilícitas, o respeito à presunção de inocência, bem como o caráter público dos processos judiciais e administrativos, excetuando-se, neste caso, as situações envolvendo o respeito à intimidade (incisos LIII a LX).

Também é amplo no texto constitucional brasileiro, o rol de garantias penais básicas, sendo por isso a CRFB/88, uma constituição “garantista”. O rol de proteções penais inclui o seguinte: o princípio da anterioridade da lei penal; as garantias da não retroatividade e da legalidade estrita da lei penal; a especial atenção a crimes hediondos e aqueles praticados por grupos armados ou organizações criminosas; ainda, a individualização da pena e a proibição de penas cruéis, de morte ou de caráter perpétuo; assegurando-se, por fim, no texto constitucional, o respeito à integridade física e moral dos presos (incisos XXXIX a LI).¹⁰⁶³

socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (incisos XI e XII do artigo 5º da CRFB/88).

¹⁰⁶³ Está previsto também um rol de proteção contra prisões arbitrárias contidas nos incisos LII a LVII do artigo 5º da CRFB/88.

A CRFB/88 um rol de ações constitucionais de garantia e proteção a direitos fundamentais, que dão a possibilidade à sociedade obter proteção e reparação em juízo para situações de ofensa a estes direitos e que, por isso, assumiram, importante função no direito brasileiro. Dentre tais remédios constitucionais, destaca-se o Mandado de Segurança (incisos LXIX e LXX), além da Ação Civil Pública dentre outros.¹⁰⁶⁴

Está disposto, ainda, no § 1º do artigo 5º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; e no § 2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; e, ainda, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (§ 3º do artigo 5º).

Com relação aos direitos sociais, a Constituição estabelece o seguinte:

Artigo. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais somente receberam ampla positivação na ordem constitucional brasileira, a partir da Constituição de 1988. Em que pese alguns juristas brasileiros ainda não reconhecerem nos direitos sociais o status de direitos fundamentais vinculantes de toda a ordem jurídica, parece

¹⁰⁶⁴ O sistema de garantia por ações constitucionais, ainda prevê o *Habeas Corpus*, do Mandado de Injunção, Ação Popular e *Habeas Data*. Cabendo ainda uma função relevante do mecanismo de garantia de respeito à Constituição a Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85 e a ADPF, Lei 9.882/99 (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017. BRASIL. Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017).

ser claro na Constituição de 1988, que na mesma pretendeu-se dar-lhes essa força normativa superior. Sobretudo por isso, a CRFB/88 acabou por ser chamada, na cultura jurídica lusófona de “Constituição cidadã”¹⁰⁶⁵. Este atributo dado à Constituição, fundamenta-se, principalmente no fato de que nela os direitos sociais possuem caráter nuclear e são tratados como indispensáveis para a efetivação de uma vida digna em um Estado Democrático de Direito.

Tais direitos sociais estão amplamente detalhados na CRFB/88, notadamente no artigo 7º e dos artigos 193 a 232 da Constituição (são portanto 110 artigos especificamente dedicados ao estabelecimento do rol de direitos e proteções sociais aos cidadãos). Tais artigos densificam os capítulos do Título VIII da Carta constitucional, dedicado a tratar da “ordem social”.

O artigo 7º da CRFB/88 estabelece um rol de proteção aos direitos trabalhistas buscando a melhoria das condições sociais dos trabalhadores em território brasileiro.

Com relação a dignidade do trabalhador destacam-se as seguintes questões: a previsão pela Constituição de salário mínimo estabelecido por lei que seja capaz de atender às “necessidades vitais básicas” ao empregado e à sua família no que se refere à moradia, educação, alimentação, saúde, lazer, higiene, transporte, vestuário e previdência social¹⁰⁶⁶, além de outras garantias como a irredutibilidade do salário, garantia de remuneração superior à normal para trabalhos noturnos ou o adicional de remuneração quando a atividade do trabalhador for considerada penosa, insalubre ou perigosa (incisos IV ao XII e XXIII).¹⁰⁶⁷ Também é assegurado ao trabalhador o repouso semanal

¹⁰⁶⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. Constituição, Direito e Utopia: do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas. In: *Studia Iuridica*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

¹⁰⁶⁶ Esse dispositivo ilustra uma das principais questões referente a dignidade na cultura constitucional brasileiro, uma vez que é tida, por notório e comprovado segundo vários estudos que o salário mínimo legal previsto no Brasil (hoje girando em cerca de 270 dólares) não atende a estas necessidades elencadas na Constituição.

¹⁰⁶⁷ Sobre a duração da jornada de trabalho, a Constituição estabelece que “o trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” ou “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento” (incisos XII e XIII).

remunerado (inciso XV), o acréscimo da remuneração no caso de serviço extraordinário (inciso VI), o direito a gozar de férias anuais remuneradas (inciso XVII), o direito a receber aviso prévio (inciso XXI) e seguro-desemprego (inciso II); e a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII). Ademais, o artigo 7º estabelece a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador portador de deficiência e assegura a igualdade de direitos entre o trabalhador permanente e avulso (incisos XXXI e XXXIV).

É importante ressaltar a garantia dada ao direito à aposentadoria, à proteção do emprego em face da automação, a garantia de seguro e indenização em situações de acidente de trabalho, proibição da discriminação em função de critérios de sexo, idade, cor ou estado civil (incisos XXIV, XXVII, XXVIII e XXX, do artigo 7º), como proteções constitucionais ao trabalhador diretamente relacionadas à garantia da dignidade do trabalhador.¹⁰⁶⁸

O Título VIII da CRFB/88 sobre a ordem social, subdivide sua temática em oito capítulos que tratam dos seguintes agrupamentos de direitos sociais: seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura, desporto, comunicação social, meio ambiente. Neste título da Constituição, estão as normas protetoras de um amplo conjunto de sujeitos e atores sociais como a família, a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, as minorias étnicas (notadamente o indígena), o meio ambiente.

O Capítulo II da Constituição estabelece um sistema complexo de seguridade social que busca a efetivação dos direitos a saúde, a previdência social e da assistência social, e dos direitos correlatos a eles (artigos 193 a 204). Nestes dispositivos é garantido o acesso à prestação pública de serviços de saúde, através de um sistema único nacional sustentado pela arrecadação distributiva de impostos. Assegura-se igualmente um regime geral de previdência de caráter contributivo e solidário e um regime especial para servidores públicos, estando previstos em ambos as proteções como auxílio-

¹⁰⁶⁸ Sobre esse assunto, veja-se: AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O Trabalho Decente como um Direito Humano*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

doença, licença maternidade e paternidade, pensões a dependentes em razão de morte, além, evidentemente, do sistema de aposentadorias. Prevê também, um sistema de assistência social de caráter universal destinado às pessoas que por alguma razão não contribuem com o sistema previdenciário, bem como às pessoas de precariedade social.

O Capítulo III, dispõe sobre a educação, a cultura e o desporto. A CRFB/88 estabelece que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família” visando o desenvolvimento da pessoa, bem como sua qualificação para o trabalho. O ensino escolar deve respeitar os princípios de igualdade de condições para todos de acesso à escola e a garantia desse acesso durante todo o ensino fundamental e básico (artigo 206). O texto constitucional também prevê a proteção da identidade cultural, da memória, e das manifestações culturais diversas (artigo 215).

Já o Capítulo IV dispõe sobre a ciência e tecnologia, estabelecendo-se na Constituição o dever do poder público de promoção e incentivo do desenvolvimento científico (artigo 218). E no Capítulo VI, o meio ambiente é disciplinado na ordem social constitucional como um bem essencial à vida digna e à saúde devendo ser protegida ao mesmo tempo como direito e como dever de todos (artigo 225).

O Capítulo VII dispõe sobre a família, a criança, o jovem e o idoso.¹⁰⁶⁹ A Constituição entende a família como base social em que homens e mulheres devem ter igual participação (artigo 226). Estende também como família as diversas formações afetivas estáveis num sentido amplo que abarca a diversidade (§ 4º). O texto constitucional estabelece ainda que: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão” competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, “vedada qualquer forma coercitiva” (§

¹⁰⁶⁹ Veja-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990 e o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 2003 (BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017. BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017).

7º). Também se determina a construção de um sistema regulatório protetor da criança e do adolescente focado na promoção de seu direito à dignidade e na elisão de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227). A CRFB/88 igualmente determina o amparo ao idoso, buscando assegurar sua participação na comunidade, “defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida” (artigo 230).

O último capítulo acerca da ordem social, dispõe sobre o reconhecimento ao índio de sua organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições, bem como o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que ocupam (cabe ao Estado proceder as devidas demarcações de terra para proteger e fazer respeitar os direitos dos índios brasileiros (artigo 231)¹⁰⁷⁰.

5.2.1.2 - O sentido da dignidade no contexto constitucional brasileiro

Pode-se dizer que houve um grande giro constitucional no Brasil, em relação ao foco da norma constitucional que claramente passou a ser voltado à promoção de direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana (ao menos no plano nomológico). O que, evidentemente, não se restringe ao Brasil, mas que tem no país um marco tido como bem definido: a Constituição de 1988.

Partindo dessa compreensão, nota-se tanto o ganho em densidade nomológica e significacional que teve o valor-princípio da dignidade, quanto a centralidade que assumiu na atual Constituição brasileira.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷⁰ Por fim, com relação aos direitos políticos, o artigo 14 do texto constitucional estabelece que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. O artigo 17 dispõe que: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana.

¹⁰⁷¹ Se partimos desses avanços legislativo-constitucionais ocorridos no Brasil, podemos afirmar que o significado da dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro vai ao encontro daquele cabedal significacional, que para o direito internacional, e, por conseguinte,

Porém, a análise do desenvolvimento do conceito de dignidade na ordem constitucional brasileira, deve ser empreendida não somente por um viés eminentemente formal. Como já explicitado nesta tese, isso nos faria incorrer em um grande equívoco metodológico. Analisar somente o plano nomológico abstrato não basta para desenvolvermos uma pesquisa séria e coerente com a realidade da tratativa da dignidade como direito no Brasil. Não é preciso maiores debates para que, a comunidade jurídica e de cientistas do direito esteja minimamente de acordo com o fato de que, no Brasil, a diferença entre o direito abstratamente declarado (nossa bela Constituição de papel) e o direito vivido (nossa contraditória constitucionalidade efetivada), seja notória. Não se nega que a partir da CRFB/88 efetivaram-se avanços significativos na proteção de direitos na sociedade brasileira. Porém, as contradições, as absurdas desigualdades, as situações de ineficiência, incompetência ou descaso do Estado, bem como as situações de incapacidade do poder público em controlar satisfatoriamente abusos perpetrados pelo poder econômico, ainda são muitas e graves na ordem constitucional brasileira. Assim sendo, essa pesquisa quer entender o real papel do direito fundamental à dignidade humana e os discursos jurídicos sobre tal direito, na ordem constitucional brasileira, com a devida diferenciação entre os avanços no plano nomológico e as efetivas transformações no plano social.

Não obstante, temos esse marco metodológico-constitucional (a “Constituição Cidadã”) como base norteadora para proceder uma análise macro-comparativa acerca do princípio constitucional e direito humano-fundamental da dignidade da pessoa humana na cultura constitucional do Brasil Contemporâneo.

Como dissemos, isso não é uma novidade somente no ordenamento jurídico brasileiro. Tal como exposto no capítulo 2, a dignidade da pessoa humana teve papel fundamental em documentos nacionais e internacionais, principalmente pós 2ª Guerra Mundial. Porém, “convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a

para importantes organismos internacionais, se encontra no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional”.¹⁰⁷²

A questão é entender qual é a peculiaridade (e as razões dessa peculiaridade) da cultura constitucional brasileira na tratativa deste assunto. Preliminarmente podemos caracterizá-la por uma intensificação do abismo entre o discurso constitucional e as práticas reais relativas ao respeito aos direitos de dignidade. Pese o já mencionado avanço efetivo do atual período constitucional brasileiro, basta uma olhada perfunctória no relatórios e documentos referentes a situações, tais como, presídios no Brasil, insegurança pública e criminalidade (sobretudo nas áreas de menor poder econômico), criação e manutenção de bolsões de pobreza nas grandes cidades, baixíssimos índices de qualidade da educação básica fornecida nas escolas públicas (se comparado ao ranqueamento econômico brasileiro), dentre outra mazelas, para ser obrigatório reconhecer que o grande valor que o discurso jurídico brasileiro dá ao tema da dignidade parece ser até mesmo uma espécie de resposta performática à insuficiência dos avanços efetivamente alcançados. Procuraremos entender melhor e testar esta leitura que apresentamos, no debate que se segue nos dois tópicos vindouros.

Assim sendo, especificamente no caso brasileiro, trabalhamos com as hipóteses de que (1) o discurso constitucional nacional tem no direito humano-fundamental à dignidade um núcleo estrutural, organizador do debate constitucional no país, a funcionar como uma espécie de macro-direito ou macro-princípio constitucional (similar ao defendido por parte significativa da doutrina constitucional alemã). A essa hipótese se junta uma segunda, consequência do que expressamos acima: (2) existe uma disjunção acentuada entre o caráter nuclear que o direito de dignidade possui no debate jurídico nacional e a sua efetiva observância nas questões concretas. Essa segunda colocação suscita uma terceira, qual seja, (3) a possibilidade de que o caráter nuclear da dignidade expresso na primeira hipótese assim se configura justamente como maneira de reagir ou responder, no plano do discurso e da

¹⁰⁷² BARROSO, 2014, p.289.

performance, àquilo que, de acordo com a segunda hipótese, não se conseguiu até o momento concretiza na *práxis* institucional e social brasileira.

Destas três hipóteses, entendemos que a presente tese foi capaz de promover a testagem das duas primeiras (como já vimos quanto à primeira e veremos, na sequência, quanto à segunda); e quanto à terceira, na falta da possibilidade de aqui testá-la (fugiria ao objeto da tese), entendemos que deve ser considerada como uma consequência provável da confirmação das duas primeiras.

5.2.2 As discrepâncias ao nível do discurso erudito brasileiro: Direitos Fundamentais e Dignidade nos diferentes olhares do Constitucionalismo brasileiro

5.2.2.1 - Os caminhos do pensamento constitucional brasileiro contemporâneo: uma constituição cidadã num país de desigualdades, entre a ode e a crítica da centralidade do direito à dignidade

Por tudo o exposto no último tópico apresentado, devemos dizer que o que resulta do estado de coisas ali analisado acerca do contexto do debate sobre a dignidade no constitucionalismo brasileiro é, ao nosso ver, a intensificação de duas linhas de abordagem díspares sobre o assunto no pensamento constitucional brasileiro. Uma primeira, como já mencionamos, que trata de forma entusiástica a questão do direito à dignidade por vezes caindo na exaltação puramente abstrata do princípio (como que quase esquecendo-se que a mera positivação nomológica de um direito não resolve os problemas de um país). Uma segunda, reagindo contra a primeira e oferecendo uma crítica cética ao papel do direito à dignidade como um discurso que seria meramente encobridor dos problemas constitucionais nacionais.

Há, todavia, uma terceira tendência no pensamento constitucional quanto ao tema. Concordamos com Pinto Coelho, quando afirma (tratando a

questão em sede dos debates sobre direitos humanos em geral no país) que, apesar de menos disseminada (se comparada à primeira corrente) e menos barulhenta (se comparada à segunda), existe uma parcela dos juristas e jusfilósofos brasileiros que busca desenvolver uma leitura pautada numa abordagem crítico-superadora¹⁰⁷³ sobre o debate acerca dos direitos humanos e do direito à dignidade no país, reconhecendo que esse discurso pode funcionar tanto como fundamento de encobrimento discursivo e espetacular das situações de injustiça social, quanto como instrumento de luta e transformação de tais situações, cabendo ao constitucionalismo justamente a tarefa de garantir justamente essa última possibilidade, realizando reflexivamente a crítica da aplicação da Constituição, com o fito de romper as trivializações laudatórias, muitas vezes impeditivas do real enfrentamento constitucional dos problemas da sociedade brasileira e, portanto, da real efetivação igualitária do direito à dignidade.

Na sequência apresentamos e analisamos qualitativamente as abordagens relativas ao tema da dignidade na experiência constitucional brasileira, em alguns dos constitucionalistas de ponta do país.

5.2.2.2 - Os desafios da efetivação do Estado Democrático Social de Direito numa cultura constitucional de modernidade tardia e o (des)respeito à dignidade humana, segundo Lenio Streck

Lenio Luiz Streck, professor da Unisinos e membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional, procura avaliar a pertinência de uma Constituição Dirigente, diante do contexto brasileiro, por ele caracterizado como de uma modernidade tardia. Tal noção, isto é, de uma Constituição ainda Dirigente, se alinharia à uma visão substancialista do

¹⁰⁷³ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma Crítica das Críticas ao Discurso dos Direitos Humanos e Fundamentais: da desconstrução do Jushumanismo ao Jushumanismo Crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*. Minas Gerais, v. 1, n° 2, Jul/Dez, p. 01-18, 2015. Superação aqui, entendido no sentido hegeliano de suprassunção. Crítica superadora, portanto, como negação dialética e não como negação cética ou abstrata.

texto constitucional, em que sua interpretação e efetivação se voltaria para a concretização dos direitos sociais-fundamentais e do respeito à dignidade humana, tendo em vista a impossibilidade de uma Constituição voltada fundamentalmente à regulação do procedimentalismo democrático num país com tamanha desigualdade.¹⁰⁷⁴

Se na Europa, com autores como Canotilho, é possível falar no constitucionalismo social como uma proposta substancialista (dirigente) e no constitucionalismo pós-social, ou democrático, como uma proposta procedimentalista, no sentido habermasiano, tal sequência teórica não vale para uma teorização constitucional voltada a um país de modernidade tardia. Num país como o Brasil, esses dois momentos (o do constitucionalismo social e o do constitucionalismo pós-social) se fazem valer ao mesmo tempo. A realidade constitucional disjuntiva daí resultante só pode ganhar alguma estabilidade enquanto projeto se assumir a prioridade da dimensão substancialista.

Assim, para o autor a percepção sobre o Estado Democrático de Direito, está indistintamente relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais. A esse respeito Streck afirma que:

É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

¹⁰⁷⁵ STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003, p. 261.

Tem-se, assim, que, o Estado Democrático de Direito possui características histórico-valorativas (carreadas pela tradição constitucional) que possibilitaram reparar, de certa forma, a construção dos pilares constitucionais na busca por efetivação dos direitos humano-fundamentais. A melhor forma de instrumentalização da ação do Estado passa a ser o próprio texto constitucional. De igual modo, para Streck, a teoria da Constituição dever compreender um “núcleo básico”. Este núcleo, por sua vez, deve conter o histórico dos avanços civilizacionais inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito que possam corroborar para o alicerce do binômio democracia e direitos humanos. Streck explica essa questão:

Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado. Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.¹⁰⁷⁶

Nesse balanceamento entre uma Teoria geral da Constituição e uma Teoria da Constituição em países de modernidade tardia, os direitos sociais (encarados enquanto as promessas adiadas) possuem um importante peso. Neste norte a dimensão substantiva do texto constitucional deve ser uma ferramenta indispensável para a efetivação concreta de um Estado Democrático Social de Direito. A esse respeito o autor acrescenta criticamente uma variável geopolítica ao debate:

Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o

¹⁰⁷⁶ STRECK, 2003, p. 275-276.

neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno.¹⁰⁷⁷

A defesa do texto constitucional e da dignidade da pessoa humana nele insculpida se dá, para Streck, em certa medida, enquanto contraponto à globalização puramente econômica e aos ventos neoliberais que a acompanham, calcados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades, por se tratarem de medidas e políticas antitéticas à Constituição brasileira, que nitidamente deve assumir o papel bastião da resistência ao neoliberalismo rumo à construção de um Estado Social de índole dirigente, fundado nos direitos sociais-fundamentais e em políticas distributivistas. Assim,

Há que se compreender que, insita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da idéia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário. Para que se possa compreender o estado da arte desse problema em *terra brasilis*, torna-se necessário superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais-fundamentais (déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto constitucional exurgente do pacto refundador de 1988.¹⁰⁷⁸

A contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais-fundamentais com a materialidade do texto constitucional brasileiro dota o Direito de um caráter potencialmente transformador, segundo Streck, o que, por vezes, implica no deslocamento da esfera de tensão dos demais poderes em direção ao judiciário. Tal pressuposto parece estar no seio da posição teórica de Streck, para quem a judicialização da política e das relações sociais não é um problema em si (sendo um problema apenas quando o judiciário não

¹⁰⁷⁷ STRECK, 2003, p. 278.

¹⁰⁷⁸ STRECK, 2003, p. 292.

consegue cumprir de forma constitucionalmente adequada o seu papel), senão mesmo uma consequência necessária em face do papel assumido pelo Direito contemporaneamente. Esse protagonismo jurisdicional não se confunde com o ativismo judicial propriamente dito, o qual o autor veementemente combate.

Dez anos depois dessas análises, Streck avalia que no processo no qual se desenvolveu a Constituição de 1988, não se foi oportunizada as condições necessárias para desenvolvimento do sentido social da Constituição e seus desdobramentos fundamentais. Nas palavras de Lenio Streck:

O acontecer da Constituição não foi tornado visível porque, no prévio desvelamento – que é condição de possibilidade deste-tornar-visível impregnado pelo senso comum teórico – não foram criadas as condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do sentido da Constituição e de seus desdobramentos jurídico-políticos como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.¹⁰⁷⁹

Para o autor, o texto da Constituição “deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o plus normativo que é o Estado Democrático de Direito, que aparece já no artigo 1º do seu texto”.¹⁰⁸⁰ A negação disso denuncia, em sua opinião, uma das deficiências estruturais que impossibilitam a concretização do texto constitucional, por ele apelidada de “baixa constitucionalidade”, ou seja, a reticência da dogmática e do judiciário em levar a Constituição de 1988 a sério, enquanto, paradoxalmente, adoram-na quase que religiosamente, como que a isolá-la da realidade, em sua sacralidade, em nosso entender.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹ STRECK, Lenio. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. *Sequência*, n. 69, p. 83-108, 2014, p. 85-86.

¹⁰⁸⁰ STRECK, 2014, p. 94.

¹⁰⁸¹ De certa forma essa leitura pode ser corroborada pela arqueologia política de Giorgio Agambem. Em suas reflexões desconstruidoras dos arquétipos políticos, Agambem chama atenção para a curiosa atribuição de um caráter sagrado aos direitos humanos. O autor explicita a *arqué* aqui estabelecida como a ideia primeira de sagrado como justamente aquilo que deveria ser separado para o sacrifício aos Deuses. Assim, o sentido trivializado dos direitos humanos como algo sagrado esconde justamente a noção de que eles serão sacrificados sempre que os imperativos econômicos exigirem. (Cf. AGAMBEM, Giórgio. “Notas de aula do Curso Arqueologia dela Política”. Càtedra Ferrater Mora del Pensament Contenporani, Girona, 2014).

5.2.2.3 – O paradoxo discurso-práxis dos direitos humanos e sua importância na cultura constitucional brasileira, segundo Oliveira Faria e Lima Lopes

José Eduardo Campos de Oliveira Faria, professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, procura contrastar discurso e realidade em seu artigo, analisando de que maneira os direitos humanos vão proclamados pelas autoridades latino-americanas, especialmente as brasileiras, e de que maneira isso se vê efetivado ou negado pela prática social, bem como quais os desafios vindouros em razão das mudanças econômicas e sociais a nível global. A este respeito, autor destaca que:

Vistos do ângulo específico da América Latina, os direitos humanos têm uma trajetória histórica paradoxal: quanto mais são afirmados e reafirmados no tenso cotidiano das nações do continente, incorporando-se tanto no texto de suas Constituições quanto no discurso de seus líderes políticos, sindicais, comunitários e religiosos, mais eles se abrem interrogativamente em direção a um futuro sempre concebido como um problema e jamais como uma certeza.¹⁰⁸²

Para o autor, essa trajetória paradoxal dos direitos humanos, está refletida claramente na questão do desenvolvimento sócio-econômico no Brasil. Eduardo Faria aponta as seguintes discrepâncias ocorridas no Brasil a partir da segunda metade do século XX. Veja-se:

Do ponto de vista das disparidades sócio-econômicas, o Brasil, a maior nação do continente, configura um exemplo objetivo. Entre os anos 60 a 80, os 20% mais pobres tiveram sua participação na renda reduzida de 3,9% para 2,8%, enquanto os 10% mais ricos passaram de uma participação de 39,6% para 50,9%. Essa tendência acentuou-se a partir da década de 80: enquanto em 1960 os 50% mais pobres da população economicamente ativa detinham 16% da renda total, em 1980 esta participação declinou para 14,4%, e em 1983 para 12,4%, levando o país a encabeçar a listagem feita pelo Banco Mundial dos países com a mais alta taxa de concentração de renda, batendo o Nepal, Quênia, Panamá, Peru, Índia e México. O quadro é mais dramático quando examinado do ângulo da pobreza absoluta: em 1980, 60% das famílias tinham rendimentos mensais de até três salários-mínimos (US\$ 126) e 42% estavam na faixa de até meio salário-mínimo (US\$ 21); em 1984, quase 12 milhões de famílias, 37,6% do total, tinham rendimentos de até dois salários-mínimos (US\$ 84). A esses indicadores é preciso acrescentar a existência de 30 milhões de analfabetos adultos, 55 milhões de pessoas sem água encanada, 40 milhões sem luz elétrica, 86 milhões — quase três quartos da população — ingerindo diariamente bem menos do que as 2.240 calorias prescritas como dieta mínima pela Organização

¹⁰⁸² FARIA, José Eduardo. Os Direitos Humanos e o dilema latino-americano às vésperas do século XXI. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 38, p. 61-78, 1994, p. 61.

Mundial de Saúde, 70 milhões vitimados por verminose, 5 milhões sofrendo do mal de Chagas e de uma mortalidade de 92 crianças (antes de completarem um ano) entre cada mil. Quanto à distribuição das propriedades agrícolas, apenas vinte famílias e grupos empresariais controlam 20.291.412,4 hectares de terras agrícolas, enquanto 10 milhões de famílias de lavradores não dispõem de áreas próprias para seu sustento.¹⁰⁸³

Esses indicadores socioeconômicos, na opinião do autor, colocam parte expressiva da população brasileira em um “estado de natureza”, “sem leis garantidas em sua universalidade, ficando por isso mesmo à mercê das inúmeras formas de violência física ou moral”, no que expressões como “império da lei”, “segurança jurídica” ou mesmo “direito a ter direitos” não têm, por evidente, qualquer significado. Em suas palavras:

Para estes segmentos, afinal, qual é o significado do direito à propriedade se jamais terão condições de se tornarem proprietários? Do mesmo modo, qual o sentido do direito à livre iniciativa se não dispõem de terras para cultivar? O que represente o sentido do direito à inviolabilidade do lar para aqueles que, nas favelas, nos guetos e nas periferias, têm seus barracos, cortiços e casas invadidos pela polícia e para os que são presos sem ordem judicial? Qual o alcance do direito à livre expressão para quem não dispõe dos meios necessários para se expressar? Que significado tem a divisão dos poderes para os que não dispõem de meios financeiros para o acesso à Justiça, ficando à mercê dos degradados serviços gratuitos de assistência judiciária? Como é possível que os “excluídos” respeitem as leis se muitos daqueles cuja responsabilidade é defendê-las muitas vezes as desrespeitam impunemente? Que credibilidade têm os códigos quando muitas de suas normas são editadas e reeditadas conforme interesses do poder econômico? Que validade têm textos constitucionais que concedem direitos impossíveis de serem reconhecidos ou concretizados, por ausência de leis regulamentares destinadas a torná-los eficazes em termos formais e materiais?¹⁰⁸⁴

Nesta análise feita em 1994, tal exclusão da constitucionalidade prometida, para Eduardo Faria, se estendia tanto quanto aos portadores de direitos subjetivos públicos não efetivados (como sujeitos de direito titulares de garantias fundamentais declarados mas não garantidos), quanto aos detentores de liberdades privadas estabelecidas pela ordem constitucional. Isto se dava, mas não garantidos na prática em grande medida, pela falta de densificação constitucional, em razão de um misto de ausência de leis regulamentares, incisivas quanto à garantia igualitária desses direitos, e da deficiência de serviços governamentais de assistência legal (apesar de

¹⁰⁸³ FARIA, 1994, p. 69.

¹⁰⁸⁴ FARIA, 1994, p. 70.

existirem vastamente são tecnicamente falhos), o que acaba por impedir, também, o acesso aos tribunais. Esta situação, segundo o autor, fazia desses contingentes populacionais muito mais que necessitados e hipo-suficientes, verdadeiros súditos sujeitos às eventuais dádivas do Estado. Transformações atenuadoras deste estado de coisas se efetivaram nos últimos vinte anos. Porém a análise crítica de Eduardo Faria ainda se faz pertinente em boa medida.

José Reinaldo Lima Lopes, também Professor Titular da Universidade de São Paulo, por sua vez, busca mostrar a importância do conceito de direitos humanos e as condições estruturais necessárias para uma sua utilização autêntica, justamente para a superação das desigualdades pungentes denunciadas por José Eduardo Faria. Lima Lopes então escrevia, nos idos de 1987, quando então se iniciava a Assembleia Constituinte redemocratizadora do país:

Direitos humanos são um instrumento forjado para defender a pessoa humana não de um indivíduo qualquer (para isso existem os direitos regulares protegidos na órbita da lei ordinária), mas do exercício abusivo do poder, das instituições do poder político (nos séculos XVIII e XIX) e do poder econômicos (a partir do século XX e especialmente nesta segunda metade do século XX). A expressão direitos humanos está, pois, referida aos conflitos entre indivíduos e grupos, e o Estado ou o capital obedecem à lógica e à forma das organizações burocráticas, impessoais. Naturalmente há homens, pessoas humanas enfim, que atuam em nome do Estado e em nome do capital: ao atuarem nesta qualidade não podem ser vítimas de violações de direitos humanos, senão autores (“causas eficientes” destas violações, segundo a escolástica, mas não suas causas finais, formais ou materiais). Mas podem, em outras circunstâncias, tornar-se vítimas do mesmo poder a que servem, é certo. Por outro lado, há sempre, quando se invoca a proteção dos direitos humanos, uma situação de desequilíbrio estrutural de forças: desequilíbrio estrutural e não conjuntural, essencial e não contingente ou acidental, por essência e não per accidens. A vítima da violação, seja um indivíduo ou um grupo, é permanente e estruturalmente subordinada ao autor da violação, visto que a violação parte de uma organização que reúne meios de forma permanente, capazes de violar de contínuo a dignidade da mesma vítima ou de outras em posição semelhante. O abuso do poder do Estado é ameaça permanente: assim o abuso de poder econômico. Fato de não se atualizarem não lhes tira a potencialidade. Deste modo é que a expressão “direitos humanos” diz respeito à cidadania, isto é, à possibilidade de viver em sociedade desde que as forças organizadoras desta sociedade não possam dispor sobre os

indivíduos de um poder de vida e morte. Tratar-se de retirar a legitimação institucional ao absolutismo.¹⁰⁸⁵

Para o autor, direitos humanos são um instrumento cunhado para defender a pessoa humana do exercício abusivo do poder, das instituições do poder político e do poder econômico, incidente em contextos de conflito entre pessoas humanas e mecanismos e forças impessoais. Assim, sempre que se invoca a proteção dos direitos humanos se estaria diante de uma situação de desequilíbrio estrutural de forças, porque a vítima da violação é permanente e estruturalmente subordinada ao autor da violação, isto é, sua dignidade está sujeita à possibilidade, mesmo que nem sempre atualizada, de violação contínua. Romper com tais estruturas implica possibilitar a *vida digna* em sociedade, ao negar por parte das forças organizadoras da sociedade o poder de vida e morte sobre os indivíduos, com o que se dá, na visão do autor, uma íntima conexão entre cidadania, direitos humanos, e dignidade da pessoa humana.

5.2.2.4 – Dignidade para além do mínimo existencial e a ameaça do “Estado de exceção econômico”, na ótica de Gilberto Bercovici

Em artigo sobre o tema da dignidade no constitucionalismo brasileiro, Gilberto Bercovici, professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Universidade de São Paulo, questiona o sentido da noção de mínimo existencial e de sua compatibilidade diante do Estado proposto pela Constituição de 1988, argumentando pela conexão entre dignidade da pessoa humana e a Constituição econômica no atual constitucionalismo brasileiro. Consequentemente, a seu ver, a proteção conferida à dignidade da pessoa humana pelo texto constitucional brasileiro é mais extensa do que aquela pressuposta pelo conceito de “mínimo existencial, tal como distorcidamente

¹⁰⁸⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. Direitos humanos no Brasil: Compreensão teórica de sua história recente. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 95, p. 05-22, 1987, p. 12-13.

compreendido nas leituras liberais (ou neoliberais) presentes no cenário constitucional brasileiro.¹⁰⁸⁶

Bercovici denuncia a perspectiva liberal e individualista da qual partem muitos autores brasileiros quando defendem o mínimo existencial, em razão da limitação ou atenuação da presença dos direitos econômicos e sociais, reduzindo a garantia mínima às condições de existência. Concomitantemente, esses autores, segundo Bercovici, recusam qualquer fundamentalidade aos direitos sociais, argumentando que, caso contrário, se estaria fadado à ingovernabilidade. Contudo, segundo o autor, a Constituição de 1988 não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que aqueles de viés mais liberal façam. Por isso, Bercovici lança dúvidas quanto a procedência do transplante do discurso sobre o “mínimo existencial”, para o atual modelo constitucional brasileiro por se tratar de construção doutrinária e jurisprudencial, que acaba, contraditoriamente, enfraquecendo a exigibilidade dos direitos sociais.¹⁰⁸⁷

Para Bercovici, as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem se reduzir simplesmente à garantia do mínimo existencial. Nas palavras do autor:

Pelo contrário, essas relações, sob a Constituição de 1988, vão além e não se configuram “apenas” na universalização dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais). As relações entre dignidade humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, p. 457-467, 2007.

¹⁰⁸⁷ BERCOVICI, 2007, p. 460-461. Para uma visão não de todo contraposta, propondo a construção de uma doutrina de mínimo existencial que não exclua os direitos sociais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na “aplicabilidade mediata” das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. v. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre dignidade e cosmopolitismo. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, p. 801-914, 2012.

¹⁰⁸⁸ BERCOVICI, 2007, p. 461-462.

Bercovici, ao afirmar que a relação entre dignidade humana e constituição econômica exige a realização de uma democracia econômica e social, acrescenta que:

Os detentores do poder econômico e do poder político vêm conseguindo bloquear a realização do programa emancipatório e transformador presente no texto de 1988, privilegiando a realização de políticas ortodoxas de ajuste fiscal e a inclusão, pela via da reforma constitucional, de dispositivos que servem para “blindar” a sua opção política, contrária às decisões fundamentais originais da constituinte, buscando evitar que possam ser alteradas por uma improvável reviravolta ideológica ou eleitoral. A “compensação” que se oferece é, pelo visto, a defesa das concepções liberais do mínimo existencial.¹⁰⁸⁹

Bercovici destaca que o próprio texto constitucional mostra inequivocamente o modo como se vinculam dignidade humana e constituição econômica. Esta vinculação se dá através da democracia econômica e social, a direção de uma emancipação integral dos cidadãos brasileiros. Portanto, não se pode limitá-la ao discurso do mínimo existencial que, na ótica do autor, é reducionista.¹⁰⁹⁰ Fazê-lo é, não só ir contra o texto constitucional, mas dar azo a um “estado de exceção econômico”, em que se desconstitucionaliza o direito econômico em prol das forças econômicas globalizantes, com decisões sendo tomadas por órgãos técnicos e burocráticos alheios a qualquer tipo de soberania popular, senão mesmo a ela contrários, e à revelia dos direitos dos cidadãos, isto é, de sua dignidade. Em suas palavras, esse “Estado de exceção econômico” marca a transição da soberania para a *governance*, e da garantia da Constituição para a garantia do capitalismo:

Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais “neutros” (bancos, agências governamentais “independentes”, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc.) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁹ BERCOVICI, 2007, p. 463.

¹⁰⁹⁰ BERCOVICI, 2007.

¹⁰⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, p. 737-754, 2014, p. 744-745.

A exclusão dos “excessos” democráticos também se faria presente por meio dos tribunais, em uma articulação de todo o aparato estatal daqueles Estados Periféricos que, sujeitos à ditadura econômica dos mercados, convivem hodiernamente com o:

decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular. A razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado.¹⁰⁹²

Assim, a defesa de um “mínimo existencial”, como estratégia para se reduzir o conteúdo da dignidade humana da Constituição de 1988, deixando-a aquém das suas literais dimensões sociais, acabaria, por mais bem-intencionados que sejam os autores que assim o defendem, na visão de Bercovici, apenas a perpetuar o domínio do capital financeiro sobre a soberania popular, esvaziando de sentido o texto constitucional. Por conseguinte, a “necessidade de pensar a possibilidade de um Estado promotor do desenvolvimento e da inclusão social no Brasil, mesmo sob as condições desfavoráveis do estado de exceção econômico, é ainda mais fundamental”¹⁰⁹³, a implicar na busca por um conceito distinto de dignidade humana, de viés assumidamente social.

5.2.2.5 – As dimensões de dignidade na ordem constitucional brasileira na abordagem conceitualista abstrata de Ingo Sarlet

Ingo Wolfgang Sarlet, Coordenador do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, possui vasta obra dedicada ao tema da dignidade no constitucionalismo contemporâneo. Em seu artigo intitulado “A eficácia do Direito fundamental à

¹⁰⁹² BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 172 f. [Tese de Livre Docência]. Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 145.

¹⁰⁹³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 171-180.

segurança jurídica: dignidade da pessoa humana”, busca por precisar a eficácia do conceito de “proibição de retrocesso”, vinculando-o à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, por ele identificado como aqueles indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana. Notadamente, sobre a proibição ao retrocesso no que se refere a direitos fundamentais, Sarlet explica:

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas. E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.¹⁰⁹⁴

Para Sarlet, entre um “Estado Social intervencionista” e um “Estado minimalista” (à feição dos projetos globalizantes neoliberais) o que deve prevalecer é um “Estado necessário”, sendo necessário justamente aquele Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida digna para cada ser humano que nele viva. Neste sentido, o autor realiza a seguinte digressão metafórica sobre a relação entre dignidade e “Estado necessário”:

Por derradeiro, [...] o que se poderia denominar de “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”, é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações (portanto, também no âmbito da proibição de retrocesso e da correlata noção de segurança jurídica) a sua máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja e/ou venha a estar a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade. Do contrário, tal qual com lucidez nos lembra Paulo Bonavides, estaremos cada vez mais próximos de uma lamentável, mas cada vez menos controlável e contornável transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”, onde estarão seguros (a exemplo dos “amigos do rei”) apenas os amigos e parceiros do “colonizador” ou mesmo de alguma ditadura de plantão ou maioria parlamentar

¹⁰⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais e a proibição de retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, p. 237-249, 2006, p. 248.

ocasional, mas somente enquanto gozarem da privilegiada condição de amigos e parceiros!¹⁰⁹⁵

A dignidade, para Ingo Wolfgang Sarlet, é o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa”, exigindo, portanto, que a ele se outorgue em todas as suas manifestações e aplicações a máxima eficácia e efetividade possíveis. O caminho contrário, assevera, é o caminhar rumo a cada vez menos controlável e contornável transformação do Estado democrático de Direito em verdadeiro estado neocolonial, restando apenas à elite nacional (substitutiva da elite colonial) as condições realmente adequadas de vida, alcançadas através de seus recursos privados (sustentados, por sua vez, em razão da convivência pública com suas práticas extrativas).

Sobre o conceito de e suas dimensões, em um artigo que, há dez anos, alcançou considerável aceitação no debate jurídico brasileiro, Sarlet fala sobre uma dúplici dimensão constitucional da dignidade:

Sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplici, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo — e principalmente — quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, de acordo com Martin Koppert, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder — pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação — o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)¹⁰⁹⁶

A dignidade da pessoa humana possuiria uma dimensão dúplici, segundo Sarlet, ao expressar, simultaneamente, a ideia de autonomia da pessoa humana e a necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado. Assim, a depender das circunstâncias, essa segunda dimensão

¹⁰⁹⁵ SARLET, 2006, p. 249.

¹⁰⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 361-386, 2007, p. 376.

poderá prevalecer em face da primeira, de todo modo nunca se esvaindo o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).

Já no artigo intitulado “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível”, Sarlet novamente identifica duas dimensões à dignidade da pessoa humana, quais sejam, a autonomia do indivíduo, bem como sua proteção, discutindo as possibilidades de conflito entre ambas e como elas vieram a se afirmar histórico-filosoficamente:

Para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade, razão pela qual imperiosa a sua concretização por meio de outros princípios e direitos fundamentais, de natureza negativa e positiva.¹⁰⁹⁷

Assim, a dignidade como autonomia se revela tanto na liberdade, quanto na proteção às situações de miserabilidade e exploração. De acordo com Sarlet, para a ordem jurídico-constitucional brasileira devemos entender a dignidade da pessoa humana como:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰⁹⁸

No contexto do debate constitucional brasileiro, os esforços conceituadores da dignidade como categoria jurídica tiveram grande repercussão na última década. Porém, tendo em vista serem conceitos abstratos os desenvolvidos por Sarlet, nem sempre os juristas que adotam no Brasil a perspectiva deste autor conseguem problematizá-lo adequadamente nas situações concretas.

¹⁰⁹⁷ SARLET, 2007, p. 381.

¹⁰⁹⁸ SARLET, 2007, p. 383.

Sarlet situa a dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro como uma “matriz axiológica” e um “princípio estrutural”, que fundamenta, ou seja, dá razão-de-ser e sentido, a todos os demais princípios e direitos constitucionais.¹⁰⁹⁹ Vejamos os apontamentos de Sarlet e Fensterseifer a esse respeito:

A dignidade da pessoa humana, como, aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir deste valor e princípio que todos os demais princípios (assim com as regras) se projetam e recebem os impulsos para os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é o único valor a cumprir tal função e nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especialmente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana.¹¹⁰⁰

Sendo assim, devemos nos perfilar por uma análise mais criteriosa a respeito da possibilidade acima descrita:

Assim, a dignidade humana, para além de ser também um valor, configura-se como sendo – juntamente com o respeito e a proteção da vida! – o princípio de maior hierarquia da nossa Constituição e de todas as demais ordens jurídicas que a reconheceram.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁹ Neste sentido, também Carmen Lúcia, atual ministra presidente do Supremo Tribunal Federal, a dignidade pode ser considerada como princípio e fim do direito brasileiro. Neste sentido, a autora destaca que “O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v.2, n° 2, p 49-67, 2001, p. 51).

¹¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos: uma discussão necessária*. MOLINARO, Carlos Alberto [et al]. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.9.

¹¹⁰¹ SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p.9. A título de informação, por extrapolar sobremaneira nosso campo de análise, indicamos o estudo sobre a dignidade dentro de uma perspectiva socioambiental, a leitura sobre “a ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de *contrato socioambiental* (ou *ecológico*), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p.25).

De certa maneira, há uma hiper potencialização do papel constitucional do princípio da dignidade, na leitura que faz Ingo Sarlet.

5.2.2.6 - A dignidade humana e sua influência na construção da cidadania ética na cultura constitucional brasileira, segundo Eduardo Bittar

Eduardo C. Bittar, Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-graduação (ANDHEP), procura rebater as perspectivas céticas a respeito da dignidade da pessoa humana, destacando sua importância, bem como mapeando sua influência, com vistas a aferir sua relevância para a construção da cidadania na pós-modernidade.

Bittar faz a seguinte análise sobre o sentido histórico do discurso da dignidade humana no contexto brasileiro:

Sua entrada [da dignidade da pessoa humana] na cultura do direito nacional se dá a partir do texto da Constituição Federal de 1988, num período de redemocratização e, portanto, de crescente afinização da cultura do direito nacional à cultura do direito internacional dos direitos humanos (DIDH) que vem se desenvolvendo desde a sua fundação com a Declaração de 1948 como reação às atrocidades do período nazista e aos demais efeitos da Segunda Guerra Mundial, que provocou a morte de milhões de seres humanos. Desde então, a idéia de “dignidade da pessoa humana” passou a ser critério para a determinação e avaliação da legitimidade da política, da justiça do direito, das decisões de relevância para a humanidade. [...].¹¹⁰²

Para Bittar, deve ser entendido que a CRFB/88 tem um grande potencial transformador. E é precisamente por isso que o autor afirma que:

A Constituição erigiu valores-guia eleitos para a arquitetura do sistema jurídico, entre os quais se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Sua defesa é, a um só tempo, a defesa das próprias condições de construção de uma sociedade que é capaz de pactuar valores comuns e construí-los dentro de um sistema razoável de medidas e parâmetros para a arquitetura do convívio social.¹¹⁰³

¹¹⁰² BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Cidadania e Constituição: O Direito à Dignidade e à Condição Humana*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 8, p. 125-155, 2006, p. 140-142.

¹¹⁰³ BITTAR, 2006, p. 142.

Para Bittar o texto constitucional é uma importante ferramenta para a construção da cultura de direitos humanos em uma sociedade plural como a brasileira.

Não obstante, o autor rechaça os por ele denominados de céticos, que consideram a dignidade um conceito vazio dentro da cultura constitucional. Bittar procura contrastar os pontos positivos de sua plurivocidade, destacando seus usos enquanto: fundamento do Direito e do próprio Estado; norte das ações governamentais; télos das políticas sociais; princípio hermenêutico de todos os direitos humanos e demais direitos do texto constitucional; diretriz para a legislação infraconstitucional; base para a aplicação judicial de direitos; ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico; foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana; núcleo de sentido das práticas jurídicas; e fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana.¹¹⁰⁴ Assim, o autor conclui que:

A “dignidade da pessoa humana” é expressão de amplo alcance, que reúne em seu bojo todo o espectro dos direitos humanos (que são tratados no âmbito privado como direitos da personalidade), que se esparge por diversas dimensões dogmático-jurídicas.¹¹⁰⁵

O alcance da dignidade da pessoa humana é amplo para Bittar, reunindo em seu âmbito todos os direitos humanos, mesmo aqueles tratados no contexto do direito privado, como no caso dos direitos da personalidade. Assim, a dignidade como conceito se esparge por diversas dimensões dogmático-jurídicas, destacadamente as seguintes para o autor: relações de consumo; prestação de serviços essenciais pelo Estado; cumprimento de políticas públicas; atendimento de necessidades sociais; construção de justiça social; alicerce das tomadas de decisão em política legislativa; base da ideia de moralidade administrativa e exigibilidade de conduta dos governantes; cerne das políticas econômicas e de distribuição de recursos (justiça

¹¹⁰⁴ BITTAR, 2006, p. 143-144.

¹¹⁰⁵ BITTAR, 2006, p. 146.

distributiva); base para o desenvolvimento de ações de desenvolvimento de políticas educacionais, urbanas e rurais, penitenciárias etc.¹¹⁰⁶

Tal presença constante da dignidade em tão vastos temas afasta, segundo Bittar, a acusação de ser a dignidade da pessoa humana uma expressão carente de sentido. Sua abertura, pelo contrário, seria um de seus pontos fortes, permitindo, com a experiência linguística e com os jogos de ação historicamente determinados, surgir a definição caso a caso do que são atentados à dignidade humana. Assim seriam os homicídios, a miséria, a marginalidade, a dependência físico-psíquicas, a violência doméstica, a violência urbana, a discriminação, a corrupção estatal, o desvio de finalidade nas atividades públicas, as hipóteses geradoras de danos morais, a violação de imagem, dentre outros.¹¹⁰⁷

Por fim, para Bittar, a concepção, sobretudo na pós-modernidade, de dignidade da pessoa humana, precisa passar por um profundo senso de alteridade e de respeito às diferenças. Conclui, então, que:

[...] passa por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrada-ocidental das culturas. Passa pela visão de que a afirmação da dignidade da pessoa humana, em territórios com amplas distinções culturais regionais, como é o caso do Brasil, ou mesmo, projetando-se para fora do território do Estado, para se alcançar o plano das relações entre os povos, passa por um profundo respeito da diferença, bem como pela afirmação da multiculturalidade e da relatividade das concepções de dignidade como forma mesmo de se realizarem valores com preocupações isomórficas.¹¹⁰⁸

5.2.2.7 – Por uma concepção jurídica da dignidade humana que evite um retrocesso jusnaturalista na cultura jurídica brasileira, segundo João Maurício Adeodato

Identificando a origem do conceito de dignidade da pessoa humana na filosofia do direito natural, João Maurício Adeodato, Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, busca construir uma compreensão contraproposta, embasada no positivismo, frisando o vínculo dessa corrente

¹¹⁰⁶ BITTAR, 2006, p. 148-150.

¹¹⁰⁷ BITTAR, 2006, p. 151.

¹¹⁰⁸ BITTAR, 2006, p. 153-154.

com a defesa da democracia. O autor analisa de que modo uma e outra perspectivas influenciam retórico-conceitualmente a ideia de dignidade humana, com as consequências daí advindas para sua concretização.

Para o autor, segundo a tradição e a herança jusnaturalista do conceito, a noção de que a dignidade humana seria um princípio externo e superior, válida por si mesma independentemente de quaisquer circunstâncias político-jurídicas. Essa tratativa é, segundo Adeodato, insuficiente diante dos desafios da pós ou hipermodernidade, em que a maior complexidade social gera uma sobrecarga de demandas ao Direito; no que normas, como a da dignidade da pessoa humana, deixam de ser evidentes, “pois as bases axiológicas comuns das sociedades mais simples dissolvem-se na complexificação social, em grupos sociais nos quais torna-se difícil encontrar consenso sobre problemas do cotidiano”.¹¹⁰⁹

Para se responder a esses desafios, pondera Adeodato, é preciso se apegar “à relativa emancipação do Direito em relação à moral, à religião e a outras ordens normativas”. Especificamente no que diz respeito à dignidade humana, enquanto conceito retórico “cuja efetivação depende fundamentalmente de uma ideologia, de uma concepção de mundo”, Adeodato entende que essa base, se se quiser como categoria realmente operacionalizável no Direito atual, dificilmente poderia advir de outro lugar que não do “âmbito normativo da positivação do Direito”¹¹¹⁰.

Dessa perspectiva ético-positivista, em suas palavras, a construção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, em que a dignidade humana tenha papel central, se faz necessariamente como “uma positivação constitucional determinada, que considera os direitos materiais num contexto específico”. A centralidade da dignidade humana deve ser fundamentada como uma determinação constitucional e não como uma inferência racional. Isso porque, em que pese a universalidade do tema, é preciso reconhecer que “o

¹¹⁰⁹ ADEODATO, João Maurício. Tolerância e conceito de dignidade da pessoa humana no positivismo ético. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 8, n. 2, p. 213-228, 2008, p. 214.

¹¹¹⁰ ADEODATO, 2008, p. 216.

elenco de direitos materiais varia de época em época”. Somente assim, o princípio da dignidade da pessoa humana

permanece em seu locus tradicional de pólo central dos direitos fundamentais, mas se irradia, na modernidade, no sentido de uma especificação dos direitos fundamentais, que vai das diversas matérias com assento constitucional, até todos os níveis infraconstitucionais.¹¹¹¹

De modo que, dadas as contrapostas perspectivas de “ativismo judicial, decisionistas e judicialistas, constitucionalistas simbólicos e defensores do poder legislativo, neoconstitucionalistas guardiões de certa ‘força moral’ da Constituição, órfãos do direito alternativo, patriotas constitucionais, as mais diversas correntes, em suma”¹¹¹² ou seja, em um horizonte de crescentes divergências hermenêuticas, Adeodato propõe a ênfase no exame da “constitucionalização de procedimentos que objetivam propiciar um exercício efetivo da cidadania e observar o papel concretizador das instâncias decisórias e dos cidadãos em geral”.¹¹¹³

Sua preocupação parece então ser por ressaltar o caráter conflitivo e necessariamente problemático dos direitos humanos, respondendo ao menos parcialmente aos anseios de Pinto Coelho, que denuncia o risco de se reduzir o discurso dos direitos humanos a uma simples apologia de uma panaceia de direitos que, no fim, se traduz em “uma perda de importância para tais direitos [os direitos autenticamente humanos] na realidade jurídico-política atual”. Negar essas dimensões que colocam em prioridade a questão da concretização perante quaisquer preferências abstratas jurídico-institucionais, denunciadas por Adeodato no misto de nomenclaturas acima elencado, preterindo-as por essa ou aquela filiação teórica, ou por uma adoração escolástica do texto constitucional, seria, pelo contrário, dificultar a

¹¹¹¹ ADEODATO, 2008, p. 224.

¹¹¹² ADEODATO, 2008, p. 222.

¹¹¹³ ADEODATO, 2008, p. 224-225.

construção “de uma cultura democrática de direitos humanos, porque os apresenta em desconexão com a realidade social”.¹¹¹⁴

Assim, o inter-relacionamento entre a ênfase defendida por Adeodato e sua preocupação para com a realidade se destrincha em três pressupostos, quais sejam: de que a dignidade da pessoa humana demanda igualdade jurídico-política entre todos; de que ela pressupõe a democracia, assumindo radicalmente tudo como discutível e mutável, com a permanente e necessária problematidade de seu conceito; e de que exige uma ética da tolerância, no sentido de que “já que todos são juridicamente iguais, já que estão todos em um só espaço público e que não têm a mesma visão de mundo, é preciso ser tolerante com aqueles que pensam diferentemente”.¹¹¹⁵

Esse seria, para Adeodato, o núcleo do sentido da dignidade inferido da própria positividade jurídico-constitucional brasileira.

5.2.2.8 – O perigo da trivialização do conceito de dignidade no direito brasileiro segundo João Costa Neto

João Costa Neto, professor de direito público da Universidade de Brasília, na obra *Dignidade Humana* se propõe a analisar a casuística em torno do conceito de dignidade de três cortes constitucionais, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Constitucional Alemão, e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com vistas à sua delimitação conceitual enquanto direito.

Malgrado a aprovação praticamente consensual e unânime da constitucionalização da dignidade humana, então considerada como um grande avanço, elevada a pedra angular dos direitos humanos-fundamentais, João Costa Neto sopesa que, no Brasil, seu conteúdo é eivado de grande ambiguidade e imprevisibilidade. Tais dificuldades se dariam, na opinião do

¹¹¹⁴ COELHO, Saulo de Oliveira de Oliveira. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do Jushumanismo ao Jushumanismo crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, n. 2, p. 1-18, 2015, p. 11.

¹¹¹⁵ ADEODATO, 2008, p. 225.

autor, especialmente em razão da atividade judicante do Supremo Tribunal Federal, hipostasiando o conceito nos mais diversos âmbitos, a desfavorecer sua unidade, e, conseqüentemente, sua delimitação de um ponto de vista conceitual.¹¹¹⁶ A esse respeito, o autor destaca que:

A ambiguidade e a trivialização permitem que partes de uma demanda ou julgadores utilizem-se da dignidade humana como uma cláusula ambígua, vaga e abrangente, a fim de ver declarada a inconstitucionalidade de um dado ato normativo. Nesse sentido, a dignidade humana pode tornar-se mero pretexto a encobrir, em uma dada decisão judicial, um sem-número de motivos ocultos. É marcante a facilidade e banalidade com que se evoca e se recorre à dignidade humana, a fim de ver solucionadas as mais diversas e variadas questões.¹¹¹⁷

Para Ribeiro Neto, ocorreu no sistema jurídico brasileiro, uma trivialização do conceito e do conteúdo de dignidade humana, tornando-o contorno bem indefinido, que apesar de ter um notável valor simbólico da sociedade, ainda carece de instrumentalidade efetiva para o Direito.

5.2.2.9 – A necessidade de operacionalidade do princípio da dignidade humana na experiência constitucional brasileira segundo Luiz Roberto Barroso

Luis Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor titular de Direito Constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo que trata dos vinte anos em vigor da Constituição, propõe uma análise do direito constitucional brasileiro, com especial ênfase nas transformações entre o processo constituinte de 1987-1988 e os avanços atuais. Na opinião de Barroso, foram inúmeras as áreas em que o texto constitucional de 1988 corroborou para a consolidação e promoção de avanços efetivamente relevantes para o país. Para ele destaca-se dentre esses avanços a centralidade que a dignidade da pessoa humana assumiu no plano da

¹¹¹⁶ RIBEIRO NETO, João Costa. Dignidade Humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 158 f. *Dissertação* (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. 2013, p. 88-87.

¹¹¹⁷ RIBEIRO NETO, 2013, p. 89-90.

tratativa constitucional brasileira dos direitos fundamentais. A esse respeito, ele assim se manifesta:

No plano dos direitos fundamentais, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma idéia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até se tornar uma realidade concreta. Ainda assim, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que não ainda para todos. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público.¹¹¹⁸

Esses avanços, segundo o autor, ainda são acompanhados de graves problemas estruturais e de efetivação dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos pela CRFB/88. O cenário, portanto, não é de efetiva concreção da Constituição no que se refere a direitos e garantias fundamentais. Para o autor, a cultura constitucional brasileira ainda carece de ir além do discurso formal da dignidade da pessoa humana como direito humano-fundamental, em direção à sua efetividade e à sua operacionalização na *práxis* da processualidade jurídica brasileira.

Segundo Barroso, hoje, para o Direito, se torna importante mensurar qual seria o conteúdo mínimo de respeito e atendimento à dignidade para que ela possa se tornar um princípio mais efetivo, ou, nas palavras de Barroso, tornar-se um conceito mais operacionalizável dentro do Direito. Segundo o autor, a ideia de um mínimo existencial digno como algo que deve ser garantido a todos, primeira e precipuamente a qualquer outro debate ou objetivo (e a ideia de que esse mandamento está estabelecido pela sistemática

¹¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, nº 10, 2008, p. 27-29.

da Constituição de 1988) norteia a maioria da doutrina constitucional atual no Brasil.

Em outro importante texto, Barroso acrescenta o seguinte debate:

E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam.¹¹¹⁹

Para Barroso, o desenvolvimento do conceito de dignidade em âmbitos jurídico-nacionais tem dado importantes contribuições, especialmente a nível de fundamentação e de precedentes, para países como o Brasil que buscam reduzir desigualdades e efetivar um mínimo de justiça social.

Nesse sentido:

Do princípio da dignidade humana, em acepção compartilhada em diferentes partes do mundo, retiram-se regras específicas e objetivas, como os que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as apenas cruéis. Em muitos sistemas, inclusive o brasileiro, há normas expressas interditando tais condutas, o que significa que o princípio da dignidade humana foi densificado pelo constituinte ou pelo legislador.¹¹²⁰

Para Barroso, o resultado das progressivas incorporações de estatutos de proteção a aspectos específicos do direito à dignidade ou dos direitos dela decorrentes foi a consolidação da dignidade humana como categoria central da experiência constitucional brasileira contemporânea. A partir disso, Barroso conclui que:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como

¹¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.290.

¹¹²⁰ BARROSO, 2014, p.297.

justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.¹¹²¹

Assim, segundo o autor, dentro da normatividade brasileira, a dignidade como princípio fundamental, assume a seguinte função estrutural: ela é “[...] parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais”. Nesse sentido, ela é, antes, o *parâmetro da ponderação*, quando o que está em discussão são conflitos entre outros direitos fundamentais.¹¹²²

Com efeito, para Barroso, um dos maiores desafios da dignidade dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro, como já dito anteriormente, é se tornar um princípio efetivamente operacionalizável dentro do direito. Por conseguinte, a efetividade dos direitos relativos à dignidade é uma questão importante a ser buscada. Precisamente a esse respeito, Barroso discorre sobre a eficácia direta e eficácia interpretativa da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro:

A eficácia *direta* significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia *interpretativa* significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia *negativa* paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra

¹¹²¹ BARROSO, 2014, p.296.

¹¹²² BARROSO, 2014, p.299. Para Barroso, em que pese ser de grande importância, a dignidade não tem um caráter absoluto. Por vezes cerceamentos de aspectos da dignidade com vistas à promoção de valores da sociedade ou valores individuais são necessários. Também é majoritário no Brasil o entendimento de que somente em nome de outros direitos fundamentais de observância e respeito igualmente legítimos em uma dada situação, se pode restringir (sempre relativamente) o grau de satisfação do direito à dignidade humana. Nesse aspecto, cabe-nos fazer uma crítica: o autor deixa escapar a bilateralidade inerente ao direito. Por exemplo, ao se impor limitações à liberdade de expressão, como no caso da proibição de discursos de ódio, o que se busca é promover ou valorizar a dignidade daquela pessoa vítima de discursos de ódio. No mesmo sentido, de uma postura hegeliana, a sanção de prisão é uma “negação da negação”, restaurando o direito inicialmente negado pelo crime, a liberdade. Assim, apenas de uma perspectiva “analítica” – e as críticas de Hegel a Beccaria se deram também nesse sentido, por exemplo – a pena de prisão cerceia a dignidade do criminoso. Pelo contrário, a prisão restauraria o criminoso à sua dignidade, enquanto sujeito de direitos e deveres, que precisa respeitar essa ordem de direitos, para nela ser um sujeito. (BARROSO, 2014, p.100).

jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana.¹¹²³

5.2.3 Análise da efetividade das práticas brasileiras de proteção de direito de dignidade: estudos dos casos das minorias de gênero e minorias étnicas no Brasil

5.2.3.1- A situação concreta das minorias de gênero no Brasil

A cultura brasileira no que diz respeito às mulheres se constitui de várias hierarquias herdadas de múltiplas origens, desde o direito romano, à doutrina católica, passando pela cultura ibérica. Marcada por estruturas patriarcais, as posições a serem assumidas e desempenhadas por cada gênero estão intimamente ligados à vida sexual e familiar, com o papel da mulher estando vinculado tanto ao seu círculo reprodutor como à sua relação com o homem, chefe da família. Assim, prioritária e socialmente, espera-se da mulher que assuma o papel de esposa, mãe e doméstica.¹¹²⁴

Até recentemente, tal horizonte de sentido teve influência determinante na produção legislativa do país, como, por exemplo, nas inúmeras restrições referentes a condições de trabalho e exercício de atividades no que diz respeito às mulheres.¹¹²⁵ Nesse sentido, a Constituição

¹¹²³ BARROSO, 2014, p.326. Quando a questão em análise em uma determinada configuração de caso for a colisão de normas, a dignidade pode ser um princípio fundamental a ser observado para buscar sanar a controvérsia, pela prevalência da norma consuetudinária à dignidade. No entanto, quando a questão analisada versar sobre conflitos entre os próprios direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República se encontram dispostos conflitantemente, a dignidade enquanto ideia-força e princípio constitucional balizador dos direitos e garantias fundamentais passa a ser um critério de suma importância para análise, ponderação e resolução do conflito em concreto.

¹¹²⁴ ONSRUD, H.; PAIXÃO, S.; NICHOLS, S. Women and Land Reform in Brazil. [Relatório técnico n. 239] Department of Geodesy and Geomatics Engineering – University of New Brunswick, Canadá, 2005.

¹¹²⁵ Para uma análise detida de tais disposições, suas fundamentações e as visões estereotipadas por elas pressupostas, cf. LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cadernos Pagu*, v. 26, p. 405-430, 2006. Como exemplo, a autora denuncia que a Consolidação das Leis do Trabalho, o diploma regulamentador de parcela significativa das relações trabalhistas no Brasil, já consignou duas normas “de inspiração marcadamente ‘biológica’”, que não deixam de fazer paralelo com

Federal de 1988 é corretamente laureada como incontestado marco de ruptura, ao explicitamente assumir a igualdade entre os sexos, dando azo a uma série de políticas públicas voltadas especialmente para a concretização dessa igualdade no âmbito trabalhista. Por outro lado, em que pese os méritos do texto constitucional, no que concerne especialmente à violência doméstica, e mesmo quanto à desigualdade, seja salarial, seja de participação no mercado de trabalho, muitas têm sido as dificuldades de sua efetivação perante a sociedade brasileira. Assim, tanto a mulher como a violência a ela praticada foram relegadas à intimidade do lar, percepção que mesmo após 1988 demorou a ser extirpada dos textos legais e ainda hoje se vê presente em parte do judiciário e da Administração Pública, mesmo com os contrapontuais avanços.

Sintomaticamente, o Brasil, em 2014, ocupava a 97ª posição no ranking estruturado com base no Índice de Desigualdade de Gênero calculado pela Organização das Nações Unidas. Apenas 9,6% dos assentos parlamentares eram ocupados por mulheres em 2014. No entanto, por um lado, 54,6% das mulheres no país possuíam pelo menos o segundo grau em nível de escolaridade, contra 52,4% dos homens entre 2005 e 2014; por outro, apenas 59,4% da força de trabalho feminina estava inserida no mercado de trabalho em 2013, contra 80,8% da masculina.¹¹²⁶

Entre 1980 e 2010 estima-se que 92.000 mulheres foram assassinadas no Brasil. Se à primeira vista tais mortes parecem de pouco significado em um universo no qual representam apenas 10% do total de assassinatos, conforme relatam Stela Nazareth Meneghel e Vania Naomi Hirakata, deve-se, contudo, levar em consideração que desse número 42% ocorreram em ambientes domiciliares, contra apenas 14% das mortes

algumas das normativas ainda vigentes nos demais países objetos desse estudo. Assim, em seu art. 390, veda-se o emprego da mulher em serviço que demandasse emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional, bem como se proibia o trabalho da mulher em subterrâneos, mineração, subsolo, construção civil e atividades perigosas e insalubres. Ainda que tais limitações fizessem sentido à época da norma, já não é o caso, nos dias atuais, pois há, outras formas de proteger a saúde da mulher sem discriminá-la em relação ao homem no ambiente de trabalho.

¹¹²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>> Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

masculinas. Corroborando com tais dados, das 51.000 visitas hospitalares por mulheres vítimas de violência física em 2011, 22% dos culpados eram pais das vítimas, e 15% companheiros atuais ou anteriores.¹¹²⁷

Tais números, portanto, persistem, apesar do contexto de 20 anos de políticas especificamente voltadas para o combate da violência contra a mulher. Persistência que, em alguma medida, não deixa de parcialmente se afirmar com base nos erros e deficiências normativo-institucionais desse trajeto. Cinco são seus marcos legais, quais sejam, as Leis nº 9.099/1995, 10.455/2002, 10.778/2003, 10.886/2004, e 11.340/2006.

Com a primeira criou-se cortes especializadas em crimes de pequena ofensividade (o que, em geral, se afere no sistema jurídico brasileiro com referência à duração da pena atribuída), introduzindo a possibilidade de reconciliação entre vítima e agressor, bem como da suspensão condicional do processo. Em razão da maioria das denúncias relacionadas a violência doméstica serem de condutas criminosas penalizadas pela privação da liberdade por até 02 anos, uma parcela significativa desses casos passou a ser julgada perante as referidas cortes especializadas.

Conforme denunciam Ana Lucia Sabadel e Dimitri Dimoulis, o despreparo dos magistrados se fez notável, mais ainda quanto às problemáticas em torno das questões de gênero, assomando-se relatos de soluções inadequadas, com as vítimas sendo forçadas a aceitarem indenizações irrisórias, e algumas disparatadas, decisões determinando que o acusado levasse a vítima para jantar ou lhe entregasse flores. Do mapeamento das decisões, concluem os autores, percebe-se uma “reprivatização” dos conflitos, reforçado a ideia patriarcal de que eles concerniam às partes envolvidas tão somente.¹¹²⁸

As duas sucessivas novidades legislativas vieram com a finalidade de adaptar os procedimentos da normativa anterior à realidade da violência

¹¹²⁷ MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicides: female homicide in Brazil. *Revista Saúde Pública*, v. 45, nº 3, 2011.

¹¹²⁸ SABADELL, Ana Luica; DIMOULIS, Dimitri. Domestic Violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *Research Paper Series – Legal Studies*, 2014.

doméstica, mas com pouco sucesso. No primeiro caso, a Lei nº 10.455 introduziu a possibilidade da adoção de medida preventiva no sentido da remoção do acusado da casa da vítima em casos de violência doméstica. Contudo, ao deixar indefinido o conceito de violência doméstica, parte do judiciário se recusou a aplicar a medida, fundamentando-se no princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege certa*). Já no segundo, a partir da Lei nº 10.778 passou a obrigar funcionários dos serviços público e privado de saúde a informar as autoridades legais quando da observância da ocorrência de violência doméstica em seus pacientes, além de estabelecer uma definição do conceito jurídico, em consonância com o disposto na Convenção Interamericana de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, ratificada pelo Brasil desde 1995.

Com a Lei nº 10.886, a legislatura buscou criar uma qualificação do crime de lesões corporais, vinculando-a à prática de violência doméstica, ainda que de uma perspectiva neutra em relação a gênero, e com a ausência de quaisquer medidas alternativas, reforçando o entendimento de que a solução para o problema estaria na persecução penal. Em 2006, contudo, com a promulgação da Lei nº 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha”, o primeiro diploma legal brasileiro a sistematicamente dispor a respeito da violência doméstica, assumiu-se a nível legislativo a importância de serem mulheres as vítimas de violência doméstica, com a constituição de uma série de medidas de caráter não-penal, e o afastamento da competência das referidas cortes especializadas para casos de violência doméstica, em prol de jurisdições mais especializadas.

É possível dizer que a nível legislativo a Lei Maria da Penha significou uma absorção e tradução quase integrais das exigências dos movimentos feministas brasileiros. Contudo, quando de sua aplicação, as controvérsias em torno e a esse respeito tiveram consequências restritivas, conforme aponta Cecília MacDowell Santos. Muitos magistrados decidiram pela inconstitucionalidade da lei, em exercício do controle difuso, por realizar uma distinção entre homens e mulheres, a seus olhos, inaceitável perante o direito à igualdade, com outros continuando a decidir pela competência das cortes

especializadas. Decisões contraditórias se assomaram e a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, em um julgamento de resultados ambíguos, da perspectiva dos movimentos feministas.¹¹²⁹ Ao final, o que se percebe é que a compreensão hierarquizada das relações entre homens e mulheres tem difusão considerável, inclusive entre agentes estatais, bem como a interpretação de que a violência doméstica é um problema privado. Pese aos avanços, inclusive no âmbito de campanhas midiáticas incentivando as denúncias e representação contra os violadores, ainda há muito a se fazer.

Como denunciado pelo Índice de Desigualdade de Gênero, as mulheres no Brasil também enfrentam discriminação perante o mercado de trabalho, na forma de um círculo vicioso comum a países em desenvolvimento, a começar pelo baixo nível de escolaridade, o que as impede de galgar posições exigentes de maior qualificação, obrigando-as a procurar emprego no setor de serviços, ou no mercado informal.¹¹³⁰ Em relatório ao Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se apontou que em 2001 7% das mulheres do país nunca frequentaram uma escola, 60% não chegaram ao segundo grau, com apenas 10% desse número tendo terminado o primeiro grau, com a taxa de desistência dos estudos entre as mulheres por volta de 18%. 27% cursou o segundo grau, mas com apenas 16% desse total o tendo concluído. Apenas 6% das mulheres ingressaram no ensino superior e somente 3% se formaram,

1129 SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 89, p. 153-170, 2010. “Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha 45 dias após sua publicação, começaram a chegar à Justiça processos relacionados à regra então estabelecida, e surgiram também interpretações divergentes dos magistrados quanto à sua aplicação. A análise da norma chegou ao STF por meio de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, julgadas em 9 de fevereiro de 2012. No julgamento da ADC 19, a votação foi unânime para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. A ação foi ajuizada pela Presidência da República com o objetivo de pacificar entendimento sobre a aplicação da lei e, assim, permitir decisões uniformes em todas as instâncias do Judiciário. A partir do julgamento da ADC 19 e da ADI 4424, o STF fixou entendimento com caráter vinculante que passou a guiar a atuação de todo o Judiciário brasileiro quanto ao tratamento que deve ser dado aos processos relacionados à violência doméstica contra a mulher”. (Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322468>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2017.

1130 MENEZES FILHO, Naercio; SCORZAFAVE, Luiz. *Employment and inequality outcomes in Brazil*. 2007. Disponível em: <<https://www.oecd.org/employment/emp/42546065.pdf>> Acesso em: 31 de janeiro de 2017.

de modo que, então, apenas 1% das mulheres do Brasil se encontrava em cursos de pós-graduação (seguramente, então, menos de 0.2% em cursos de doutorado).¹¹³¹

Ainda que em dez anos esses números tenham melhorado significativamente, algumas discrepâncias continuam presentes, especialmente no que diz respeito à participação no mercado de trabalho, ganhos salariais, e a ocupação de posições de liderança em organizações e empresas. No geral, em 2004, apenas 30,5% dos cargos de diretor-geral (CEO) eram ocupados por mulheres, concentradas em áreas como educação e seguridade social. E, em 2007, de acordo com a análise de Maria Cristina Aranha Burschini, as discrepâncias salarias entre homens e mulheres aumentavam conforme maior o tempo de estudo, dado que, entre aqueles homens e mulheres com 15 anos ou mais de estudo (o correspondente a um curso de ensino superior), 62% dos homens recebiam mais que cinco salários mínimos contra apenas 35% das mulheres.¹¹³²

Como sugerido acima, as mulheres ainda são típica e culturalmente vinculadas ao seu ciclo reprodutor, vistas basicamente como responsáveis por desempenhar funções voltadas à maternidade,¹¹³³ a culminar nos índices discrepantes de atividades domésticas realizadas por cada um dos companheiros ou cônjuges de casais heterossexuais.¹¹³⁴ Mas não tão somente. Tais estereótipos estendem sua força, parcialmente contribuindo para o déficit de representatividade política das mulheres no Estado brasileiro.

Desde 1998 o Brasil adota cotas mandatórias (no mínimo 30%) para candidaturas de mulheres em todos os níveis da federação. Todavia, dos quatro países analisados, é o que tem o menor número de assentos

¹¹³¹ COMITÊ SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Violence against Women in Brazil: A report to the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights*. 23 mai. 2003. Disponível em: < http://www.omct.org/files/2004/07/2409/eng_2003_02_brazil.pdf> Acesso em: 31 de janeiro de 2017.

¹¹³² BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n° 132, p. 537-572, 2007.

¹¹³³ ONSRUD, H.; PAIXÃO, S.; NICHOLS, 2005.

¹¹³⁴ BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha, 2007.

parlamentares ocupados por mulheres.¹¹³⁵ Essa medida aprovada sem muito debate ou grandes controvérsias. À época, o próprio movimento feminista se mostrou dividido, por um lado enxergando-a positivamente, e por outro questionando sua capacidade de efetividade. Segundo Clara Araújo, os poucos resultados não são causados tão somente pelo sistema eleitoral do país. Para a autora, amparada em análise comparada de outros países da América Latina com formação cultural parecida e que também adotaram cotas mandatórias, a falta de representatividade tem causas culturais e econômicas.

Primeiro, candidatas mulheres enfrentam sérias dificuldades em conseguir financiamento para suas campanhas, o que se explica tanto pelas discrepâncias do mercado econômico como pela sua ausência em posições de destaque, seja no setor privado, seja no setor público. Segundo, a ausência de quaisquer mecanismos de controle, sejam democráticos, sejam de ação afirmativa, da composição e funcionamento dos partidos, vistos com desconfiança por parte dos movimentos sociais, e, por sua vez, formado por uma ampla maioria de homens, em geral portados de visões estigmatizadas a respeito das mulheres, em que política apareceria como uma atividade pouco ou nada feminina. Tais fatores influenciam na apresentação das listas de candidatas, já que a cota para mulheres é calculada com base no número máximo de candidaturas que cada partido pode oferecer (em até 150% das vagas disponíveis). Como os partidos não são obrigados a apresentar o número máximo de candidatas, poucas são as listas que chegam aos 30% legalmente exigidos de candidaturas femininas.¹¹³⁶

As mulheres e os problemas por elas enfrentados ainda têm tido pouco espaço oficial no Brasil, portanto, apesar dos inegáveis avanços. A expectativa cultural ainda é de que permaneçam em casa (o local por excelência da resolução de todos e quaisquer conflitos em que se vejam envolvidas) ou dividam sua vida entre casa e trabalho, mas cuidando primeiro

¹¹³⁵ BRASIL. *Lei nº 9.504* de 30 de setembro de 1997: Estabelece normas para as Eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2017.

¹¹³⁶ ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. *Dados*, v. 44, nº 1, 2001.

da casa. Malgrado a existência de inúmeras medidas legislativas e políticas públicas específicas a respeito, sem contar os mandamentos constitucionais de igualdade entre os gêneros, a cultura ainda arraigada, dificulta a efetivação dos direitos fundamentais de dignidade das mulheres, por vezes inclusive restringidos de maneira equivocada pelo próprio judiciário. Tanto do ponto de vista das condições de subsistência (veja-se as análises sobre as condições de trabalho da mulher); quanto ao ponto de vista da expressividade (veja-se as dificuldades de serem ouvidas que apresentamos); quanto do ponto de vista das condições de empoderamento (veja-se as análises sobre o espaço ocupado pelas mulheres nos cargos públicos); quanto, por fim, das condições de respeito (veja-se as explicações sobre as dificuldades do combate à violência doméstica no Brasil), em todas estas dimensões da dignidade, a promoção de direitos às mulheres ainda carece de avanços significativos no Brasil.

5.2.3.2 – A situação concreta das minorias étnicas no Brasil

Perante a comunidade jurídica – não só exclusivamente acadêmica, estando aí incluídos os movimentos minoritários que com sua atuação engajada se tornaram corresponsáveis pelo texto constitucional – a Constituição Federal de 1988 anuncia, de uma perspectiva cultural e dos direitos das chamadas minorias nacionais¹¹³⁷, uma ruptura para com os dois modelos que marcaram a interação entre o Estado brasileiro e as minorias étnico-culturais (especialmente as indígenas), quais seja, segundo Villas Bôas Filho, o protecionista e o integracionista, ao acenar, ainda que ambigualmente, para o respeito a uma maior autonomia desses grupos.¹¹³⁸

¹¹³⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. *Quaestio Iuris*, v. 06, n° 02, p. 11-32, 2013.

¹¹³⁸ Conforme explica o autor, o modelo protecionista “seria caracterizado por propugnar que as comunidades indígenas deveriam ser protegidas pelo Poder Público contra as frentes de expansão ‘civilizadas’, mediante a criação de reservas nacionais que visariam permitir que as mesmas se preparassem gradualmente até que pudessem ser integradas à nossa sociedade como grupos étnicos independentes”, enquanto o integracionista “preconizava que as comunidades indígenas fossem rapidamente integradas economicamente à sociedade brasileira como contingente de reserva de mão de obra para o trabalho ou mesmo como produtores de mercadorias, dando impulso às economias em expansão que, a partir daí,

Tal ambiguidade, admitidamente a perpassar o texto da Carta Magna¹¹³⁹, culmina na dificuldade da clara configuração na redação do artigo 215 § 1º, em que se escreveu “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, da dimensão política do direito à autodeterminação.¹¹⁴⁰ Assim, para alguns, como Shiraishi Neto, isto significaria, com o advento da Constituição, a passagem de uma invisibilidade real a uma visibilidade de caráter meramente formal¹¹⁴¹, potencializadora ela mesma da discrepância entre texto e realidade, convivente com as estruturas administrativas herdadas da Ditadura Militar e a consequente reprodução das políticas integracionistas desse período passado.

De todo modo, no que diz respeito aos critérios de identificação de minorias nacionais¹¹⁴², juridicamente o Brasil se encontra em consonância

poderiam integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país”. (BÔAS FILHO, Orlando Villas. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. In: *História do Direito Brasileiro*. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3º ed. – São Paulo: Atlas, p. 322-335, 2012, p. 324-325).

¹¹³⁹ Cf. FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989. Neste sentido, em entrevista concedida ao Estado de São Paulo, o ex-ministro das Forças Armadas, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, e membro da Assembleia Constituinte, Nelson Jobim, assim declarou a respeito do processo constituinte: “A regra naquele momento era que, para aprovar uma lei, precisava da ambiguidade. Quanto mais ambíguo o texto legal, mais fácil era aprovar. Quanto mais claro, preciso, mais difícil era fazer maioria. [...] Eu participei disso e fiz inclusive regras ambíguas. A gente fazia uma regra perfeita e depois começava a introduzir adjetivos e advérbios de modo, para conseguir formar maioria. Se não, não aprovava nada” (JOBIM, Nelson. A Esquerda, que era contra a Constituição de 1988, agora é a sua maior defensora. São Paulo: *O Estado de São Paulo*. Entrevista concedida ao Jornal O Estado de São Paulo, publicada no dia 19 de setembro, 2016).

¹¹⁴⁰ Nas palavras de Rodrigo Vitorino Souza Alves, a dimensão política do direito à autodeterminação abarca os seguintes direitos: “o direito ao autogoverno e à autonomia, o direito à manutenção das instituições políticas e jurídicas próprias, o direito à terra e aos recursos minerais tradicionalmente utilizados”. Contudo, para o autor, tais direitos estariam intimamente relacionados à sobrevivência ou desaparecimento de uma cultura, assim, “as demandas pelo reconhecimento do direito às terras tradicionais, à continuidade do modo de vida e ao autogoverno têm em suas raízes a busca pela preservação e o desenvolvimento da cultura. Nesse sentido, todos os direitos coletivos dos povos indígenas são direitos culturais”. (SOUZA ALVES, Rodrigo Vitorino. Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, nº 110, p. 725-749, 2015). Pode-se, desse modo, dizer que no campo do discurso o principal confronto se dá na luta pela inclusão ou exclusão de âmbitos político-majoritariamente relevantes (inclusive no que diz respeito a importâncias de significado geográfico e econômico) em significantes minoritários-culturais.

¹¹⁴¹ Cf. SHIRAISHI NETO, Joaquim. *O direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível formal”*. Manaus: Edições UEA, 2013.

¹¹⁴² A nomenclatura se baseia nas reflexões de Oswaldo Ruiz Chiriboga. Conforme lemos o autor, haveria uma identidade entre os titulares do direito a identidade cultural e as chamadas minorias nacionais, entendidas enquanto grupos étnico-culturais, o que, em sua visão, amparada na obra de Will Kymlicka, não incluiria os imigrantes, por exemplo. Assim,

para com os instrumentos internacionais, positivados no Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, em seu artigo 3º, inciso I, no que se entendem “povos e comunidades tradicionais” como:

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição [...].¹¹⁴³

Essa redação, na interpretação de Shiraishi Neto, significa a adoção, como critério fundamental, da autoconsciência de si, critério operacionalizado estatalmente pelos órgãos integrantes da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, encabeçada pelo Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. A mobilização de tais estruturas viabiliza a implementação da referida política pública como um todo, resultando, por vezes, de maneira significativa, no reconhecimento e mandamento de respeito legislativos de minorias étnicas e suas respectivas práticas sociais, a implicar na introdução de novas “sensibilidades jurídicas” na ordem jurídica brasileira.¹¹⁴⁴ Para analisarmos a realidade dessa dinâmica consideraremos as situações dos indígenas e dos quilombolas perante o Estado Brasileiro, escolhidos, em uma lógica de amostragem, pelas suas expressivas posições na história política nacional.

Segundo o Censo Nacional de 2010, existem 896,9 mil indígenas em todo o território nacional (0,4% da população nacional), com 63,8% residentes em terras indígenas (57,7% nas 505 terras indígenas reconhecidas pelo Estado Brasileiro, compreendendo 12,5% de seu território), e 36,2% em

“as minorias nacionais e os povos indígenas mantêm o desejo de continuar sendo sociedades distintas com relação à cultura majoritária da qual fazem parte, à qual foram incorporados muitas vezes contra sua vontade, exigindo, portanto diversas formas de autonomia ou auto-governo para assegurar sua sobrevivência como grupo”. (CHIRIBOGA, Oswaldo Ruíz. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 3, nº3, p. 42-69, 2006, p. 48 *et seq.*)

¹¹⁴³ BRASIL. Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007: Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017.

¹¹⁴⁴ SHIRAISHI NETO, Joaquim. “Novas Sensibilidades” Velhas decisões: notas sobre as recentes transformações jurídicas. *Sequência*, nº 62, p. 79-96, 2011.

idades.¹¹⁴⁵ Tais números, fruto de um violento processo colonizador, e de anos de políticas de caráter integracionista, não deixam de se apequenar demograficamente diante das situações encontradas nos demais países objetos da análise, em que as minorias étnicas chegam a representar até 20% da população do país.¹¹⁴⁶ Não obstante, e por evidente, são igualmente sérias as violações dos direitos historicamente fundamentados, socialmente conquistados e constitucionalmente positivados dos povos indígenas, o que, não raras vezes, acontece, senão com a participação, à revelia das autoridades estatais.

Destaca-se, nesse horizonte, o caso dos Yanomami, de conhecida repercussão internacional, a inclusive marcar a realidade em relação a efetivação dos direitos indígenas anterior à Constituição de 1988. Até 1980, entre 10.000 a 12.000 índios Yanomamis viviam no Brasil. Contudo, tal população se viu sujeita ao descaso oficial durante o Regime Militar quando da implementação de uma série de políticas ligadas à infraestrutura, tais como a construção da estrada BR-210 e a instauração de plano de exploração das riquezas naturais e desenvolvimento da região da Amazônia, o que atraiu muitas mineradoras e garimpeiros. Esse contexto foi respondido por esforços da comunidade indígena no sentido de demarcação de seu território, o que chegou a gerar a expedição de um decreto prevendo a criação do “Parque dos Índios Yanomamis”, o que, contudo, não foi implementado e causou “sequelas físicas e psicológicas, doenças e mortes, com a destruição de centenas de índios, o que estava a levar à própria extinção daquela comunidade”¹¹⁴⁷. Tal situação se viu configurada em caso submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, além de considerar provadas as violações por parte do governo Brasileiro a direitos étnicos reconhecidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, emitiu uma série de recomendações a serem adotadas.

¹¹⁴⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Democrático 2010: Características gerais dos indígenas – resultados do universo*. Rio de Janeiro: Censo demográfico, 2010.

¹¹⁴⁶ Como é o caso da Rússia. A esse respeito ver *supra*.

¹¹⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 415.

Contudo, mesmo o sentido de tais recomendações é objeto de confrontos, tendo em vista as posteriores disposições constitucionais a respeito. Assim, é possível identificar um conflito de interpretações a respeito do exercício dos direitos culturais constitucionalmente assegurados. Para alguns autores, como Rodrigo Vitorino Souza Alves¹¹⁴⁸, trata-se do choque de uma perspectiva multicultural liberal, pautada pela participação, com o protagonismo do governo, e com a população indígena assumindo tanto o papel de objeto de políticas como de sujeito de direitos (não necessariamente coletivos)¹¹⁴⁹, sustentada oficial-estatalmente; e, de outro lado, uma perspectiva multicultural contra-hegemônica, avançada pelos próprios indígenas organizados em movimentos sociais, e promotora da autodeterminação, com os indígenas assumindo *in totum* o papel de sujeitos de direitos, dado a localização do protagonismo nas próprias organizações indígenas, a exigir seu consentimento à atuação estatal, o que outros autores preferem significar por “cidadania dupla” ou “cidadania ativa”, para além da “cidadania formal e abstrata” do Estado.¹¹⁵⁰

Essa controvérsia se vê sintomaticamente presente nas disputas em torno da procedimentalidade e dos significados dos processos de demarcação de territórios indígenas, manifesta na dicotomia entre demarcação participativa e autodeterminação, conforme a reflexão de Lino João de Oliveira Neves. A segunda, fruto da ação organizada dos Kulina em resposta à ineficiência e burocracia da Fundação Nacional do Índio, autarquia estatal competente administrativamente para o processamento do reconhecimento de terras indígenas, consistiu na demarcação *de fato* do território até então somente delimitado pelas autoridades estatais.

Auxiliados por organizações não-governamentais, promoventes de cursos de curta duração referentes a topografia e de assembleias com os

¹¹⁴⁸ SOUZA ALVES, Rodrigo Vitorino, 2015.

¹¹⁴⁹ A respeito da discrepância das redações dos textos legais internacionais, muitas vezes preferindo se referir tão somente a direitos culturais individuais e a importância da feição coletiva para a defesa da diversidade cultural, cf. SOUZA ALVES, 2015; CHIRIBOGA, 2006.

¹¹⁵⁰ Cf. DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”. *Argumenta Journal Law*, nº 5, p. 180-194, 2005; BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Identidade, autonomia e direitos humanos: desafios à diversidade étnica no Brasil. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 2, nº 1, p. 56-70, 2011.

demais habitantes da região para promoção da publicidade e constituição da juridicidade das ações, os membros dos Kulina se organizaram de maneira exemplar, efetivando a demarcação que durou 7 anos, período no qual o grupo fortaleceu suas organizações políticas, conquistou conhecimento detalhado de seu território, e de técnicas relacionadas ao manuseio de mapas, coordenadas geográficas, marcadores de divisa, fotos por satélite etc. O sucesso dos Kulina generalizou a busca por autodemarcação entre os povos indígenas enquanto estratégia de pressão social. Em resposta, a FUNAI, em nosso entendimento, incorporou a procedimentalidade criada pelos Kulina nas políticas públicas operacionalizadas pelo órgão, o que permitiu um avanço das políticas adotadas pela autarquia nos últimos anos.

Porém, agora nomeada oficialmente por “demarcação participativa”, na opinião de Oliveira Neves, trata-se de uma iniciativa externa com a conotação de confinamento, redução, fechamento social e exclusão do mundo, regulada por regras técnicas, cronogramas, e planos administrativos completamente alheios ao universo indígena (a implicar, real e praticamente, na pouca ou inexistente participação das populações indígenas). Enquanto a “autodemarcação” foi um exercício de mobilização política e emancipação, da ativa consolidação jurídica de seu território em acordo com as normas do Estado brasileiro. Parcialmente, em razão dessa estratégia, sugere o autor, então em 2007 (com os dados de 2010 apontando para a continuidade da situação) das 739 terras indígenas, apenas 505 são oficialmente reconhecidas, das quais, apenas 31% têm sua situação agrária devidamente regulada, com quase 40% sofrendo invasões.¹¹⁵¹

OLIVEIRA NEVES, Lino João de. *The Struggles for Land Demarcation by the Indigenous Peoples of Brazil*. In: *Another Knowledge is Possible. Beyond Northern Epistemologies*. SANTOS, Boaventura de Sousa. Londres: Verso, 2007. As considerações de Shiraishi Neto a respeito dos termos da decisão na Ação Popular que impugnou o ato de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, sugerem que, na visão do autor, semelhante estratégia se viu então adotada, com a manutenção da referida estrutura de “visibilidade formal”, a impor uma série de salvaguardas, afetando significativamente os direitos dos grupos indígenas em processos semelhantes aos da Raposa Serra do Sol, ao vedar, por exemplo, a ampliação da terra indígena já demarcada. Cf. SHIRAISHI NETO, 2011. As questões em torno da problemática de destaque internacional são complexas, indo além do escopo da amostragem aqui pretendida. Contudo, os contornos da discussão confirmam a análise ora empreendida.

Também no ano de 2007, denunciaram Beltrão e Oliveira¹¹⁵², a conjuntura política nacional trouxe à tona “formas de recrudescimento contra os direitos indígenas”, com a proposta de leis para a combate de práticas dos povos indígenas supostamente atentatórias à vida, seja pela sua criminalização, seja pela imposição de sanções de caráter administrativa. Ao acusarem sem chance de defesa os povos indígenas de praticarem infanticídio, abuso sexual, maus tratos, dentre outras, buscou-se justificar a imposição de valores não-indígenas sem qualquer tentativa ou pretensão de diálogo. Sistemáticamente combatido pelas lideranças e organizações indígenas, o projeto foi arquivado em 2010, sem que propostas semelhantes deixassem de ser encaminhadas todos os anos ao parlamento brasileiro.

Já os quilombos, por sua vez, conforme o critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 2º do Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003, são “grupos étnicos-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotadas de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”¹¹⁵³. Tais grupos possuem longa história no Brasil, considerados até a abolição da escravatura uma grave subversão à ordem. E daí até o processo constituinte atual, foram tratados como uma questão superada e extinta ao fim da escravidão, portanto invisibilizados. Tão somente com o texto constitucional de 1988 tiveram seu direito ao território positivo-estatalmente reconhecido.¹¹⁵⁴

Apesar de a absoluta maioria da população negra brasileira não viver ao modo quilombola, atualmente o respeito e proteção às populações de

¹¹⁵² BELTRÃO; OLIVEIRA, 2011.

¹¹⁵³ BRASIL. *Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003*: Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017. Para uma discussão por trás das disputas e do processo de resignificação resultante dessa definição, cf. MARQUES, Carlos Eduardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo. A Constituição de 1988 e a resignificação dos quilombos contemporâneos: limites e potencialidades. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, nº 81, p. 137-255, 2013.

¹¹⁵⁴ Cf. GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, nº 199, p. 303-320, 2013.

herdeiros de escravos que ainda vivem ao estilo quilombola se transformou em uma importante causa para a maioria da população. A população quilombola é consequência da solução portuguesa para as dificuldades ingentes de mão-de-obra, recorrendo à força de trabalho escrava de levas e levas de pessoas vindas da África, a configurar hoje maioria do ponto de vista demográfico. Ao mesmo tempo e talvez justamente por isso, nas palavras de Mendes Chaves¹¹⁵⁵, os quilombos foram a minoria de maior relevância no debate nacional.

Nas palavras duras do autor, com a abolição da escravidão os negros continuaram marginalizados, mantidos por mecanismos diversos na antiga situação racial, em que a ascensão social se dava apesar da etnia, e assim, nunca em grupo, só individualmente, em minoritários casos. Assim sendo, os quilombos, símbolos de resistência a essas estruturas desde os primórdios de sua operacionalização, se apresentam como a “minoridade da minoridade”, necessariamente ignorados pelo discurso oficial até 1988. Hoje, todavia, a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas estima que existam mais de 4.500 quilombos. Contudo, segundo relatório de 2012 emitido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, apenas 190 comunidades se beneficiaram até então da emissão de títulos de reconhecimento de território.¹¹⁵⁶

As palavras e pesquisas de Lílian Gomes comprovam tal discrepância e apontam as causas constituem os entraves no reconhecimento legal, por parte dos quilombolas, de suas territorialidades, ao se verem submetidos à situação de racismo e à pressão econômica de grupos prestigiados com um mais fácil acesso às instituições estatais, construídas, quanto à questão da regulação da propriedade, a partir de uma concepção privatista, que possui muitas dificuldades dogmáticas em entender a peculiar relação dos quilombolas com a terra.

¹¹⁵⁵ CHAVES MENDES, L. G. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, v. 2, n° 1, p. 149-168, s./d.

¹¹⁵⁶ VEIGA, Sandra Mayrink. Relatório Final da Pesquisa ‘O Censo Quilombola’ e relatórios específicos dos Quilombos de Brejo dos Crioulos, Kalunga e Santarém. *Combate Racismo Ambiental*. Entrevista concedida a Tania Pacheco. Publicado em 18 de dezembro, 2013.

Assim, a autora apresenta a situação da comunidade de quilombo de Luízes, sujeita à “diminuição da área reconhecida hoje como pertencente aos quilombolas”, com o inescapável “estrangulamento da população em uma área bem menor do que aquela que lhes pertencia, por direito”, um dos elementos que “mais causa revolta e faz com que a população fique desacreditada do sistema de justiça formal”; o que se assoma à notícia de grilagens (ocupações ilegais de terra por terceiros com vistas à sua aquisição por meio de usucapião) e de desaparecimento de documentos reconhecendo a titularidade da comunidade àquele território. Diretamente ligado à atuação do Estado está o caso da comunidade de quilombo de Mumbuca. Em 2003 o Governo Federal criou uma reserva biológica no território da comunidade, denominada Rebio da Mata Escura, colocando de maneira desnecessária e em choque a questão ambiental e a questão agrária, em sua dimensão relativa à direitos de minorias étnicas, ao impedirem a reprodução de práticas de subsistência de uma comunidade étnica de modo algum predatórias (situação que perpetua desde a constituição da reserva até hoje), ato estatal que, ironicamente, serviu de compensação à instalação de usina hidrelétrica no nordeste do Estado de Minas Gerais, obra de reconhecido impacto ambiental.¹¹⁵⁷

Assim sendo, podemos dizer que, assim como no caso das mulheres brasileiras, a situação dos indígenas e dos quilombolas (como duas das principais minorias étnicas brasileiras) é de persistência de problemas nas políticas públicas de efetivação de suas condições de subsistência, empoderamento, expressividade e respeito, como dimensões do direito ao tratamento digno a que fazem jus.

5.2.4 Considerações conclusivas sobre a dignidade como direito no Brasil

¹¹⁵⁷ GOMES, Lilian Cristina Bernardo. A Justiça que se cumpre sem o Estado: estudo de caso comparativo das resistências e da permanência das comunidades quilombolas em seus territórios. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 6, nº1 p. 69-87, 2015.

É uma constante com raras exceções, em meio aos mais diversos autores brasileiros, de formações e filiações intelectuais as mais distintas, a referência aos “inimigos” da dignidade da pessoa humana, da Constituição de 1988, e do Estado Democrático de Direito, sejam eles apelidados de céticos, como por Bittar, ou de neoliberais, como por Streck, Sarlet e Bercovici. Ainda que esses inimigos existam, sua denúncia em abstrato faz pouco mais do que permitir, em meio à estrutura argumentativa de cada texto, a manutenção pretensamente legítima de um nível também abstrato de discussão. Às posições contrapostas, das quais supostamente é necessário se defender o texto constitucional, nunca é permitida expressão direta no texto, sempre dependentes da reconstrução, mais ou menos falaciosa, por parte de cada autor (que dificilmente, ainda mais especialmente no caso de Streck, se conformariam ao modelo dworkiniano de interpretação, em que o objeto interpretando deve ser colocado sob a sua melhor luz).

Dois efeitos dessa estratégia merecem ser destacados. Primeiro, por meio desse subterfúgio, é possível se valer de expressões tais como “máxima eficácia e efetividade possível” sem ter de sujar as mãos, ao ignorar que em situações de incerteza o juiz, o administrador, e o legislador dificilmente terão como adscrever a melhor resposta correta, problemática que, por restar ausente, impede ao pensamento de alcançar a realidade efetiva, e que, de certo modo, culmina em abstrações e absolutizações na própria prática judicial, com efeitos nefastos em termos de políticas públicas¹¹⁵⁸. Segundo, hipostasiam-se realidade e texto, ao ponto de tornar de todo impossível a hipótese de que, ao menos em certa medida, os graves problemas que assolam o Brasil – a dita “modernidade tardia” de que fala Streck tem explicação em tudo, menos no déficit de nossa cultura e jurisdição constitucionais (déficit este que o próprio Streck denuncia em seus textos).

Um e outro efeitos, todavia, poder-se-iam considerar dois lados da mesma moeda. Confunde-se o Herácles trágico dos países em

¹¹⁵⁸ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1688, 2011.

desenvolvimento com o Hércules imperial idealizado de Dworkin¹¹⁵⁹. Defende-se que a solução para todos os problemas do Brasil está na correta aplicação do texto constitucional. Porém, via de regra, não se realiza, com raras exceções, uma crítica aprofundada de nossa cultura constitucional (de onde o texto emergiu e onde ele está imerso), para se perguntar os motivos pelos quais essa cultura não dá conta de estabelecer parâmetros mais aceitáveis de correspondência da realidade social brasileira com as “promessas” constitucionais.¹¹⁶⁰

Assim, é de todo exemplar a, no nosso entender, a malsinada metáfora proposta por Ingo Wolfgang Sarlet. Nos dizeres do autor, a dignidade seria o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana. Daí se segue que tal coração deva ser protegido “com todo o zelo e carinho”, “de toda sorte de moléstias e agressões”, “evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas”, e que, quando forem inadiáveis, que sejam com o escopo de viabilizá-lo para que “efetivamente esteja e/ou venha a estar a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade”¹¹⁶¹.

Em que pese a boa intensão da metáfora (redigida por um jurista tido um dos maiores expertos do tema no Brasil, e em uma revista jurídica de grande circulação nacional) e a busca de, por meio dela, explicitar o caráter estrutural do direito à dignidade e a natureza excepcionalíssima da possibilidade de se relativizar o atendimento a aspectos desse direito, somente quando aspectos ainda mais relevantes estejam em jogo, a metáfora nos parece, ainda assim, inadequada. Isto porque, na maioria das vezes, e ficando

¹¹⁵⁹ BAXI, Upendra. The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]justice. In: *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach*. VERMA, S. K.; KUMAR, Kusum. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2003.

¹¹⁶⁰ Podemos dizer que há um clamor quase religioso e, sem sombra de dúvidas, unívoco pelos direitos fundamentais lá declarados. Todavia, para usar da distinção proposta por Mark Tushnet, tal parcela do texto constitucional é tão somente a parte “fina” da Constituição. Sem a parte “grossa” (concernindo a divisão, competência, e procedimentalização dos poderes, regras orçamentárias, e assim por diante), dificilmente se pode falar de qualquer concretização, seja de direitos, seja da dignidade da pessoa humana. Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais e a proibição de retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, p. 237-249, 2006, p. 249.

com essa metáfora, os conflitos trágicos que chegam ao judiciário, ou que se amontoam nas filas de espera das repartições da Administração Pública, envolvendo as condições de vida digna do cidadão comum, costumam não permitir raciocínios e escolhas simples, como entre “fazer ou não uma cirurgia nesse coração”, mas implicam geralmente em decidir sobre qual coração, dentre vários, tratar.

Tal estado da arte, contudo, se dá muito mais em razão da maneira pela qual se trata a temática no senso comum acadêmico-jurídico brasileiro, do que dela própria. Ali, nas secretarias dos fóruns, nos escritórios burocráticos e na maioria dos cursos de graduação em Direito, a superficialidade na tratativa do tema costuma ser patente, pouco agregando à discussão subsequente, senão enquanto amostra de eruditismo, em que uma série sucessiva de autores é apresentada, sem qualquer contextualização, entre filósofos e juristas, de Canotilho a Alexy, de Arendt a Habermas, passando por Hegel e Kant. E assim por diante, com a realidade passando a largo. De fato, toda a discussão filosófica a respeito do tema (e até mesmo a própria discussão acadêmico-jurídica) só faz sentido se temos os ouvidos nela, mas os olhos voltados para a transformação real do estado de coisas nos países de modernidade tardia e, de certa forma, também naqueles tidos por desenvolvidos.

O tema da dignidade acabou de fato assumindo um papel protagonista no ordenamento jurídico brasileiro. Embora, como já afirmado anteriormente, a dificuldade da falta de conceituação precisa do termo pode gerar, por vezes, em uma questão judicializada, a remissão à dignidade da pessoa humana como fundamentação por ambas as partes da demanda, ou seja, os dois lados da demanda judicial, que, portanto, pleiteiam coisas contrárias, utilizam da dignidade para fundamentar seus pedidos dentro do procedimento judicial. Não é raro no Brasil a alegação de que princípios como a dignidade poderiam fundamentar quase qualquer pleito judicial¹¹⁶². Por seu caráter altamente principiológico, isso é algo comum no contexto brasileiro. O

¹¹⁶² NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O Paradoxo dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, vº 52, p. 31-48, 2011.

risco disso é que, por vezes, pode funcionar, assim, muito mais como uma abertura para ativismos judiciais e introdução no ato jurisdicional de valorações pessoais e morais, travestidas de uma proteção da dignidade, que propriamente uma maneira de garantir as necessidades, liberdades e condições existenciais indispensáveis à vida humana, como deveria ser.

Com efeito, se analisarmos todas as funções apresentadas aqui para e no sistema brasileiro, da dignidade, podemos inferir que todas elas são complementares, tanto no que refere ao conceito, quanto à relevância deste princípio para o Direito Constitucional Brasileiro. Ou seja, assim como ocorre com outros direitos fundamentais básico¹¹⁶³, a estruturação fundamental do princípio da dignidade humana dentro do ordenamento jurídico nacional traz consigo um núcleo conceitual elástico para que a análise sob o viés da dignidade seja compatível com a efetivação dos direitos humano-fundamentais nos diversos casos em concreto.

Porém, esta elasticidade conceitual a qual nos referimos acima, acaba por ser meio de argumentação que pode gerar, e muitas vezes gera, controvérsias notórias sobre diferentes aspectos de uma mesma causa em juízo. Em outras palavras, por mais que a elasticidade do conceito da dignidade seja sumamente importante, sob pena de limitá-lo e o tornar ineficaz, a referida elasticidade conceitual pode ser tomada, e por vezes o é, como artimanha para ser usada como fundamentação em casos os quais, por vezes, usa-se a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar as alegações de ambos os lados. Essa é uma questão fundamental do debate brasileiro atual sobre a dignidade como direito.¹¹⁶⁴

¹¹⁶³ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismo: a plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação, Brasília, 2010.

¹¹⁶⁴ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discursos e Ideologias: a plurivocidade semântica dos direitos humanos, a necessidade de crítica democrática permanente e o permanente risco de reviravolta autoritária. In: *Direitos Fundamentais e Democracia: sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Edinilson Donizete Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. I, p. 173-192.

Para Borges, o que deveria ocorrer quando estamos diante de um caso em concreto, que esteja alicerçado sob o princípio da dignidade da pessoa humana seria o contrário. Nessas situações, a aplicação do princípio tornaria melhor discrimináveis as possibilidades de decidibilidade do caso e as condições de fundamentação da solução dada ao mesmo¹¹⁶⁵.

A nosso ver, não são em todos os casos em que ambas as partes se valem da dignidade humana para fundamentar suas pretensões de exigibilidade que se pode dizer que uma ou outra está se valendo da dignidade enquanto “artimanha argumentativa”. Há, por vezes, uma certa tragicidade inerente aos “casos da vida” que chegam ao direito, no sentido de – como interpreta Paul Ricouer em seu *O si-mesmo como outro* – alternativas incompatíveis e inconciliáveis, em que decidir implicará consequências infelizes em todo e qualquer cenário¹¹⁶⁶. Ou, como coloca Johan van der Walt, ao refletir sobre a postura da Corte Constitucional da África do Sul a respeito do direito à saúde (mas que também ocorre com frequência na jurisdição constitucional brasileira: a decisão aqui, sempre envolverá um “sacrifício”)¹¹⁶⁷.

Neste sentido, é importante a nuance destacada por Upendra Baxi, ao contrapor o juiz Hércules ao juiz Héracles nos países em desenvolvimento, o qual, diferentemente de sua contraparte (acostumada aos feitos heroicos num contexto desenvolvido), se vê constantemente diante de casos trágicos e humanamente – e não apenas sistematicamente – difíceis¹¹⁶⁸.

Um bom exemplo a comprovar o que queremos dizer é toda a casuística em torno do direito da saúde. Mesmo se tratando de uma pessoa pobre, custear o tratamento altamente especializado, caro e ainda em fase de testes implicará em um desfalque orçamentário significativo da política pública à saúde como um todo. Ambos os lados da balança podem se valer da

¹¹⁶⁵ BORGES, Wilson Hilário. *Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Ícone, 1993, p.159.

¹¹⁶⁶ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Editora Papirus, 1991.

¹¹⁶⁷ WALT, Johan van der. Law as sacrifice. In: *Journal for South African Law*, v. 4, p. 710-728, 2001.

¹¹⁶⁸ BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016.

dignidade. São milhares os casos judiciais no Brasil a esse respeito e dezenas os trabalhos científicos que os analisa. E, acreditamos nós, não se pode dizer que nenhum deles a está utilizando como artimanha o argumento do direito à dignidade. Não obstante nestes casos atender à dignidade de um será, provavelmente, correlato a desatender às necessidades relativas à dignidade de outros (com a diferença de que estes outros não estão no processo em julgamento, portanto são anônimos e potencialmente inexpressivos, já que ali não se expressam, para o julgador).

Assim, a complexidade jurídico-normativa que gira em torno da tentativa de conceptualização da dignidade, continuará sendo questão a ser debatida por muito tempo. No entanto, sabemos que a busca por delimitação jurídico-dogmática pode incorrer incontestavelmente em delimitação de seu conteúdo ou em cerceamento de seu âmbito de abrangência¹¹⁶⁹. O que propomos para que a dignidade se torne mais efetiva dentro do direito é a criação de critérios de análise no caso concreto. Esses critérios não suprem a substancial indeterminação conceitual, porém garantem minimamente que a dignidade tenha efetividade prática no âmbito jurídico.

¹¹⁶⁹ Veja-se também as análises de Pinto Coelho a esse respeito: COELHO; PEDRA, 2013, p. 173 *et seq.*

CONCLUSÃO

No itinerário desta tese, as conclusões a que pudemos chegar, em cada etapa investigativa, estão relatadas nos respectivos capítulos e tópicos. Não obstante, é imprescindível aqui um esforço de sistematização dos resultados.

Quanto ao BRICS como fenômeno recente da geopolítica mundial, podemos, enfim, considerar o seguinte:

- a) O estudo dos documentos que deram origem ao bloco não deixa muita margem a dúvidas quanto a afirmação de que a motivação original da cooperação é econômica. Não obstante, foi possível constatar que, ao menos discursivamente, o Bloco opera segundo uma linguagem de fundamentação das ações comuns direcionadas à promoção dos direitos civis e sociais básicos de seus cidadãos, tratados muitas vezes nas Declarações Conjuntas como questões sócio-humanitárias, de justiça social, ou de combate à desigualdade. Pese a proximidade do discurso contido nas Declarações Conjuntas com os discursos típicos dos tratados e demais instrumentos internacionais de organizações propriamente ocidentais (como OIT, UNESCO, União Europeia, Banco Mundial etc), notou-se um claro potencial crítico, notadamente no que tange às implicações geopolíticas das propostas ocidentais de delineamento do desenvolvimento humano. Em nossa percepção, há, por decorrência disso, uma proximidade igualmente potencial da perspectiva oficial do Bloco com linguagens críticas (tais como os assim identificados *Diálogos Sul-Sul* e *Pensamento Descolonial*) quanto a problematização de uma possível padronização eurocêntrica, tida como hegemônica. Não obstante, ao contrário da maioria dessas linguagens, o Bloco não chega a assumir uma postura, por assim dizer, anti-sistêmica. Daí decorre a já afirmada assunção do discurso dos direitos humanos e, dentro destes, da própria dignidade da pessoa humana como objetivo do Bloco, ainda que se tenha verificado que os documentos analisados adotam uma

abordagem ainda indireta e não-sistematizada, se considerado o tema específico da dignidade.

- b) Por todo o exposto, nossas conclusões foram no sentido de que, mais que meramente discurso estratégico, a mencionada assunção do tema da dignidade tem um potencial relevante na estruturação do Bloco. Em razão da ostensiva publicidade dada a todos os atos do Bloco, acompanhada de notável articulação organizacional, diferenciando-se em uma série de fóruns de debate e encontros interministeriais, acarretando significativos gastos orçamentários e, inclusive, como vimos, mobilização de seus governos e recursos para ajuda social a governos e grupos sociais de outros Estados, imersos em dificuldades de cunho socioeconômico, parece-nos incontestemente que se trata de um pouco mais que mero discurso a referência a essas temáticas jushumanitárias. Nesse contexto, as Declarações apareceram como fonte de reflexividade, ao centralizarem os esforços do grupo, em um misto de enunciações tanto programáticas quanto retrospectivas, ao mesmo tempo em que promovem uma particular e alternativa versão ao que se pretende para o futuro a ordem internacional hegemônica.
- c) Ficou claro que, não obstante as diversas compreensões que as respectivas culturas constitucionais não-europeias componentes do Bloco dão aos conceitos estruturantes de direitos humanos, dignidade, justiça social, dentre outros, foi e continua sendo, até o presente, possível a conversação entre esses países quanto a tais temas, pelo menos do ponto de vista de se colocarem de acordo quanto a um sentido em abstrato acerca do que comumente pretendem para essa temática. Outra coisa, por óbvio, é saber se na concretude da cultura constitucional atual de cada Estado-membro tais fundamentos-fim acordados como comuns são de fato capazes de nortear as práticas reais de exercício do poder e de gestão da coisa pública na experiência jurídico-constitucional interna. Como fruto desta última constatação referente ao estudo do Bloco, a tese enfrentou o desafio de mensurar, com algum rigor, ainda que indicativamente, a conformação específica desse discurso com as ordens

constitucionais concretas de Brasil, Rússia, Índia e China. Tarefa que foi realizada nos capítulos subsequentes.

Antes da análise específica de cada país, procedeu-se, como forma de entender e posicionar historicamente o debate, a uma reflexão sobre a formação e o estado da arte atual acerca da ideia de dignidade no pensamento ocidental, realidade-mundo tomada como local original de emergência dessa ideia. Quanto a isto:

- d) Considerando os respectivos estudos feitos sobre a formação da normatividade tradicional em cada um dos países do BRICS, entendemos válida a confirmação de que a dignidade como um conceito jurídico-político tem de fato uma configuração de origem ocidental, ainda que haja, pelo menos na Rússia, Índia e, sobretudo, China, uma discussão sobre a possibilidade de identificar um sentido próprio nessas culturas para a ideia de dignidade. Concluimos desse modo, porque, como vimos, a própria busca por essa identificação autóctone se dá na reflexão produzida pela introdução nomológica já efetivada nessas culturas constitucionais da dignidade como macro-princípio e direito (portanto, uma presença recebida ou transplantada a partir do Ocidente).
- e) Ademais, como se pode confirmar dos desenvolvimentos relatados na segunda parte do primeiro capítulo dessa tese, também é possível assumir como correto que o sentido ocidental de dignidade tem suas primeiras elaborações na antiguidade mediterrânea pré-ocidental e no período medieval-cristão; passando por um subsequente processo de secularização, que acompanhou o próprio devenir da modernização ocidental, mas que, quanto à dignidade, só eclodiu em forma secularizada, com alguma sistematização, no pensamento de matriz iluminista. Constatou-se que é mesmo com o criticismo kantiano, que a dignidade recebe pela primeira vez uma elaboração conceitual mais precisa no ocidente. Ao mesmo tempo, concluimos que é essa elaboração de matriz kantiana que influenciou toda uma geração de juristas, já na segunda metade do séc. XX, quando da inserção forte desta chave conceitual na linguagem constitucional, enquanto direito.

- f) Ainda quanto a esta compreensão da dignidade na tradição kantiana e neokantiana, nosso posicionamento conclusivo foi o de que se trata de uma perspectiva que não consegue superar, de todo, o formalismo do criticismo transcendental, implicando numa dificuldade de inserção do tema do direito à dignidade nos diálogos interculturais contemporâneos. A proposta e as máximas kantianas quanto à dignidade, por sua importante diretriz de não-redutibilidade objetal do ser humano, acaba por permitir alguma internacionalização do debate, não necessariamente em termos imperialistas e hegemônicos tal como acusam a maioria dos críticos da compreensão kantiana da dignidade, que a identificam com o universalismo. Não obstante, apesar de sua importância e relevância, a perspectiva cosmopolita do direito à dignidade humana, desenvolvida a partir de Kant no constitucionalismo pós-holocausto, não é capaz de perfazer toda a configuração conceitual da dignidade se essa se pretende não como um universal aprioristicamente dado pelo ocidente ao mundo, mas como um universalizante (ou um universalizável) em construção, em devenir, em realização, que somente poderá realizar-se *em si e para si* em diálogo com outras culturas em uma lógica de reconhecimento intercultural superadora das práticas *top to down* da globalização econômica ocidentalizante.
- g) Por isso, acreditamos que a tese foi capaz de demonstrar a importância de somar à matriz kantiana de compreensão da dignidade os aportes e potencialidades da matriz hegeliana (ou neohegeliana, tendo em vista nossa interpretação, acreditamos, ousadamente atualizadora, porque construída enquanto negação determinada, feita à matriz hegeliana, para o aproveitamento dessa própria matriz) ao tema. Foi possível demonstrar, que a dialética do reconhecimento, ao nosso entender, permite devolver o sentido de dignidade a sua ilação necessária com a história, a cultura, e a identidade vivida daqueles que buscam se relacionar em patamares de tratamento reciprocamente digno. Somou-se a essa perspectiva superadora as problematizações trazidas por François Jullien ao tema do diálogo entre as culturas e da possibilidade da presença de palavras-

mundo de base originariamente ocidentais nesse diálogo, tais como “direitos humanos”, somente possíveis de assim conviverem com tal perspectiva intercultural, se compreendidas não como universais, mas como universalizantes, nos termos apresentados na tese.

- h) Ademais verificamos que emancipação e dignidade estão intimamente relacionadas, podendo-se inclusive arriscar, hegelianamente, que a emancipação é momento daquilo que a dignidade é totalidade. Concluimos, por isso, que a interpretação de cunho mais filosófico que demos até aquele ponto do desenvolvimento da tese possui conexão com a análise mais científica de Inglehart, acerca das relações entre transformações de valores e transformações das condições de vida, tomando como centro desse debate aquilo que científica e empiricamente o autor identifica como ‘desenvolvimento humano’. Assim, concluimos igualmente que a relação entre promoção intercultural da dignidade humana e ‘desenvolvimento humano’ pode ser assumida como correta tão somente se tratada com o devido cuidado frente à singularidade de cada cultura, tal como nos esforços investigativos da equipe de cientistas comandada por Inglehart. Nossa interpretação, que serve de guia nesta tese, a partir do caminho traçado nas investigações de Inglehart, é de que o desenvolvimento socioeconômico possui peso forte na determinação de processos de redistribuição e reconhecimento, ao menos inicialmente (correspondente à arrancada desenvolvimentista dos países de modernidade tardia). De outra parte, as singulares características das culturas tradicionais voltam a ter importância nos momentos em que certo patamar básico de condições existenciais já se encontra conquistado, quando há uma concorrência de valores, tanto tradicionais, como aqueles modernos emergidos com as mudanças existenciais, em meio ao qual se manifestam como chaves-conceituais a dignidade e os direitos humanos. Assim, pudemos concluir, o processo que compreende o desenvolvimento humano não é de modo algum linear. A modernização não se dá em *culturas em branco*, não se forma a partir de um *grau zero*, e nem é suficientemente performadora para padronizar em todas as

escalas de análise a vida sócio-cultural. Portanto, devemos falar não em mudanças culturais que se movem linearmente da industrialização para o fim da história, mas em respostas culturalmente articuladas a mudanças nas condições existenciais, ou aos intentos de mudança. Nesse sentido, Brasil, Rússia, China e Índia aparecem grosso modo próximos quanto aos estágios do desenvolvimento humano.

- i) Foi possível, então, a partir destas análises, antever o que se confirmou no estudo específico de cada país: nos quatro Estados a dignidade aparece como conceito-forte da linguagem constitucional atual no plano nomológico; derivando-se disso caminhos de análise que polarizam, em cada um desses países, tendências ora performático-laudatórias, ora crítico-céticas na linguagem constitucionalista-intelectual; ao que se soma a correlata percepção de discrepâncias entre posituação jurídica de direitos relacionados à dignidade e efetivação prática de tais direitos nas experiências concretas de vida desses países; pese a ocorrência comum desses hiatos de concreção nos quatro países, há peculiaridades nas razões e mecanismos pelos quais esses hiatos se dão; compreender essas peculiaridades do *ser-aí* constitucional de cada um desses países é indispensável para o enfrentamento da tarefa de 'levar a sério' a dignidade humana como núcleo da experiência constitucional, compreendido esse 'levar a sério' como a tarefa de identificar as contradições da linguagem e da *práxis* constitucional de promoção de direitos e transformar o *status quo* de tais cotidianos constitucionais em direção à realização efetiva dos direitos, para além da espetacularização e das meramente aparentes realizações, contidas tanto no discurso institucional (muitas vezes corroborado por intelectuais cegos à diferença entre a norma no papel e a vida), quanto na linguagem midiática da propaganda governamental.
- j) Por isso, concluimos complementarmente, ainda na parte final do primeiro capítulo, que a investigação em perspectiva interconstitucional do papel e alcance da dignidade como elemento da linguagem jurídico-constitucional nos países do BRICS não pode se dar na perspectiva tradicional do Direito Comparado (caracterizada pela relação comparativa

entre normas abstratas, ou, no máximo, entre explicações doutrinárias abstratas acerca dessas normas abstratas, de diferentes países), mas em uma perspectiva de estudos interconstitucionais criticamente direcionados a busca por entender a experiência jurídica de uma sociedade para além do mero ordenamento jurídico dessa mesma sociedade. Ademais, buscou-se superar igualmente as superficialidades de leituras puramente externas da experiência jurídico-constitucional de um país, o que se deu pelo mergulho (que consideramos inédito, pelo menos na comunidade científica ibero-americana) na produção intelectual constitucionalista desses quatro países que são as maiores economias emergentes do globo, permitindo que eles próprios falem desde e sobre suas próprias culturas constitucionais.

Dessa forma, procedemos à análise e à reflexão crítica sobre o papel da dignidade como elemento-chave na cultura constitucional russa contemporânea:

k) Principiando pela incursão histórica focada na formação da cultura constitucional russa, nossas conclusões passaram pela constatação de uma normatividade cultural de base irreduzível à europeia. A cultura normativa russa tradicional, ademais, travou contato com a modernização ocidentalizante por um caminho altamente peculiar: o da Revolução Soviética e conseqüente estruturação de um Socialismo de Estado que possuía uma relação muito característica frente ao fenômeno constitucional moderno. Verificamos que, neste estado de coisas, toda remissão (institucional ou não-institucional) a direitos humanos, direitos fundamentais, ou direitos constitucionais, na cultura constitucional soviética, se deu de modo a priorizar lógicas de subsistência e de interesse público (com fortes indícios de confusão do público com o estatal), bem como de primazia do coletivo sobre o particular; que acabaram por desaguar não só em uma preferência pouco dialética de direitos sociais (se é que se possa chamar de direitos aquilo que depende da pura vontade governamental) sobre direitos e liberdades civis, mas também em uma forma muito peculiar de perceber os próprios correlatos

deveres do Estado frente aos direitos sociais (sempre em uma espécie de adiamento de pronto escusável, diante de qualquer contingência ou opção estratégica do Estado). Outrossim, verificamos uma relação peculiar na lógica como se configurou o exercício do poder público durante o período soviético que, de certo modo, permitiu, em razão da substituição das elites econômicas pelas elites burocráticas, uma relação personalista com o poder e com o mando, que tornam, hoje, difíceis de efetivação as amarras e limitações que o sistema constitucional deveria impor, procedimental e substancialmente, ao exercício das funções estatais constituídas.

- l) O processo de redemocratização e abertura russos, ademais, vivenciou, como vimos, a polêmica dualista entre ocidentalização e não-ocidentalização (essa focada na busca de algo do passado que pudesse organizar a vida social no presente e que não tivesse relação, pelo menos direta, com o período soviético). Esta disputa se traduz, quanto ao tema dos direitos humano-fundamentais, nos debates internos ao constitucionalismo russo sobre a conveniência de permitir-se ou não que o sistema constitucional russo se ofereça à permeabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das estruturas, inclusive jurisdicionais, que o acompanha. A partir da crítica da amostragem que constituímos de posições sobre a questão dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana entre os constitucionalistas russos, verificamos que a dualidade acima descrita se desdobra em dois grupos básicos de constitucionalistas russos. Uns, voltados à fundamentação do Direito Constitucional Russo na promoção de direitos humanos em sentido amplo compreendendo a tarefa de produção do compromisso russo com direitos civis e sociais como a tarefa de internacionalização da dogmática e da jurisdição constitucional russa (aqueles que chamamos na tese de “internacionalistas” russos); outros, voltados à afirmação do caráter singular da sociedade e da cultura russa que produziria uma singular cultura constitucional que, ademais, trairia a si mesma se se deixasse levar pelo discurso ocidental hegemônico dos direitos

humanos, concluindo por uma postura cética quanto aos mesmos na vida interna da experiência constitucional russa (aqueles que chamamos na tese de “isolacionistas”).

- m)* A confrontação da nomologia constitucional russa e do discurso constitucionalista da intelectualidade russa, com as práticas concretas de efetivação de direitos que analisamos e com as narrativas críticas contidas no próprio debate constitucional russo, permitiu-nos considerar que a segunda tendência de pensamento constitucional acima resumida detém ampla prioridade por parte do corpo profissional de juristas e administradores públicos que exercem as funções governamentais e burocráticas nesse país. Assim, um Estado cético quanto ao discurso ocidental dos direitos humanos se retroalimenta de uma literatura constitucional desconfiada desse mesmo discurso e decidida por encontrar alternativa no tradicionalismo cultural russo para as bases do respectivo sistema constitucional. Ao nosso ver, essas são as principais razões (a se somar, evidentemente, a outras relativas, por exemplo, ao próprio tamanho e complexidade do país, à transformação radical recente pela qual passou, dada a mudança de regime político e econômico, dentre outras) para a existência do já mencionado hiato entre a incontestada presença do discurso da dignidade na nomologia constitucional russa (pese a que, comparativamente, a letra da lei e a opinião pública na Rússia são elas mesmas menos entusiastas dos direitos de dignidade que nos demais países pesquisados) e sua efetivação.

Já como consequências das investigações e estudos desenvolvidos quanto à dignidade humana na cultura constitucional indiana, podemos sintetizar as seguintes considerações:

- n)* Comparada à Rússia, não nos coube qualquer esforço maior para responder afirmativamente sobre a evidente autonomia da normatividade tradicional indiana frente à tradição europeia. Não só autonomia, mas de certo modo, antecendência. Por outra parte, a presença intensa dessa religiosidade tradicional diversa e complexa na vida atual da sociedade indiana se dá de modo mais intenso, quiçá que, comparativamente, nos

três outros países estudados. Pese a isso (e às limitações desta tese, em razão de seu objeto, que não foi o de construir um tratado sobre a normatividade tradicional indiana, mas de realizar uma análise e uma reflexão crítica sobre a presença do discurso da dignidade humana na sua constitucionalidade contemporânea), podemos considerar que, na mesma medida da presença forte dessas múltiplas bases tradicionais, se encontra o igualmente forte o processo de ocidentalização das estruturas institucionais de governo e ordenação jurídica do Estado indiano (processo esse marcado pela colonização inglesa ainda no séc. XVII). Em outras palavras, podemos considerar, do estudo realizado, que também nesse aspecto a Índia é uma sociedade de intensos contrastes e vivas cores a coexistir na mesma tela. No caso, o fenômeno relativo a convivência de uma cultura constitucional de padrão moderno e ocidentalizado com uma resistente e consolidada cultura tradicional de padrão religioso e configuração complexa e diversa, marca de modo singular a experiência constitucional indiana.

- o) Em razão do colonizador inglês, os primórdios da experiência jurídico-constitucional indiana estiveram desde já demarcados pelo modelo anglo-saxão e pelo constitucionalismo de *common law* (ainda que depois ocorreram influências de *civil law*). Colocamo-nos de acordo com as leituras que percebem justamente na experiência da *common law* as razões pelas quais as bases tradicionais da normatividade indiana puderam permanecer tão proximamente e, ao mesmo tempo, tão autonomamente no cotidiano juspolítico da Índia em seu processo de modernização. Em nosso relatório de pesquisa sobre a Índia, concluimos não só que o constitucionalismo indiano pós-colonial assumiu o *common law* como sua estrutura básica de funcionamento, como acabou por centrar, a partir desse modelo, o debate sobre promoção de direitos civis e sociais justamente na atividade jurisdicional, com amplo protagonismo da Corte Constitucional indiana.
- p) Tendo em vista a experiência duradoura da Constituição de 1950 e as transformações inegáveis pelas quais passou o mundo e a Índia, desse

período até nossos dias, retroalimentou-se nesse país a importância da construção judicial da constitucionalidade vigente. Quanto a isso, observamos um peculiar efeito (que poderíamos chamar, por analogia, de colateral) na linguagem intelectual do Direito Constitucional Indiano, qual seja: uma centralidade, nas investigações e debates acadêmicos, da Suprema Corte da Índia e de sua prática, como foco principal da discussão sobre direitos humanos e sobre o princípio da dignidade humana na Índia. Da amostragem construída acerca da literatura acadêmica indiana a esse respeito, concluiu-se que essa tendência de enfoque se desdobra em quatro linhas de abordagem (que por vezes se mesclam, principalmente no caso das duas últimas): uma primeira, mais apologética, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca de experiência constitucional indiana de promoção de direitos humanos; e uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

- g) Assim como em todos países, a análise do discurso intelectual e da nomologia constitucional oficial foi contrastada com dois *estudos de caso* presentes no desenvolvimento da tese. Dessa contrastação foi possível confirmar as disparidades importantes que o convívio intenso da linguagem constitucional de *common law* (já amplamente habituada e alinhada ao discurso dos direitos humanos e da dignidade) com as vivências tradicionais e religiosas acaba por produzir nas políticas

públicas e nas práticas governamentais de proteção e efetivação de direitos relacionados à dignidade. Constatamos, complementarmente, uma peculiar intensificação dessa discrepância quando da interiorização territorial das análises, quando, então, a Índia profunda cobra seu preço na configuração do estado da arte da efetivação de direitos e do respeito à dignidade humana nesse país continental.

Quanto aos resultados da pesquisa desenvolvida acerca da dignidade da pessoa humana na cultura constitucional chinesa:

- r) Podemos iniciar nossa síntese conclusiva com a constatação de que, se assim como a Índia, as bases tradicionais chinesas são evidentemente não-ocidentais (e poderíamos dizer, com Jullien, radicalmente não-ocidentais). Mas aqui, uma correlata forte e estável assimilação do constitucionalismo ocidental é algo bastante mais duvidoso que na Índia. A tradição normativa chinesa é marcada tanto pela presença de profundas mundivisões como o confucionismo, o taoísmo, e o legalismo (tratadas na tese como equivalentes funcionais daquilo que as perspectivas filosóficas são para o ocidente), quanto por uma mais que milenar experiência burocrática e de gestão do poder em territórios de dimensão continental. Como legado, concluímos, em suma, que essa tradição marca a China como uma sociedade bastante permeável a lógicas de hierarquização, bem como a lógicas de exercício incontestado do poder, e da superposição do dever ao direito. De outra parte, é possível ver na China uma peculiar vocação para a harmonia social, na mesma medida em que é possível colocar em dúvida se a ideia chinesa de harmonia social guarda relação com a ideia de promoção da dignidade humana (pelo menos quanto à sua configuração ocidental). A experiência chinesa de modernização ocidentalizante é complexa. Conta tanto com uma primeira fase construída em termos próximos a um liberalismo nacionalista, quanto com uma segunda fase marcada pela recepção do modelo socialista soviético, por sua vez seguida de uma radicalização à própria maneira do Socialismo de Estado na experiência do Maoísmo e da Revolução Cultural, culminando, por fim, em um processo

autodenominado de “abertura”, atualização e flexibilização do modelo socialista, que permitiu tanto a peculiar introdução chinesa do capitalismo no socialismo quanto a suposta, ou pelo menos oficialmente anunciada, ascensão da ordem constitucional ao patamar de superioridade na hierarquia nomológica estruturadora do Estado chinês.

- s) Nesse contexto recente, as análises e reflexões críticas desenvolvidas na tese permitiram concluir que a cultura constitucional chinesa contemporânea, em que pese as transformações em direção ao discurso dos direitos civis e sociais, ainda se faz marcada por um utilitarismo e um pragmatismo constitucional (um uso estratégico e instrumental do discurso constitucional), daí derivando uma dificuldade de se tratar a Constituição e os direitos fundamentais como fim da experiência político-estatal, continuando esses a funcionar muito mais como meio legitimador do fazer político em tempos de globalização, que como razão de ser do Estado e do Partido. Assim sendo, apesar da demonstração que fizemos da presença do discurso dos direitos humanos e da dignidade humana na nomologia constitucional chinesa, constatamos que a herança marxista-maoísta (recente, se consideramos a cronologia chinesa) mitiga a força normativa desses dispositivos constitucionais, tendo em vista a permanência de técnicas de exercício da regulação social e organização das políticas públicas centradas em um sistema político em que o foco são os norteamientos e metas do Partido Comunista Chinês (que pode ser considerado o amálgama da elite burocrática chinesa). Internamente, a elite burocrática chinesa entende que a experiência de Partido Único não impediu a consolidação de um sistema democrático de deliberação política em seu país, mas a impossibilidade, por exemplo, do Poder Judiciário na China citar diretamente a Constituição como fonte para decidir e julgar questões envolvendo direitos civis e sociais (tal como demonstrado na tese) evidencia, no mínimo, um desequilíbrio no balanceamento de poderes na cultura constitucional chinesa, cujo resultado se traduz, sobretudo, em uma dificuldade de empoderamento da sociedade civil chinesa frente ao *status quo* político estabelecido.

t) No contexto desse estado de coisas, analisamos criticamente uma amostragem de posicionamentos de intelectuais chineses dedicados ao estudo do fenômeno constitucional, dos direitos humanos e do discurso da dignidade humana na China. Dessa análise concluiu-se por um complexo cenário de posições no atual debate chinês acerca desses temas. Uma possível tipificação explicativa alcançada na tese organiza o debate constitucional sobre direitos fundamentais na China em uma dicotomia entre aqueles autores que procuram defender uma interpretação da dignidade humana exclusivamente como “direito a subsistência”, e aqueles que a entendem em termos mais voltados à direitos de “autoexpressão”, especialmente vinculados a participação política, expressão e liberdade de pensamento, autonomia individual, etc. Para os primeiros, a baixa permeabilidade da China à conversação global, seja por questões geopolíticas, ou por questões culturais, aparece como pressuposto determinante da interpretação da dignidade humana, que assume um caráter instrumental, como consequência de se entender direitos em uma perspectiva utilitária ou pragmática. Já para a segunda tipificação de autores, é justamente a internacionalização da China e a “racionalização” de seu sistema legal que direcionariam a concepção de dignidade que deveria vingar na China, segundo eles. A objeção dos primeiros a esses normalmente se dá na acusação do caráter acriticamente ocidentalizante que, por vezes, possui. O primeiro grupo de autores, que acaba por ser maioria hoje na cultura constitucional chinesa, fundamenta aquela interpretação tanto pela permanência na tradição marxista-leninista-maoísta, quanto pela alternativa de emprego de uma perspectiva cientificista sobre desenvolvimento, com a peculiar nota da inversão, na China, do axioma sustentado pelo *Law & Development*, de que a implementação do Estado de Direito acarretaria em desenvolvimento social e econômico. Assim, para os neoautoritários e comunitaristas que constituem o grupo majoritário de constitucionalistas chineses, seria, como vimos, o desenvolvimento econômico e social que acabaria resultando em um avanço no que concerne aos direitos humanos, em concomitância à contínua ascensão

da nação enquanto ator global. Já no segundo grupo de autores, vimos que a abordagem acaba por ser mais denunciativa, dando ênfase nas insuficiências e omissões das práticas governamentais chinesas quanto à promoção de direitos de dignidade, bem como se sustentando com recurso a experiências no direito comparado. A denúncia de casos de desrespeito patente e latente aos direitos humanos na China contemporânea acaba por aparecer (ainda que de forma não ostensiva) na literatura produzida por essa segunda perspectiva, enquanto se faz praticamente inexistente na produção intelectual dos constitucionalistas chineses ligados à primeira.

- u) Dos *estudos de caso* referentes às situações das minorias de gênero e étnica comparativamente empreendidos, enquanto técnica de aprofundamento crítico da análise, o que se constatou foi a confirmação de que o declarar de direitos no plano nomológico constitucional chinês não implica na garantia de sua exigibilidade como direito nas situações concretas dos cidadãos (o que, em termos ocidentais, e atuais, seria um contrassenso, tendo em vista que, nessa perspectiva, ter direitos é poder exigí-los). Tanto na análise da situação das mulheres em território chinês quanto na análise das minorias étnicas constata-se que a existência de instruções e regulamentações burocráticas contrárias ou omissas quanto a exigibilidade de direitos de não-discriminação e de proteção previstos na Constituição torna tais direitos inexigíveis, quando incorretamente manejados pelo Estado. Assim, configura-se também na China um hiato entre declaração e promoção de direitos de dignidade. Esse hiato, porém, não se dá como no Brasil, por exemplo, onde, tal como vimos, declaram-se direitos e confirmam-se essas declarações nos planos infraconstitucionais, mas, ainda assim, tergiversa-se hermeneuticamente no plano da burocracia estatal e das relações privadas, de modo a não os respeitar e a não os fazer cumprir. O caso chinês não é o de um país que não cumpre suas leis (como nos parecer ser o caso brasileiro). O caso chinês é o caso de um país que cumpre suas leis, mas que enxerga os deveres nelas previstos como superiores e

anteriores aos direitos, e as regulamentações administrativo-burocráticas como as balizas principais, onde a Constituição é apenas um símbolo de uma nova utopia (a do desenvolvimento econômico pleno), cuja busca justifica e legitima regras do dia-a-dia que contrariam a própria utopia constitucional.

Na sequência da tese, desenvolvemos as testagens sobre nossas hipóteses acerca do estado da arte do debate e do papel da dignidade humana na cultura constitucional brasileira contemporânea:

- v) Ao contrário dos três países anteriores, quanto às bases da normatividade tradicional, as peculiaridades da formação populacional brasileira e de seu processo de colonização, bem como a quase substituição populacional ocorrida nesse interim colonial, indicam uma cultura tradicional de base ocidental, pelo menos do ponto de vista normativo e das estruturas tradicionais de poder, ainda que permeada por peculiaridades advindas da relação de exploração e julgo das populações africanas migradas, e do que restou das populações indígenas tradicionais. Assim sendo, tornado independente o país, ainda em princípios do séc. XIX, a temática constitucional brasileira não enfrentou propriamente a tensional relação de ocidentalização jurídica em uma cultura não-ocidental, mas sim, a igualmente tensional tarefa de reduzir o atraso no processo de modernização (e correlatos atrasos socioeconômicos), em razão de sua posição inicial periférica no contexto do mundo europeizado. Assim, quanto aos estudos sobre a formação histórica da cultura constitucional brasileira, concluímos que o que marcou sobremaneira essa formação foi a idiossincrasia histórica dos modelos constitucionalistas de inspiração europeia, no seu aparecer sincopado em terras brasileiras; com a conseqüente ocorrência de paradoxais configurações constitucionais, tais como o estudado “liberalismo-escravocrata” do período monárquico do constitucionalismo brasileiro, no séc. XIX, ou a figura de uma primeira experiência próxima a um Estado social, porém autoritário e de baixa força normativa da Constituição, como nas décadas de 30 e 40 do séc. XX. Desse modo, a

cultura constitucional brasileira se construiu em uma sequência de experiências constitucionais incompletas, ou altamente desencontradas no que tange ao discurso constitucional oficial, altamente pródigo em declarações de direitos e altamente aceito e festejado pela comunidade jurídica, mas contraditoriamente coexistindo com um contexto de experiências político-jurídicas de falência das políticas de promoção de direitos, até a história recente.

- w) É nesse estado de coisas que eclode, em 1988, após a derrocada de uma Ditadura Militar, posta abaixo por movimentos considerados, no imaginário brasileiro, como amplamente democráticos e participativos, uma nova ordem constitucional, que teve o condão de ser considerada como um processo tanto de redemocratização do país, como de retomada, no plano constitucional, de um projeto de Estado Social e Democrático de Direito. Assim, a Constituição de 1988 ganhou no Brasil o simpático título de “Constituição Cidadã”, e, bem ou mal, impulsionou, como símbolo linguístico-normativo motriz, transformações consideráveis (ainda que ainda insuficientes) na cultura e na experiência constitucionais brasileiras. Não obstante os avanços impulsionados pela Constituição Cidadã e a consolidação intensa da linguagem dos direitos humanos-fundamentais e da dignidade humana como o núcleo estruturador do debate constitucional no país (podemos concluir da tese que, do ponto de vista nomológico e discursivo, o Brasil é, dos quatro países componentes do BRICS, o que assume mais explicitamente os direitos humanos e a dignidade como núcleo e fim principal da organização político-estatal), foi possível concluir que as contradições entre o caráter pródigo das declarações de direitos e os déficits gritantes de efetivação dos mesmos continuam persistentes no Brasil.
- x) A testagem dessa hipótese, por meio do estudo de uma amostragem de textos representativos da produção intelectual em Direito Constitucional no país, com foco no tema do princípio fundamental da dignidade, confirmou, em nosso entender, de forma sintomática, o estado de coisas acima descrito. Concluimos que boa parte do pensamento

constitucionalista no Brasil vive em uma espécie de transe dogmático ou epistêmico, um mundo em que é possível cegar os olhos para a realidade concreta, tendo em vista a realidade muito mais bela e justa da “Constituição de papel” e, no caso do Brasil, de todo o arcabouço denso de normas detalhadoras da bela arquitetura declaradora, em abstrato, de direitos que se tem no país. Não à toa, o país possui a curiosa situação de ter a maior população de profissionais do direito do planeta, com uma formação acadêmica altamente eclética, variando desde compreensões similares ao legalismo exegético oitocentista, à uma elite crítico-reflexiva sobre o fenômeno constitucional equiparável às melhores do mundo, quanto ao nível de debate e crítica acadêmica. Nesse estado de coisas, e em um ambiente de hiper (des)informação acadêmica, fruto da midiatização excessiva dos meios de aprendizado, o debate acadêmico de qualidade em Direito Constitucional, se não é uma gota, é apenas um balde, em um lago de mediocridade e de pensamento jurídico “pasteurizado”, como diria famoso constitucionalista local. É assim que a amostra de textos, mesmo focando nesse grupo de elite do pensamento constitucional brasileiro, variou entre uma espécie de elogio performático ao papel da dignidade como macro-princípio constitucional na ordem jurídica brasileira e análises que buscam denunciar e entender as razões da inefetividade de vários direitos no Brasil, pese a termos “a melhor Constituição do mundo”, segundo muitos. Da crítica dos textos, inferimos que o caráter nuclear da dignidade parece ser reforçado na cultura constitucional brasileira justamente como maneira de reagir ou responder, no plano do discurso e da performance, àquilo que não se conseguiu até o momento concretizar na *práxis* institucional e social brasileira. Vimos, por outro lado, que vai de encontro a essa prática interessantes posturas reativas e críticas a essa laudatória do macro-princípio fundamental da dignidade. Essa postura mais crítica, por sua vez, como vimos, se desdobra tanto em posturas cético-niilistas quanto a escolha da linguagem constitucional brasileira em focar seu núcleo no tema da dignidade e dos direitos humanos, quanto em posturas crítico-dialéticas, focadas na tentativa de fazer valer na realidade prática e

cotidiana aquilo que se promete, de forma geralmente vã, no discurso nomológico e na doutrina entusiasta.

- y) De certa maneira, os *estudos de caso* realizados confirmaram esse estado de coisas. Em resumo, o que vimos nesses estudos, do ponto de vista da existência concreta da cultura constitucional brasileira, foi uma dificuldade grande da tratativa prática de muitas questões-problema envolvendo efetivação de direitos, sobretudo quando esses se dão no conflito ou na concorrência com outros direitos, porque, pese a todo o elogio e valorização em tese dos direitos em jogo, falta muitas vezes capacidade de efetivação concreta de modelos de proteção e garantia dos direitos. Quando assim ocorre, a tratativa judicial da questão nem sempre se dá em uma jurisdição constitucional voltada à repercussão geral, mas segundo soluções específicas (e as vezes contraditórias entre si), caso a caso, tal como sugeriria a idiosincrasia, o ecletismo, e o imprevisto recorrentes nas práticas sociais brasileiras.

A partir de tudo que foi possível concluir com desenvolvimento da investigação sobre a questão do papel da ideia de dignidade humana na experiência constitucional de Brasil, Rússia, Índia e China, podemos, por fim, reiterar nossa percepção de que o grupo formado por esses países e África do Sul, em que pese as diferenças culturais e constitucionais, possuem capacidade de diálogo acerca das questões relativas ao desenvolvimento humano e social, a partir da chave dialogal dos direitos humanos e da dignidade humana. A *outocidade* aqui já não é absoluta e a assimilação de uma linguagem de direitos no plano das experiências constitucionais recíprocas já permite a conversação e a cooperação, em que pese as diferenças e peculiaridades, que persistem e persistirão. Os quatro países possuem graves problemas no plano da efetivação das “promessas” constitucionais de garantia e promoção de direitos de dignidade, em que pese todos eles terem alcançado um estágio satisfatório de positivação nomológica em abstrato de tais direitos. Como já dissemos, o que constatamos, complementarmente, é que, ao refletirmos criticamente sobre as razões dos hiatos entre declaração e efetivação de direitos nessas nações, algumas dessas razões são coincidentes

(modernização tardia; complexidade social, desigualdade social e territorial, contradições provocadas por usos meramente utilitaristas, poéticos ou midiáticos dos discursos de direitos civis e sociais, dentre outros) e outras, no entanto, são peculiares a cada país. Estas últimas, moldam intensamente, como vimos, a singularidade das experiências constitucionais dos países componentes do BRICS; experiências ao mesmo tempo próximas (sobretudo pela globalização pradonizadora dos tempos atuais) e distintas (sobretudo pela complexidade inerente a cada uma dessas nações).

O BRICS, grupo que atualmente detém 25% da cobertura territorial do planeta, 40% da população e 21% do PIB mundial, pode funcionar como um contraponto crítico às práticas pradonizadoras, de “pensamento único” (diria Gonçal Mayos), *top to down*, ditadas durante o séc.XX às então nações da periferia do mundo. Essas potências emergentes se encontram, no entanto, numa encruzilhada: devem se posicionar entre apenas reforçar as práticas excludentes e extrativas que dominaram a modernidade, com o discurso dos direitos civis e sociais devidamente funcionando apenas como estabilizadores do sistema-mundo de exploração (e por isso contidos por meio, ou de imperativos econômicos, ou de formalismos jurídicos); ou, por meio do *levar a sério* a bandeira do desenvolvimento humano como forma de capilarização inclusiva das condições materiais e sociopolíticas de vida digna, promover transformações consistentes em suas próprias experiências (a partir de uma crítica da reprodução mimética e *pro forma*, da cartilha globalizada), para que as “promessas constitucionais” da modernidade, pese a tardar, de fato se façam chegar. Quem sabe assim, se possa frustrar o lamento contido na letra de um fado lusitano, tão mencionado no meio jurídico brasileiro dos últimos tempos: “mais triste que as demoras, é saber que não vens mais”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPÍTULO 1. OS TERMOS DO BINÔMIO: OS BRICS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ACEMOGLU; ROBINSON. *Por qué Fracasan los Países: Los orígenes del poder, la prosperidade y la pobreza*, Ediciones Deusto, 2012.

ANOTAÇÕES de pesquisas sobre filosofia e etimologia do professor Doutor Gonçal Mayos Solsona, Universitat de Barcelona, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. v. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre dignidade e cosmopolitismo. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, p. 123-150, 2012.

BAUMANN, Renato. BRICS: Oportunidade e desafio para a inserção internacional do Brasil. In: *BRICS: estudos e documentos / Renato Baumann [et al.]*. – Brasília: FUNAG, p.21-54, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Letteratura italiana Einaudi. Edizione di Renato Fabietti, Mursia, Milano, 1973.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The Seeds of Change: Popular protests as Constitutional Moments. *Marquette Law Review*, v. 99, p. 363-426, 2015.

BIBLIA SAGRADA. 180º edição, Editora Ave Maria, s/a.

BILBENY, Norbert. *Democracia para la diversidad*. Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

BLOCH, Ernest. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. XII.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, jun. 1997.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/sobre-o-brics/informacao-sobre-o-brics>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. I Cúpula: Declaração Conjunta (2009). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/73-primeiro-declaracao>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. II Cúpula: Declaração Conjunta (2010). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/74-segunda-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. III Cúpula: Declaração Conjunta (2011). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/75-terceira-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. IV Cúpula: Declaração Conjunta (2012). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/76-quarta-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. V Cúpula: Declaração Conjunta (2013). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/77-quinta-declaracao-conjunta>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VI Cúpula: Declaração Conjunta (2014). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/224-vi-cupula-declaracao-e-plano-de-acao-de-fortaleza>. Acesso em: 29 de novembro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VII Cúpula: Declaração Conjunta (2015). Disponível em: <http://brics.itamaraty.gov.br/pt_br/categoria-portugues/20-documentos/252-vii-cupula-do-brics-declaracao-de-ufa>. Acesso em: 01 de dezembro de 2015.

BRICS. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. VIII Cúpula: Declaração Conjunta. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/en/press-releases/14936-8th-brics-summit-go-a-india-october-15-16-2016-go-a-declaration-and-action-plan>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRÜTSCH, Christian; PAPA, Mihaela. Deconstructing the BRICS: Bargaining, Coalition, Imagined Community, or Geopolitical Fad? *The Chinese Journal of International Politics*, v. 6, p. 299-327, 2013.

BRÜTSCH, Christian; PAPA, Mihaela. Deconstructing the BRICS: Bargaining Coalition, Imagined Community, or Geopolitical Fad? *The Chinese Journal of International Politics*, Vol. 6, p.299–327, 2013.

CARDUCCI, Michele. A realidade dos países BRICS e o papel do direito constitucional comparado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, nº 50, p. 205-217, out./dez., 2012.

CARDUCCI, Michele. BRICS as Constitutional Inhomogenous Dynamics. *Federalism.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano*, Comparato, Europeo, nº 20, 2014.

CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel ‘hard’ EU regional structure – a comparative survey. *International Journal of Public Law and Policy*, v. 4, nº 1, 2014.

CARLETTI, Anna. *A China, os BRICS e os países em desenvolvimento*. Carta Internacional. Publicação da Associação Brasileira de Relações Internacionais. vol. 8, nº 02, jul-dez, 2013.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo. In: *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. WALMOTT BORGES, COELHO (Coord). Uberlândia: LAECC-UFG, p. 370-395, 2015.

COELHO, Saulo de Oliviera Pinto. *Introdução ao Direito Romano: criação, categorização e concreção do Direito em Roma*. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Miguel Reale e o Pensamento Jurídico no Brasil: história, fundamentos e atualidade do culturalismo jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Revolução e Terror como figuras-chave para a Compreensão da Liberdade no Estado Racional hegeliano. *Virtuajus*, v. 1, artigo nº 4, 2009.

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. *Direitos Fundamentais: Multiculturalismo e Religiões*. Estoril: Princípios, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COOPER, Andrew F.; FAROOQ, Asif B. Testando a Cultura de Clube dos BRICS: A Evolução de um Novo Banco de Desenvolvimento. *In: Contexto Internacional* (PUC). Rio de Janeiro, vol. 37, no 1, janeiro/abril p. 13-46, 2015.

DREYFUS, Hubert. Holism and Hermeneutics. *The Review of Metaphysics*, v. 34, n° 1, p. 3-23, 1980.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FLORES JÚNIOR, Renato G.. BRICS: Abordagens a um progresso dinâmico. *In: BRICS: estudos e documentos / Renato Baumann ... [et al.]*. Coleção relações internacionais. Brasília: FUNAG, p.139-152, 2015.

FORST, Rainer. *Justificación y Crítica: Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Série Ensayos: Katz edición, 2014.

FRASER, Nancy. Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 8, 1996.

FREIXES Sanjuán, Tereza. Positivación de los valores y constitucionalismo multinivel. *In: Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (Coord.); 1ª Edição. Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, p. 421-442, 2015.

GÓMEZ i VENTURA, Ricard. *Reconeixement i subjecte: Bases ètiques de la Teoria Crítica social en Axxel Honneth*. 331 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departament d'Història de la Filosofia, Estètica i Filosofia de la cultura, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. O Direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra, p. 263-389. 1999.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª ed. Trad. de Paulo Menezes. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

HEGEL, G. W. F. *Outlines of the Philosophy of Right*. Trad. de T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HEGEL, G.W.F. A Filosofia do Espírito. Tradução: Paulo Meneses com a colaboração do Pe. José Machado. São Paulo: Edições Loyola, 1995. Filosofia do Direito. Tradução: Paulo Meneses...[et al.]. São Leopoldo: Ed. UNISSINOS, 2010, §209.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §36.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. *International Journal of Comparative Constitutional Law*, v. 9, n°1, p. 32-57, 2011.

HUNT, Lynn. *La Invención de los Derechos Humanos*. Tradução: Jordi Beltrán Ferrer. Tusquets Editores, S.A. Barcelona-Espanha, 2009.

INGLEHART Ronald; WELZEL, Christian. *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*. Trad. de Hilda Maria Lemos Pantoja Coelho. São Paulo: Francis, 2009.

JAESCHKE, W.. *Direito e Eiticidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

JULLIEN, François. *O Diálogo entre Culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 26.

LIMA VAZ, H. C. de. Senhor e Escravo: uma parábola da filosofia ocidental. In: *Ética e Direito*. TOLECO, C.; MOREIRA, L. (orgs.). São Paulo: Loyola, p. 183-202, 2002.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Apresentação. In: *BRICS: estudos e documentos / Renato Baumann ... [et al.]*. Coleção relações internacionais. Brasília: FUNAG, p.05-09, 2015.

MADRID PÉREZ, Antonio. El acceso a los derechos: la experiencia del proyecto dret al Dret. In: *Anuário de Filosofia del Derecho*. N°XXVI, España, p. 31-56, 2010.

MARCONDES, Danilo. Apresentação. In: *JULLIEN, François. O Diálogo entre Culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009.

MAYOS, Gonçal Solsona. *Direitos Humanos e Macrofilosofia do pensamento contemporâneo*. Curso ministrado no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Goiânia, ago./set., 2016.

MAYOS, Gonçal. *Hegel: Vida, Obra e Pensamento*. Colección Grandes Pensadores. Centro Editor PDA, S.L., España, 2007, p. 106.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. 2001. Ebook: Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_es_pirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 06 de outubro de 2015.

O'NEILL, Jim. *The growth map: economic opportunity in the BRICs and beyond*. Penguin Books Ltd, London, 2011.

PAPA, Mihaela. BRICS as a Global Legal Actor: From Regulatory Innovation to BRICS Law? *Federalism.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano*, Comparato, Europeo, nº 20, 2014.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos. Sistema Jurídico, democracia y constitucionalismo multinivel. *In: Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. WALMOTT BORGES, COELHO (Coord.). Uberlândia: LAECC-UFG, p. 205-276, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V.2, nº 2, p 49-67, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça Em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Editora da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, p.21-62, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, MG, v. 89, 2004.

SALGADO, Karine. *A Filosofia da Dignidade Humana: a contribuição do alto medievo*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, 2009.

SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. *Revista Opinião Jurídica*, v. 17, p. 249-267, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 15-34, 2009.

SHEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. *In: Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet; [et al]. 2. Ed. Rev. E ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 105-118, 2009.

SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. WALMOTT BORGES, COELHO (Coord.). Uberlândia: LAECC-UFG, p. 20-84, 2015.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Derechos Humanos*. Madrid: Espasa Calpe, 2003.

VAZ, Henrique C. de Lima. Democracia e Dignidade Humana. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v 15, nº44, p.11-25, set./dez. 1988.

WEBER, Thadeu. Dignidade Humana e Liberdade em Hegel. *Espaço Jurídico Journal of Law*. v.15, nº2, p.387-396, 2014.

WELZEL, Christian. *Freedom Rising: Human Empowerment and the Quest for Emancipation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WHITMAN, James. Enforcing civility: three societies. *Yale Law Journal*, v. 109, p. 1279-1999, 2000.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPÍTULO 2. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DA RÚSSIA

ALEXANDER, James. Federal Reforms in Russia: Putin's Challenge to the Republics. *Demokratizatsiya The Journal of Post-Soviet Democratization*, v. 12, nº2, p. 233-263, 2004.

ANDRÉS, Jesus. El sistema político Ruso. In: *Rusia en la era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2011.

ANTONOV, Mikhail. Conservatism in Russia and Sovereignty in Human Rights'. *Review of Central and East European Law*, v. 39, p. 01-40, 2014.

ANTONOV, Mikhail. Sovereignty in the light of russian legal philosophy. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, nº3, set./dez., p. 59-78, 2015.

ARKHIPOV, Vladislav; BARTENEV, Dmitriy; BELOV, Sergey; KUDRYASHOVA, Olga. La judicatura en el sistema constitucional ruso. *Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCCP*, nº 71, p. 557-587, 2013.

ATTWOOD, Lynne. *The new Soviet man and woman: sex role socialization in the USSR*. Bloomington: Indiana University Press, 1990.

BALKKISRUD, Helge. Blurring the boundary between civic and ethnic: The Kremlin's new approach to national identity under Putin's third term. *In: The New Russian Nationalism: Imperialism, Ethnicity, and Authoritarianism 2000-15*. KOLSTO, Pal; BLAKKISRUD, Helge (eds.). Edinburgo: Edinburgh University Press, 2016.

BOWRING, Bill. Austro-Marxism's Last Laugh?: The Struggle for Recognition of National-Cultural Autonomy for Rossians and Russians. *Europe-Asia Studies*, v. 54, n°2, p. 229-250, 2002.

BUCKLEY, Mary. Public Opinon in Russia on the Politics of Human Trafficking. *Europe-Asia Studies*, v. 61, n°2, p. 213-248, 2009.

BUCKLEY, Mary. *Women and Ideology in the Soviet Union*. Hemel Hempstead: Harker Wheatsheaf, 1989.

BURGESS, Michael. Between a rock and a hard place: The Russian Federation in comparative perspective. *In: Federalism and Local Politics in Russia*. ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (eds.) Nova Iorque: Routledge, 2009.

BUTLER, William E. *Russian Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

COBO ORTIS, Juan. Paradojas de los cambios sociales en la transición rusa. *In: BERMAN, Harold J. (ed.) Justicia en la U.R.S.S: uma interpretacion del derecho soviético*. Trad. de Juan-Ramón Capella. Barcelona: Ediciones Ariel, 1967.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA MULHERES. Communication n°. 60/2013. Genebra, 21 de março de 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int /documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

DAVYDOV, Vladimir. Rusia: La trayectoria del cambio. Una vision desde dentro. *In: Rusia, en vísperas de su future*. VIADEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS PARA LOS PUEBLOS DE RUSIA (1918):Redactado antes del 3 de enero de 1918. La declaración fue aprobada por la sesión del Comité Ejecutivo Central del 3 de enero y rechazada por la mayoría de la Asamblea Constituyente para ser ratificada el 12 del mismo mes por III Congreso de Soviets de toda Rusia. Edición: Marxists Internet Archive, octubre, 2013. Disponível em:<<https://www.marxists.org /espanol/lenin/obras/escritos.htm>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

DILIGENSKY, Guerman; CHUGROV, Sergei. “The West” in Russian Mentality. NATO. s/a. Disponível em: <<http://www.nato.int/acad/fellow/98-00/diliguenski.pdf>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2016.

EMBAIXADA DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 20 anos da Constituição da Federação da Rússia. (Comunicados à imprensa), 12 de dezembro, 2013. Disponível em: <http://brazil.mid.ru/web/brasil_pt/-/20-anos-da-constituicao-da-federacao-da-russia>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

ENGEL, Barbara Alpern. Women in Russia and the Soviet Union. *Signs*, v. 12, n°4, p. 781-796, 1987.

EUROPEAN, 2012, p. 185. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_pt>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

FEDERAÇÃO RUSSA. *Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation*. 21 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.ksrf.ru/en/Info/LegalBases/FCL/Documents/Law.pdf>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

FEDERAÇÃO RUSSA. *Federal Law of the Russian Federation about national and cultural autonomy*. 17 de junho de 1996. Disponível em: <<http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1431>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

FEDERAÇÃO RUSSA. *Labor Code of the Russian Federation*. 31 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/60535/65252/E01RUS01.htm>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

FEDERAÇÃO RUSSA. *Russian Federation’s Constitution of 1993 with Amendments through 2008*. 12 de dezembro 1993. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2008.pdf>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

FEDERAÇÃO RUSSA. *The Criminal Code of the Russian Federation*. 13 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru006en.pdf>> Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

FEDERAÇÃO RUSSA. Constituição da Federação da Rússia de 1993. *Polis - Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, p. 173-202, 1994.

FEDERAÇÃO RUSSA. Constitution of the Russian Federation. In: BUTLER, William E. *Russian Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

FEDOROVA, Tatiana; SAVITSKAYA, Tatiana; YAKOVLEVA, Anna. *Gender Equality and Culture (Russian Federation)*. Disponível em:

<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/Infomkultura_Russian_State_Library_Gender_Equality_and_.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

FREEDOM HOUSE. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report-types/freedom-world#.VZpqxM-qqko>>. Acesso em 06 de julho de 2015.

GORBACHEV, Mikhail. Mikhail Gorbachev on Women and the Family. *Population & Development Review*, v. 13, n°4, p. 757-759, 1987.

GORDON, L. A. Socioeconomic Human Rights: Content, Features, and Significance for Russia. *Russian Politics & Law*, v. 36, n°3, p. 30-44, 1998.

HEINEMANN-GRÜDER, Andreas. Federal discourses, minority rights, and conflict transformation. In: *Federalism and Local Politics in Russia*. ROSS, Cameron; CAMPBELL, Adrian (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2009.

HERMOSO, Manuel de La Cámara. Las relaciones bilaterales entre la Unión Europea y Rusia. Una perspectiva española. In: *Unión Europea y Rusia: Competencia o cooperación?* BENEYTO, José María; POWELL, Charles (dirs.) Madri: Biblioteca Nueva – Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2009.

HERMOSO, Manuel de La Cámara. *Rusia en el orden internacional*. Colección de Estudios Internacionales, n° 8. País Vasco: Editorial de La Universidad del País Vasco, 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH, 2011, s/p. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/europe/central-asia/russia>>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

IVAKHNYUK, Irina; IONTSEV, Vladimir. Human Trafficking: Russia. [Nota explicativa 13/55 – Consortium for Applied Research on International Migration] Migration Policy Center, San Domenico di Fiesole, Itália, 2013.

JOHNSON, E. L.. El Sistema Jurídico Soviético. Traducción: J. R. Capella y J. Cano Tembleque. Ediciones Península. 1974.

KHAZANOV, Anatoly M. Nationalism in the Russian Federation. *Daedalus*, v. 126, n°3, p. 121-142, 1997.

KREMYANSKAYA, Elena A.; KUZNETSOVA, Tamara O.; RAKITSKAYA, Inna A. *Russian Constitutional Law*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2014.

KRYLOVA, Ninel S. The New Constitution of Russia: Main Principles and Features. *Akron Law Review*, v. 27, n°3-4, p. 397-406, 1994.

MALAKHOV, Vladimir; OSIPOV, Alexander. The Category of Minorities in the Russian Federation: A Reflection on Uses and Misuses. In: *International Obligations and National Debates: Minorities around the Baltic Sea*.

ÅKERMARK, Sia Spiliopoulou [et al] (eds.). Mariehamn: Åland Islands Peace Institute, 2006.

MALKSOO, Lauri. *The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church: a critical appraisal*, 2013.

MÄLKSOO, Lauri. The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church and its Patriarch Kirill I: A Critical Appraisal. In: *European Yearbook on Human Rights*. Vienna: NEURER WISSENSCHAFTLICHER VERLAG (ed.), 2013.

MARAVÉR, Gomes. Pena de muerte: uma pena cruel e inhumana y no especialmente dissuasória. LUIZ ARROYO; ADÁN NIETO; WILLIAM SCHABAS (Edit.). Beatriz Garcia-Moreno (Coord.). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

MARTÍNEZ, Rafael. El Sistema de Gobierno en Rusia: Prsidencialismo o Autoritarismo? In: *Rusia, en vísperas de su future*. VIADEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002.

MARX, Karl. Carta ao Diretor da Revista Russa Otiechéstvennie Zapiski. Novembro de 1877. Primeira Edição: *Gestamtausgabe. Escrita em francês em finais de Novembro de 1877*. In: *Karl Marx & Friedrich Engels Correspondencia*. Tomo III. Seleccionada por el Instituto Marx-Engels-Lenin (Leningrado, 1ª edición alemana 1934). Digitalización: Simón Royo Hernández, para el Marxists Internet Archive, mayo de 2001. Disponível em: <<http://www.marxists.org/espanol/m-/cartas/m1877.htm>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

NARUTTO, Svetlana. Panorama del sistema jurídico ruso; Los fundamentos constitucionales del Estado Ruso; La naturaleza jurídica y el desarrollo de los derechos humanos en Rusia. In: *México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 33-40, 41-58, 235-252, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

OROPEZA, Arturo García. *México-Rusia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Arturo Oropeza García, Coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

OSIPOV, Alexander. National Cultural Autonomy in Russia: A Case of Symbolic Law. *Review of Central and East European Law*, v. 35, p. 27-57, 2010.

PARLAMENTO EUROPEU. Departamento de Políticas Públicas do Diretório Geral para Políticas Externas. *The situation of national minorities in Crimea following its annexation by Russia*. 2016. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578003/EXPO_STU\(2016\)578003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578003/EXPO_STU(2016)578003_EN.pdf)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

PHRZHILENSKIY, Vladimir; ZAKHAROVA, Maria. Which way is the Russian double-headed eagle looking? *Russian Law Journal*, v. 4, n°2, p. 06-25, 2016.

POMERANZ, William E. Judicial Review and the Russian Constitutional Court: The Chechen Case. *Review of Central and East European Law*, v. 23, n°1, p. 9-48, 1997.

POST, Diana. Women's Rights in Russia: Training Non-Lawyers to Represent Victims of Domestic Violence. *Yale Human Rights and Development Journal*, v. 4, n°1, 2001.

PRINA, Federica. Homogenisation and the "New Russian Citizen": A road to stability or Ethnic Tension? *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. v. 10, n°1, p. 59-93, 2011.

PRINA, Federica. *Protecting the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in the Russian Federation: Challenges and Ways Forward*. Budapeste: Minority Rights Group Europe, 2014.

PRINA, Federica. The Position of National Minorities in Putin's Russia: Uniformity or Diversity? [Working Paper n° 15/08] Fundação Cícero, Maastricht, Holanda, 2015.

PUSHKAREVA, Natalia. *Women in Russian History: From the Tenth to the Twentieth Century*. Nova Iorque: M. E. Sharpe, 1997.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002 - 4ª tiragem, 2004.

RIMASHEVSKAYA, Natalia. Gender relationships and gender policy in contemporary conditions. *Intellectual Economics*, v. 7, n°1, p. 54-62, 2013.

ROUDAKOVA, Natalia; BALLARD-REISCH, Deborah S. Feminity and the Double Burden: Dialogues on the Socialization of Russian Daughters into Womanhood. *The Anthropology of East Europe Review*, v. 17, n°1, 1999.

RUDINSKY, F. M. [et al]. *Civil Human Rights in Russia: Modern problems of theory and practice*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008.

SMITH, David J.; HIDDEN, John. *Ethnic Diversity and the Nation State: National cultural autonomy revisited*. Nova Iorque: Routledge, 2012.

SODUPE, Kepa; MOURE, Leire. De la Unión Soviética a la Federación Rusa. *In: Rusia en la Era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2011.

STARZHENETSKII, Vladislav. Assessing Human Rights in Russia: Not to Miss the Forest for the Trees A Response to Preclik, Schönfeld and Hallinan. *Review of Central and East European Law*, v. 37, p. 349-356, 2012.

TAIBO, Carlos. ¿Que fue la Unión Soviética? *In: Rusia en la Era Postsoviética*. Editores Kepa Sodupe; Leire Moure. Editorial de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, p.23-60, 2011.

TORODE, Nicky. National Cultural Autonomy in the Russian Federation: Implementation and Impact. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 15, p. 179-193, 2008.

TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

TURBINE, Vikki. Women's human rights in Russia: outmoded battlegrounds, or new sites of contentious politics? *East European Politics*, v. 31, n°3, p. 326-341, 2015.

TURBINE, Vikki. *Women's perceptions of human rights and rights-based approaches in everyday life: a case study from provincial Russia*. 317 f. Tese (PhD) – Departament of Central & East European Studies, Universidade de Glasgow, 2007.

TURBINE, Vikki; RIACH, Kathleen. 'The Right to Choose or Choosing What's Right? Women's Conceptualizations of Work and Life Choices in Contemporary Russia. *Gender, Work and Organization*, v. 19, n°2, 2002.

UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Moscou: Novosti Press Agency Publishing House, 1985.

VIADDEL, Antonio Colomer. De la Desintegración de La URSS a la reestructuración de Rusia. *In: Rusia, en vísperas de su future*. VIADDEL, Antonio Colomer; JUBERÍAS, Carlos Flores. (eds). Aldaia: Universitat de València, 2002.

YAZ'KOVA, Alla A. Russia and its Minorities: an overview of existing and potential ethno-political conflicts. *Innovation*, v. 19, n°3/4, p. 273-282, 2006.

YELTSIN, Boris. *A Luta pela Rússia*. Tradução Clarisse Tavares. Edição Livros do Brasil. Lisboa, 1994, 1994, p.20.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPÍTULO 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CULTURA CONSTITUCIONAL INDIANA

ADHAV, Sunita. Institutional framework for protection of minorities in India: an analysis. *Bharati Law review*, n° 1, p. 37-49, 2014.

AGRAWAL, K. P. Protección de los Derechos Fundamentales en la India. *In: Anuário de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

AMBEDKAR, Bhimrao Ramji. *The rise and fall of Hindu woman*. Jalandar: Bheem Patrika Publications, 1980; RAMECHAN, Anantanad. A Hindu Perspective. *In: What Men Owe to Women: Men's Voices from World Religions*. MAGUIRE, Daniel C.; RAINES, John C.. Albany: State University of New York Press, 2001.

BAIRD, Robert D. Expansion and Constriction of Religion: The Paradox of the Indian Secular State. *In: Religious Conscience, the State and the Law: Historical Context and Contemporary Significance*. McLAREN, John; COWARD, Harold. (eds.) Albany: State University of New York Press, 1999.

BAJPAI, Rochana. The conceptual vocabularies of secularism and minority rights in India. *Journal of Political Ideologies*, v. 7, n° 2, p. 179-197, 2002.

BAKSHI, P. M.. *La Constitución de la Índia*. Presentación y coordinación de Rafael Iruzubieta Fernández. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2013.

BALAKRISHNAN, K. G.. *A Prática do Controle de Constitucionalidade nos dias de Hoje*. Palestra proferida no Supremo Tribunal Federal (Brasil) pelo Presidente da Suprema Corte da Índia, em 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_Constituionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2016.

BAVINCK, Maarten [*et al*]. From indifference to mutual support – A Comparative Analysis of Legal Pluralism in the Governing of South Asian Fisheries. *European Journal of Development Research*, v. 25, n° 4, p. 621-640, 2011.

BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. *In: The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BAXI, Upendra. The State and Human Rights Movements in India. *In: People's Rights: Social Movements and the State in the Third World*. MOHANTY, M.; MUKHERJI, P. N.; TÖRNQUIST, O. (eds.). Nova Delhi: Sage, 1998.

BAXI, Upendra. *Toward a Sociology of Indian Law*. Nova Delhi: Satvahan Publications, 1986.

BEGUM, Rasida. Violation of Women Rights in India. *International Journal of Humanities & Social Science Studies*, v. 1, n° 3, p. 216-224, 2014.

CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado. O Hinduísmo, Direito Hindu, o Direito Indiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 71 - 111 jan./dez. 2009.

CORSINI, Eleonora. *Law Alone Cannot: Women's Empowerment in India*. 2012. Disponível em: <<http://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/pdfs/3studentjournalcorsini1.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro 2017.

COSSMAN, Brenda; KAPUR, Ratna. Women and Poverty in India: Law and Social Change. *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 6, 1993.

CHOUDHRY, Sujit. Living Originalism in India: Our Law and Comparative Constitutional Law. *Yale Journal of Law and Humanities*, v. 25, n° 1, 2013.

CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

DHAVAN, R. Promises, Promises...: Human Rights in Índia. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 39, n° 2-4, p. 149-185, 1997.

DUSCHE, Michael. Women's Rights in India: Hierarchical Ethics versus Egalitarian Morality. *South Asia Chronicle*, v. 4, p. 228-253, 2014.

FRANCAVILLA, Domenico. Las reformas del derecho de familia en india: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal. Universidad Externado de Colombia: *Revista de Derecho Privado*, n° 23, julio - diciembre de 2012, p.26. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3301>>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

FRENCH, Patrick. Índia: *Uma Biografia Íntima*. s./l.: Bloco Gráfico Lda., 2011.

GOVERNMENT OF TAMIL NADU. Panchayat Raj: Tamil Nadu Panchayats Act, 1994 [Tamil Nadu Act 21 of 1994]. Disponível em: <http://www.tnrd.gov.in/pract/tnpa_contents.html>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

GUPTA, Nidhi. Women's Human Rights and the Practice of Dowry in India. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 35, n° 48, p. 85-123, 2003.

GURUSWAMY, Ananth. Estupros na Índia: por que a pena de morte não é a solução. Disponível em: <<https://anistia.org.br/estupros-na-india-por-que-pena-de-morte-nao-e-solucao>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

JAVEED, Shayan; MANUHAAR, Anupam. Women and Wage Discrimination in India: A Critical Analysis. *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, v. 2, n° 4, p. 06-12, 2013.

JAYAL, Niraja Gopal. *Representing India: Ethnic Diversity and the Governance of Public Institutions*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2006.

JOSÉ, Justin. P. Identity and Social Exclusion of Dalit Women: A psychosocial perspective. *Contemporary Voice of Dalit*, v. 8, n° 2, p. 136-162, 2016.

JULLIEN, François. *O diálogo entre culturas: do universal ao multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.140.

KAKAR, Sudhir. Vergewaltigungen in Indien: Entwurzelte Männer sehen Frauen als Freiwild. *Spiegel*, Online, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/der-indische-psychoanalytiker-sudhir-kakar-uebervergewaltigung-a-901769.htm>>. Acesso em: 25 janeiro de 2017.

KHAN, Bordhan Uddin; RAHMAN, Muhammad Mahbubur. *Protection of Minorities: A South Asian Discourse*. Dhaka: University of Dhaka, 2009.

KHAN; RAHMAN, 2009; Cf. PATI, Rabinda Nath; DASH, Jagannatha. (eds.) *Tribal and Indigenous People of India: Problems and Prospects*. Nova Delhi: APH Publishing, 2002.

LE PAYS qui n'aimait pas les femmes: Indies verlorene tóchter (Índia, um país que não gosta de Mulheres). Exibido no programa Toda a Verdade. Produzido por SIC Notícias. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8BhojKJSrD8>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.

LIVNE, Emma. *Violence Against Women in India: Origins, Perpetuation and Reform*. 2015. Disponível em: <<http://www.cmu.edu/hss/globalstudies/images/livne-gs-capstone-paper.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

LOSURDO, Domenico. *A Luta de Classes: Uma história política e filosófica*. Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2015.

MAHAJAN, 2005; ADENEY, Katharine. *Federalism and Ethnic Conflict Regulation in India and Pakistan*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007.

MAHAJAN, Gurpreet. Indian Exceptionalism or Indian Model: Negotiating Cultural Diversity and Minority Rights in a Democratic Nation-State. *In:*

Multiculturalism in Asia. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAHMUD, Tahir (ed.) *Minorities and the State at the Indian Law*. Nova Delhi: Institute of Objective Studies, 1991.

MÂNAVA-DHARMA-SÂSTRA, *Leyes de Manú*, Instituciones religiosas y civiles de la India, Casa editorial Garnier Hermanos, Paris, 1924. Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. Paris: Garnier Frères. 1909.

MARX, Karl. *A Companhia das Índias Orientais: sua história e as consequências de sua atividade*. 1853. The Marxists Internet Archive.

MELITÓN, Sergio Carrasco Álvarez. *El Hinduísmo en 84 conceptos*. s/a. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122817/127425_A5_El_%20hinduismo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

MULLALY, Siobhan. Feminism and Multicultural Dilemmas in India: Revisiting the Sha Bano Case. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n° 4, p. 671-692, 2004.

NAIPAUL, V. S. *Índia: um milhão de motins agora*. Trad. de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NATH, H. R. Right to Life and Personal Liberty under the Constitution of India: A Strive of Justice. *Dibrugarh University Law Journal*, v. 1, p. 1-12, 2013.

NEVES, A. C. Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXIII, 1982.

NUSSBAUM, Martha C. India: Implementing Sex Equality Through Law. *Chicago Journal of International Law*, v. 2, n° 1, p. 35-58, 2001.

NUSSBAUM, Martha C. *The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

PATNAIK, J. K. Human Rights: The Concept and Perspectives: A third world view. *The Indian Journal of Political Science*, v. 65, n° 4, p. 499-514, 2004.

PRAYER, Mario. Il concepto di autorità nel movimento Hindutva, da V.D Savarkar al Sangh parivar. *In: Religione e politica*. Mito, autorità, diritto. PISI, P.; AMORETTI, B. S. (orgs). Roma: La Sapienza Orientale, 2008.

RADHAKRISHNAN, S. Development of Human Rights in an Indian Context. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n° 2, p. 303-331, 2008.

RAJAGOPAL, B.. Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 18, n° 3, p. 157-187, 2007.

RAMECHAN, Anantanad. A Hindu Perspective. *In: What Men Owe to Women: Men's Voices from World Religions*. MAGUIRE, Daniel C.; RAINES, John C.. Albany: State University of New York Press, 2001.

RANDALL, Vicky. Legislative gender quotas and Indian Exceptionalism: The Travails of the Women's Reservation Bill. *Comparative Politics*, v. 39, n° 1, p. 63-82, 2006.

RANI, Bitto. Legal pluralism, cultural diversity and rights of minorities in Multicultural Society; Revisiting the Rights of Indian Muslims as Minorities to Follow their Personal Law. *International Journal of Humanities, Social Sciences and Education*, v. 2, n° 2, p. 93-108, 2015.

RANJAN, R. Interrogating the conceptualization of Human Dignity: A Human Rights Perspective. *Social Action*, v. 65, n° 3, p. 221-235, 2015.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *2001 National Census*. 2001. Disponível em: <http://www.censusindia.gov.in/Census_Data_2001/India_at_glance/glance.aspx>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *2011 Census of India*. 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://censusindia.gov.in/>>. Acesso em: 25 de janeiro 2017.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The Constitution of India*. 24 de janeiro de 1950. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The Indian Penal Code*. 6 de outubro de 1860.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The Medical Termination Of Pregnancy Act*, 1971.

REPÚBLICA DA ÍNDIA. *The National Commission for Minorities Act*. 17 de maio de 1992. Disponível em: <http://odishapolice.gov.in/sites/default/files/PDF/the_national_commission_for_minorities_act_1992.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2017

SAUTMAN, Barry. A US/India Model for China's Ethnic Policies? Is the Cure worse than the disease? *University of Pennsylvania East Asia Law Review*, v. 9 p. 89-159, 2014.

SEN, Amartya. *India contemporânea: entre la modernidad e la tradición*. Trad. de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa Editorial, 2007.

SHANKAR, S. *Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India*. In: *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. VILHENA, O.; BAXI, U.; VIJOEN, F. (eds.) Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013.

SINGH, Anju. The Role of Law in Empowering Women in India. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Lucknow, Lucknow, 2013.

SINGH, R. Human Rights and the People of India. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 4, p. 114-120, 1998.

SINGH, C. Right to Life: Legal Activism or Legal Escapism? *Journal of the Indian Law Institute*, v. 28, n° 2, p. 249-257, 1986.

SINGHVI, A. India's Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives. *The George Washington International Law Review*, v. 41, n° 2, p. 327-360, 2009.

SINHA, Kounteya. Nearly 50% fall in brides married below 18. *The Times of India*. 10 fev. 2012. Disponível em: <<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Nearly-50-fall-in-brides-married-below-18/articleshow/11829410.cms>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

SOFIA, Pasquale; THRESSIONAMA, Paul Panikulangara. Origen y Desarrollo de la Constitución de la India. Un ejemplo de equilibrio entre tradición y laicismo. *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social e Política*. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocano, Universidad del Zulia, Vol. 16, N° I, 2009.

SURENDRANATH, Anup. Life and Personal Liberty. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016.

THE HINDI Urdu Flagship at the University of Texas at Austin. Disponível em: <<http://hindiurduflagship.org/about/two-languages-or-one/>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

VERMA, J. S. [et al]. *Report of the Committee on Amendments to Criminal Law*. 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://apneap.org/wp-content/uploads/2012/10/Justice-Verma-Committee-Report.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

VISHNU, P. R. *A Critical Study of Judicial Incorporation of International Human Rights into the Indian Legal System*. 412 f. Tese – Universidade de Karnataka. Karnataka, 2014.

WILKINSON, Steven Ian. India, Consociational Theory, and Ethnic Violence. *Asian Survey*, v. 40, n° 5, p. 767-791, 2000.

WILLIAMS, Rina Verma. *Postcolonial Politics and Personal Laws: Colonial Legal Legacies and the Indian State*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPÍTULO 4. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DA CHINA

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. “He visto el futuro y funciona”: el crecimiento bajo instituciones extractivas. *In: Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Deusto, p. 153-184, 2012.

ANISTIA INTERNACIONAL. *A Pena de Morte em 2014: Fatos e Números*. Disponível em: <<https://anistia.org.br>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2015.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Nova Iorque: Harc. & Co, 1973.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais nas Cortes Internacionais de Justiça: Em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade*. Tese [Doutorado em Direito UFMG], Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

BALZANO, John. Toward a Gay-Friendly China?: Legal Implications of Transition for Gays and Lesbians. *Law & Sexuality: A review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues*. v. 16, n° 1, 2007.

BARAI, Ludimila. Breves notas sobre o Sistema Sancionatório de Macau e da República Popular da China. *Revista Videre - 10 Dourados*, v. 04, n° 07, p. 09-23, jan./jun., 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEHAN, Charlotte L. In the Public Eye: Women in Early Twentieth-Century China. *In: Women in China: Current Directions in Historical Scholarship*.

GUISSO, Richard W.; JOHANNESSEN, Stanley (Eds.). Youngstown: Philo Press, 1981.

BENITEZ-SHAFFER, Florencia. La incorporación de Elementos Jurídicos europeos en China. In: *XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.11. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/portadamemoriaxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

BURNETT, Jamie. Women's Employment Rights in China: Creating Harmony for Women in the Workplace. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 17, nº 2, 2010.

CAICEDO, Aparicio Castillo; SANTIVÁNEZ, Martín Vivanco. Notas sobre el Régimen Jurídico y la Constitución de la República Popular China. In: *China, El Dragón Rampante*. Thomson Aranzadi, 2007.

CAMPOA RICO, Ivonne Virginia. China multiétnica: consideraciones sobre la etnicidad en China y la construcción histórica de los han como etnia mayoritaria. In: *XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.01. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indicedeautoresxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Revolução e Terror como Figuras-Chave para a Compreensão da Liberdade no Estado Racional Hegeliano. In: Joaquim Carlos Salgado; José Luiz Borges Horta. (Org.). *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-138, 2010.

COMENTÁRIO de Gonçál Mayos Solsona. Barcelona, 2014.

CONFUCIO. *Los Cuatros Libros*. Traducción: J. Farran y Mayoral. Editorial Augusta. Barcelona – España, 1972.

CORDEIRO, António Menezes. O Sistema Lusófono de Direito. *Revista da Ordem dos Advogados - Ano 70*. Lisboa: Ed. Ordem dos Advogados, Janeiro – Dezembro, 2010, s/p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o Estado*. Editora Quid Juris, Lisboa, 2009.

CHEN, Jianfu. A Great Leap Forward or a Symbolic Gesture? The Revision of the Constitution in the PRC, *China Perspectives*, nº 15, 2004.

CHEN, Jianfu. *Chinese Law: Context and Transformation*. Boston: Martin Nijhoff Publishers, 2008.

CHEN, Jianfu. The Transformations of Chinese Law. *Hong Kong Law Journal*, v. 37, n° 2, p.689-739, 2007.

DONG, Yunhu apud SUN, Pinghua. Chinese Discourse on Human Rights in Global Governance. *The Chinese Journal of Global Governance*, v. 1, p. 192-213, 2015.

FAN, Jizeng. Constitutional transplant in The People's Republic of China: The Influence of the Soviet Model and Challenges in the Globalization Era. *BRICS Law Journal*, v. 2, n° 1, p. 50-99, 2015.

FERNÁNDEZ LOMMEN, Yolanda. *China: La construcción de um Estado Moderno*. Ed. Catarata. Madrid, 2001.

FERNANDEZ PEREZ, Bernardo. El Nuevo Orden Constitucional de La Republica Popular China. *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, n° 1, p. 87-111, 1978.

GINÉ, Jaume Daví. *¿Hacia que modelo político? El capitalismo socialista de China*. Editores: Àngels Pelegrín y Helena Torroja. Fundación Privada CEI, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2014.

GRANET, Marcel. *La pensée chinoise*. Paris: Albin Michel, 1934.

HAN, Anne M. Holding-up more than half the sky: marketization and the status of women in China. *International Journal of Contemporary Legal Issues*, n° 11, p. 791-810, 2001.

HE, Baogang. Minority Rights with Chinese Characteristics. In: *Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005.

HERSHATTER, Gail. *Women in China's Long Twentieth Century*. California: University of California Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press , 2014.

HONIG, Bonnie. Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory. *The American Political Science Review*, v. 101, n° 1, p. 01 - 17, 2007.

INCHAURRAGA, Íñigo González. *Derecho Chino: Una Introducción para diplomáticos, Empresários y Políticos*. The Global Law Collecticon. Editorial Aranzadi, 2015, p.19.

JIANG, Shigong. Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China. *Modern China*, v. 36, n° 1, p. 12-46, 2010.

JIHONG, Mo. *El Derecho Constitucional en China*. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

JULLIEN, François. *Fundar a Moral: diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes*. Trad: Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso, 2001.

JULLIEN, François. *O Diálogo entre Culturas: do universal ao multiculturalismo*. Tradução André Telles; apresentação e revisão técnica Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de Interesse público e a personificação do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 26, p. 114-136. São Paulo: Malheiros, 1999.

KISSINGER, Henry. *Da China*. Tradução: Freitas e Silva; revisão: João Assis Gomes. Quetzal Editores. Lisboa – Portugal. 2. Ed., 2012.

KRIEG, E. *Mao Tsé-Tung: o imperador vermelho de Pequim*. Trad. de Pedro Reis. São Paulo: Otto Pierre, Editores LTDA, s/a.

LEIBOLD, James. *Ethnic Policy in China: Is Reform Inevitable?* Honolu: East-West Center, 2013.

LI, Junru. *Cultural transformations in China and progresses in Human Rights Cause*. In: China Society for Human Rights Studies (ed.). *Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. Pequim: China intercontinental Press, 2012.

LI, Victor H. La Evolucion y desarrollo del sistema legal chino. In: *China: Dirección de uma sociedade revoluconaria*. LINDBECK, John. M. H. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

LIU, Bohong [et al]. *Reconciling work and Family: Issues and policies in China*. A Working Report to International Labour Organization. Genebra: International Labour Organization Office, 2008.

LIU, Huawen. The Establishment of Human Rights Concepts Based on “Theory of Dignity”. In: *Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 360-361, 2012.

LU, Jiefeng. Employment Discrimination in China: The Current Situation and Principle Challenges. *Hamline Law Review*, nº 1, 2009.

LU, Jiefeng. Regulating employment discrimination in China: a discussion from the socio-legal perspective. *Michigan State International Law Review*, v. 23, nº 2, p. 437-457, 2015.

MAZZA, Mauro. *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*. Università Degli Studi di Bergamo. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

MERCADO, Asael Maldonado. China, un país que quiere ser gigante. *In: XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.15. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladadaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indiceautoresxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 16 de outubro de 2015.

MEZETTI, Fernando. *De Mao a Deng: As transformações da China*. Trad. de Sérgio Duarte. Brasília: Editora UNB, 2000.

Minority Rights with Chinese Characteristics. *In: Multiculturalism in Asia*. KYMLICKA, Will; HE, Baogang. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2005; SAUTMAN, Barry. Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. *Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999.

MUÑOZ, Francisco Conde. La parte general del Código Penal de la Republica Popular da China. *Revista penal*. n°15, p. 85-104, 2005.

OGLETREE, Charles; ALWIS, Rangita de Silva-de. When Gender Differences Become a Trap: The Impact of China's Labor Law on Women. *Yale Journal of Law & Feminism*, v. 14, n° 1, p. 77-78, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>> Acesso em: 20 jan. 2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: China (incluidos Hong Kong (China) e Macao (China)). Consejo de Derechos Humanos, 25° período de sesiones, 2013.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em:<<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015.

PARTIDO COMUNISTA CHINÊS. *The Common Program of the Chinese Peoples Political Consultative Conference*. 29 set. 1949. Disponível em: <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1949/1949e.pdf>> Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

PEERENBOOM, Randall. Let One Hundred Flowers Bloom, One Hundred Schools Contend: Debateing Rule of Law in China. *Michigan Journal of International Law*, v. 23, 2002.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. *China y los Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do Direito pelo Ocidente: Uma investigação face à experiência normativa da China*. [Tese de doutorado] Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG. Belo Horizonte, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel; ROCHA, Rafael Machado da. O ressurgimento do confucionismo político na China: um novo constitucionalismo chinês? In: *O constitucionalismo: limites e novas possibilidades*. v. 3. BUSTAMANTE; FERNANDES; *et al.* Belo Horizonte: Initia Via, p. 110-124, 2015.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA (1982). República Popular da China. *Revista de Administração*, n° 48, vol. XIII, p.687-721, 2000-2°.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA (1982). República Popular da China. *Revista de Administração*, n° 65, vol. XVII, p. 769-781, 2004-3°.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law on the Protection of Women's Rights and Interests of the People's Republic of China*. 3 abr. 1992. Disponível em:<<https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2013/11/08/Protection%20of%20Women's%20Rights.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Administrative Procedure Law of the People's Republic of China*. 4 de abril de 1989. Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207336.htm>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. Constitution of the People's Republic of China. 20 set. 1954. Disponível em: <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1954/1954bilingual.htm>> Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *China's Constitution of 1982 with Amendments through 2004*. 14 de março de 2004. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/China_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Labour Law of the People's Republic of China*. 5 jan. 1994. Disponível em <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/200712/12/content_1383754.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People's Republic of China on Regional National Autonomy*. 31 de maio de 1984. Disponível em:

<<http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People's Republic of China on Regional National Autonomy*. 31 de maio de 1984. Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207138.htm>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law on the Protection of Women's Rights and Interests of the People's Republic of China*. 3 de abril de 1992. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2013/11/08/Protection%20of%20Women's%20Rights.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

RIOS, Xulio. China y Russia: una alianza com reservas. In: *Politica exterior de China: La diplomacia de una potencia emergente*. RIOS, Xulio (ed.). Barcelona: Edicions Bellaterra, 2005.

SAUTMAN, Barry. "Scaling Back Minority Rights?". *Stanford Journal of International Law*, v. 46, n° 1, p. 51-120, 2010.

SAUTMAN, Barry. A US/India Model for China's Ethnic Policies: is the Cure worse than the Disease? *University of Pennsylvania East Asia Law Review*, v. 9, p. 89-159, 2014.

SAUTMAN, Barry. Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. *Law & Policy*, v. 21, n°3, 1999.

STANLEY, John. Is Totalitarianism a New Phenomenon? Reflections on Hannah Arendt's Origins of Totalitarianism. In: *Hannah Arendt: critical essays*. HINCHMAN, Lewis; HINCHMAN, Sandra. Albany: State University of New York Press, 1994.

SULI, Zhu. Political Parties in China's Judiciary. *Duke Journal of Comparative & Internacional Law*, v. 17, p. 533-560, 2007.

SUN, Pinghua. Chinese Discourse on Human Rights in Global Governance. *The Chinese Journal of Global Governance*, v. 1, p. 192-213, 2015.

TIM, Yuen Siu. *Ethnic Minority Policy of People's Republic of China: An overview*. [Research Report HKIEd8001-PPR-2]. The Hong Kong Institute of Education, Hong Kong, China.

TORRES MELLO, Veruska V. V.. Nuevos actores de un viejo modelo de hegemonías: caso chino. In: *XII Congreso Internacional de ALADAA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Ciudad de México, 2007, p.12-3. Disponível em: <<http://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/indiceautoresxiicongresointernacional.htm>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

TSETUNG, Mao. *Obras Escolhidas de Mao Tsetung*. Tomo IV. Edições do Povo, Pequim, 1975.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A Experiência Normativa da China: passado e presente. *In: Direito Chinês Contemporâneo*. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Marcelo Maciel Ramos (Org.). São Paulo: Almedina, 2015.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2012.

WANG, Linzhu. The Identification of Minorities in China. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. v. 16, p. 1-21, 2015.

WANG, Zhoujun. Democracy, rule of law and human rights protection under gradually developed constitutionalism – by clue of administrative law. *Frontiers of Law in China*, v. 2, n° 3, p. 345-346, s/a.

WEI, Dan. O Pluralismo Jurídico na China. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 84, p. 303-340, 2010.

WEI, Dan. Soberania Nacional e Autonomia Territorial: reflexão sobre o Constitucionalismo Chinês e Leis Básicas de Honk Kong e Macau. *Direito e Cidadania*, Cabo Verde, v. 10, n° 29, p. 239-252, 2009.

WEI, Dan. Um olhar sobre relações laborais em mudança na China. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXXV, p. 261-277, 2009.

WEI, Zhou. *Constitutional Basic Rights and the Judicial Remedy*. Pequim: The People's Public Security University of China Press, 2003.

WU, Xiaogang; SONG, Xi. Ethnicity, Migration, and Social Stratification in China: Evidence from Xinjiang Uyghur Autonomous Region. [Research Report 13-810] Universidade de Michigan Institute for Social Research, Ann Arbor, Estados Unidos da América.

WU, Xiaohui. Human Rights: China's Historical Perspectives in Context. *Journal of the History of International Law*. v. 4, p. 335-373, 2002.

YANG, Chengming; GUO, Yugheng. The value and realization of human dignity. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 383-384, 2012.

YE, Xiaowen. Three questions on human rights in China. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (Ed.). Pequim: China intercontinental Press, p. 421-422, 2012.

ZHAN, Zhongle. Human Dignity and Human Rights Protection. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (ed.). Pequim: China intercontinental Press, p.394-396, 2012a.

ZHANG, Qianfan. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n° 4, p. 950-976, 2010.

ZHANG, Qianfan. *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: Confucianism, Mohism, and Daoism*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016.

ZHANG, Xiaoling. Experience of China in respecting and guaranteeing human rights. *In: Cultural Traditions, Values, and Human Rights*. China Society for Human Rights Studies (Ed.). Pequim: China intercontinental Press, 2012.

ZUO, Jiping. From Revolutionary Comrades to Gendered Partners: Marital Construction of Breadwinning in Post-Mao Urban China. *Journal of Family Issues*, v. 24, n° 3, p. 314-337, 2003.

ZUO, Jiping. *Work and Family in Urban China: Women's Changing Experience since Mao*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPÍTULO 5. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA DO BRASIL

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ADEODATO, João Maurício. Tolerância e conceito de dignidade na pessoa humana no positivismo ético. *Revista Mestrado em Direito*, v. 8, n. 2, p. 213-228, 2008.

AGAMBEM, Giorgio. “Notas de aula do Curso Arqueologia dela Política”. Càtedra Ferrater Mora del Pensament Contenporani, Girona, 2014.

AGUIAR, Renan. *História do Direito*. Coordenador José Fabio Rodrigues Maciel. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. *Quaestio Iuris*, v. 06, n° 02, p. 11-32, 2013.

AMORIN NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. O Segredo Ineficiente Revisto: O que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 46, n. 4, p. 661-698, 2003.

ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. *Dados*, v. 44, n° 1, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O Trabalho Decente como um Direito Humano*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BARBOSA, Leonardo. *História Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Editora Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Os Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de direito do Estado*, n. 10, 2008.

BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BAXI, Upendra. The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]justice. In: *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach*. VERMA, S. K.; KUMAR, Kusum. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2003.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Identidade, autonomia e direitos humanos: desafios à diversidade étnica no Brasil. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 2, n° 1, p. 56-70, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, p. 737-754, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e dignidade da pessoa humana*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, p. 457-467, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 172 f. [Tese de Livre Docência]. Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: A persistência da estrutura administrativa de 1967. *In: O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.) Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2010.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n° 132, p. 537-572, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. Ética, Cidadania e Constituição: O Direito à Dignidade e à Condição Humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 8, p. 125-155, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. v. 51, n. 201, jan./mar., p. 71-95, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo, 22ª edição, 2008.

BONAVIDES; Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil: Império [segundo reinado- 1840-1889]*. 3ª ed., volume II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: entre a Tutela de Direitos e a Tutela do Ordenamento. *In: Jurisdição Constitucional e Democracia*. [Recurso eletrônico] Adriana Fasolo Pilati Scheleder... [et al]. Itajaí: Ed. da Univali, p. 138-164, 2016.

BORGES, Wilson Hilário. *Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Ícone, 1993.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. *In: História do Direito Brasileiro*. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3º ed. – São Paulo: Atlas, p. 322-335, 2012.

BRASIL (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2016.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 de janeiro de 2017.

BRASIL (CLT). *Consolidação das Leis do Trabalho*, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Ato Institucional número 5 (AI5). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2016.

BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*: Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*: Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003*: Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007*: *Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006*: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967*: Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017).

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985*: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.504* de 30 de setembro de 1997: Estabelece normas para as Eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999*: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003*: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O Direito e a Incerteza de suas Fontes: Um Problema em aberto para a Dogmática Jurídica Contemporânea. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299 - 325, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHAVES MENDES, L. G. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, v. 2, nº 1, p. 149-168, s./d.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruíz. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 3, nº3, p. 42-69, 2006.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Uma História do Pensamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Atualizar, 2009b.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. *Veredas do Direito*, v. 8, n. 15, p. 9-24, 2001.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discursos e Ideologias: a plurivocidade semântica dos direitos humanos, a necessidade de crítica democrática permanente e o permanente risco de reviravolta autoritária. In: *Direitos Fundamentais e Democracia: sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Edinilson Donizete Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). 1ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 173-192, v. I, 2013.

COMITÊ SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Violence against Women in Brazil: A report to the Committee on Economic, Social, and*

Cultural Rights. 23 mai. 2003. Disponível em: <http://www.omct.org/files/2004/07/2409/eng_2003_02_brazil.pdf> Acesso em: 31 jan. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução 175 de 13 de maio de 2013*: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia: do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*. In: *Studia Iuridica*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

DAL RI JÚNIOR, Arno (1974). *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”. *Argumenta Journal Law*, nº 5, p. 180-194, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

FARIA, José Eduardo. Os Direitos Humanos e o dilema latino-americano às vésperas do século XXI. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 38, p. 61-78, 1994.

FAUSTO, Boris. *A História do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* O concurso público brasileiro e a ideologia concursista. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, p. 671-702, 2015.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Curso de Introdução ao Direito*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p.135.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. A Justiça que se cumpre sem o Estado: estudo de caso comparativo das resistências e da permanência das comunidades quilombolas em seus territórios. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 6, nº1 p. 69-87, 2015.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, nº 199, p. 303-320, 2013.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Almedina Editores, 2007; 2ª ed. alterada, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Democrático 2010: Características gerais dos indígenas – resultados do universo*. Rio de Janeiro: Censo demográfico, 2010.

JOBIM, Nelson. A Esquerda, que era contra a Constituição de 1988, agora é a sua maior defensora. São Paulo: *O Estado de São Paulo*. Entrevista concedida ao Jornal O Estado de São Paulo, publicada no dia 19 de setembro, 2016.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cadernos Pagu*, v. 26, p. 405-430, 2006.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direitos humanos no Brasil: Compreensão teórica de sua história recente. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 95, p. 05-22, 1987.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, v. 8, n. 3, p. 97-117, 2014.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *In: Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARQUES, Carlos Eduardo; GOMES, Lillian Cristina Bernardo. A Constituição de 1988 e a ressignificação dos quilombos contemporâneos: limites e potencialidades. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, nº 81, p. 137-255, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira*. Barueri, SP: Manole, volume 1, 2005.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicides: female homicide in Brazil. *Revista Saúde Pública*, v. 45, nº 3, 2011.

MENEZES FILHO, Naercio; SCORZAFAVE, Luiz. *Employment and inequality outcomes in Brazil*. 2007. Disponível em: <<https://www.oecd.org/employment/emp/42546065.pdf>> Acesso em: 31 janeiro de 2017.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O Paradoxo dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 52, p. 31-48, 2011.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do Direito: Contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXIII, 1982, p.180.

OLIVEIRA NEVES, Lino João de. The Struggles for Land Demarcation by the Indigenous Peoples of Brazil. *In: Another Knowledge is Possible. Beyond Northern Epistemologies*. SANTOS, Boaventura de Sousa. Londres: Verso, 2007.

ONSRUD, H.; PAIXÃO, S.; NICHOLS, S. Women and Land Reform in Brazil. [Relatório técnico n. 239] Department of Geodesy and Geomatics Engineering – University of New Brunswick, Canadá, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Gender Inequality Index*. 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GII>>. Acesso em: 20 janeiro de 2016.

PINHEIRO, Ivan Antônio [et al]. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública*. v. 45, n. 6, p. 1733-1759.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. Ed. (ajustada ao novo código civil). São Paulo: Saraiva, - 4ª tiragem, 2004.

RIBEIRO NETO, João Costa. Dignidade Humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013. 158 f. *Dissertação* (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. 2013.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Editora Papirus, 1991.

WALT, Johan van der. Law as sacrifice. *In: Journal for South African Law*, v. 4, p. 710-728, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V.2, n° 2, p 49-67, 2001.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: Uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SABADELL, Ana Luica; DIMOULIS, Dimitri. Domestic Violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *Research Paper Series – Legal Studies*, 2014.

SALDANHA, Nelson. Fontes do Direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.38, s/a.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 89, p. 153-170, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais e a proibição de retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, p. 237-249, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 361-386, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na “aplicabilidade mediata” das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. v. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre dignidade e cosmopolitismo. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, p. 801-914, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos: uma discussão necessária*. MOLINARO, Carlos Alberto [et al]. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SARNEY, José. Nota do editor. In: *Portugal. Código Philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: Recompiladas por mando d’el-Rey D. Philippe I.* – Ed. fac-similar da 14ªed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra,

de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, V. 38-A (Edições Senado Federal), 2004.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. *O direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível formal”*. Manaus: Edições UEA, 2013.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. “Novas Sensibilidades” Velhas decisões: notas sobre as recentes transformações jurídicas. *Sequência*, nº 62, p. 79-96, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. Revisada e atualizada. Editora Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura reinol na colônia ou Hércules versus a Hidra de Lerna. In: *História do Direito Brasileiro*. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3º ed. – São Paulo: Atlas, p. 127-144, 2012.

SOUZA ALVES, Rodrigo Vitorino. Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, nº 110, p. 725-749, 2015.

STRECK, Lenio. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. *Sequência*, nº 69, p. 83-108, 2014.

STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, nº 2, p. 257-301, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *ADPF 33: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pará-PA, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 26 de julho de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

VARGAS, GETÚLIO. *Carta Testamento*. Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1954. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/getulio-vargas/carta-testamento-de-getulio-vargas>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

VEIGA, Sandra Mayrink. Relatório Final da Pesquisa ‘O Censo Quilombola’ e relatórios específicos dos Quilombos de Brejo dos Crioulos, Kalunga e Santarém. *Combate Racismo Ambiental*. Entrevista concedida a Tania Pacheco. Publicado em 18 de dezembro, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-466, 2008, p. 446-447.

WEINGARTNER NETO, Jayme. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DEMAIS REFERÊNCIAS:

AGOSTINI, Eric. Direito comparado. Trad. Fernando Couto. Porto: Resjuridica, s/d.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeo, dez., 2010.

BECCHI, Paolo. *Kant diverso. Pena, natura, dignità*. Brescia: Morcelliana, 2010.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do jushumanismo ao jushumanismo crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, n° 2, p. 01-18, 2015.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos direitos humano-fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: *Filosofia do Direito*.

FARIAS; SOBREIRA FILHO; OLIVEIRA JR. (coords.) *Filosofia do Direito*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 34, n° 1, jan./jun., p. 99-115, 2010.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismo: a plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. *Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação*, Brasília, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. -. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (USP), 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

DEBORD, Gui. *A Sociedade do Espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 1997.

GOMÈZ I VENTURA, Ricard. La articulación contextual-coyuntural em Stuart Hall. In: MAYOS; GARCÍA; COELHO. (eds.) *Cultura, Historia y Estado: pensadores em clave macrofilosófica*. Barcelona: La Busca, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, SP, ano 58, n. 233, jul./dez. 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações; e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas* Aragão, Alexandre; Marques Neto, Floriano (org.). Belo Horizonte: Forum, 2008.

LEGRAND, Pierre. Negative Comparative Law. *Journal of Comparative Law*, v. 10, n. 2, p. 405-454, s./a.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. Prólogo. In: *Cultura, Historia y Estado: pensadores em clave macrofilosófica*. MAYOS; GARCÍA; COELHO. (eds.) Barcelona: La Busca, 2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. II, 1ª ed. – Coimbra Editora, setembro de 2014.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. -. São Paulo: Quartier Latim, 2009.

PAHUJA, Sundhya. Beheading the Hydra: Legal Positivism and Development. *Law, Social Justice & Global Development Journal*, n. 1, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*, Belo Horizonte, MG, n. 4, ano 1, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51781>>. Acesso em: 8 de março de 2016.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia jurídica na modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, p. 37-68, 1998.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana. Por que a essência não chegou ao conceito?* Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; Thiago Fensterseifer. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. MOLINARO; MEDEIROS; SARLET; FENSTERSEIFER. (orgs.) Belo Horizonte: Forum, 2008.

SEN. Amartya. *A Ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SKOCPOL, Theda. *Los Estados y las Revoluciones Sociales: Un análisis comparativo de Francia, Rusia y China*. Trad. De Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: The third moment in Law and Development theory and the emergence of a new critical practice. Law and Development: Forty Years after 'scholars in self-estrangement' – A Preliminary Review. In: *New Law and Economic Development*. TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UNIVERSITY OF CHICAGO. *Chicago Manual of Style*. Disponível em: <http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2012.