



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em direito

Struggle for rights, rebellions and democracy in XXI century: some tasks for research in Law

José Rodrigo Rodriguez

Resumo: A partir da ideia geral de que na atualidade há uma "crise da democracia brasileira", na qual as instituições formais não conseguem captar os anseios da população, o que faz com que a todo o momento surjam novas reivindicações de direitos, o presente artigo visa investigar quais seriam as tarefas mais urgentes da pesquisa em Direito, utilizando-se nesta análise dois ferramentais teóricos principais criados pelo autor, denominados "Mapa Jurídico-Conceptual das Lutas Sociais Contemporâneas", que faz um panorama das lutas sociais da atualidade com suas pautas e "Figuras da Perversão do Direito", baseada na obra de Franz Neumann, sendo que este último se subdivide em "fuga do direito", "falsa legalidade" e "zonas de autarquia", desenvolvidos a partir da obra do referido autor e utilizados para a análise da crise democrática brasileira. Conclui-se com os desafios e sugestões para a pesquisa em Direito.

Palavras-chave: crise na democracia brasileira; figuras da perversão do direito; pesquisa em direito.

Abstract: Based on the idea that nowadays there is a "crisis in Brazilian democracy", whereas formal institutions aren't able to respond to population wishes, what leads to a new rights vindication, the article points on to investigate what would be the most urgent tasks in Law Research, using in this analysis two mainly theoretical structures created by the author, called "Judicial-Conceptual Map of Social Contemporary Struggles", an panorama of current social struggles with their goals and "Law's Perversion Figures", based on Franz Neumann's work. This last one concept is subdivided in "law evasion", "false legality" and "autarchy zones", created from Franz Neumann's work and used to analyzes the Brazilian democracy crisis. In their conclusion, this article points the challenges and suggestions for research in Law.

Keywords: Brazilian democracy crisis; Law's Perversion Figures; law research in Law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n3p609-635>

LUTA POR DIREITOS, REBELIÕES E DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI: ALGUMAS TAREFAS PARA A PESQUISA EM DIREITO

José Rodrigo RODRIGUEZ*

Sumário: 1. Introdução; 2. Tarefas da pesquisa em Direito; 3. Mapa jurídico-conceitual das lutas contemporâneas; 4. Figuras da perversão do direito; 5. Fuga do direito; 6. Falsa legalidade; 7. Zonas de autarquia; 8. A perversão social do direito; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Diversas análises das rebeliões que irromperam ao redor do globo nos últimos anos, inclusive os protestos de Julho de 2013 no Brasil, sugerem eu está surgindo novos padrões para as lutas sociais neste começo de século XXI. Padrões que não se enquadram na gramática tradicional da reivindicação de direitos que marcou as lutas sociais durante a maior parte do século XX (ver MARSHALL, 1967; DOUZINAS, 2009). Tal fenômeno tem sido apontado por vários analistas como um indício de que as instituições formais, como as conhecemos, não têm sido capazes de ouvir a voz dos cidadãos e cidadãs (NOBRE, 2013; CELIKATES, KREIDE, WESCHE, 2015; GOHN, 2014; ARANTES, 2014).

Parece haver um abismo de magnitude desconhecida entre as instituições formais e a sociedade, nacional e mundial. Os organismos formais do estado e dos órgãos internacionais têm mostrado sinais de serem claramente insuficientes para canalizar os desejos e necessidades dos cidadãos e cidadãs, que permanecem alienados dos centros reais de poder¹. E, por isso mesmo, têm sentido a necessidade de encontrar outros meios para expressar sua voz, os quais não se confundem com canais do sistema político e com das modalidades da gramática da reivindicação de direitos², espaços que parecem estar fechados ou não dar conta de seus desejos e necessidades³.

No caso brasileiro, este abismo tem se aprofundado com a contribuição da pesquisa acadêmica. Como mostram Gurza Lavalle, Castello e Bichir (2004), a pesquisa empírica sobre movimentos sociais no Brasil arrefeceu a partir da década de 90 e assumiu um tom de balanço e fim de festa pós-democratização, concentrando-se principalmente na atuação junto ao estado de organismos da sociedade civil como partidos, sindicatos e ONGs. E a perda de interesse no tema parece ter provocado um efeito de ocultação da teoria sobre práticas de ação coletiva efetivamente presentes na sociedade civil: no mesmo artigo, os autores comprovam sua afirmação ao discutir resultados de pesquisas empíricas sobre o tema que destoam do padrão geral.

* *Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1995), Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (2001) e Doutorado em Filosofia (linha Teoria do Direito e do Estado) pela Universidade Estadual de Campinas (2006). Atualmente, é Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da UNISINOS e Pesquisador Permanente do CEBRAP ligado ao Núcleo Direito e Democracia. Foi Professor e Coordenador de Publicação da FGV-Direito SP. Tem experiência na área de Direito e Filosofia, com ênfase em Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Dogmática Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Teoria Crítica do Direito (Franz Neumann e Otto Kirchheimer), Teoria Geral do Direito Privado e Direito do Trabalho.*

¹ Uso "alienação" aqui no sentido do texto de Franz Neumann, "O conceito de liberdade política", NEUMANN, 2013, publicação original de 1953.

² Sobre o que eu chamo de "duas gramáticas do estado de direito", ver adiante.

³ Sobre a situação Brasileira, ver NOBRE, 2014; para um panorama geral da questão, ver CELIKATES, KREIDE, WESCHE, 2015, para uma análise dos meios de luta utilizados pelos movimentos sociais ao longo de história, ver TYLLY, 2008 e THOMPSON, 1966.

É provável que esta falta de interesse no estudo acadêmico sobre os movimentos sociais e sobre a sociedade civil em geral possa ser explicada em parte pela instalação de um padrão de normalidade democrática no Brasil a partir da Constituição de 1988, cujos protagonistas têm sido, principalmente, as entidades da sociedade civil organizada, as principais protagonistas na luta social contemporânea.

Acrescente-se a esta circunstância histórica a criação, pela Constituição e por outras normas jurídicas, de uma série de fóruns participativos em diversos organismos estatais Municipais, Estaduais e Federais. Tais fóruns abriram espaço para a participação da sociedade civil nas instituições formais e, como demonstraram Gurza Lavalle e Isunza Vera (2011), transformaram a pesquisa empírica sobre temas políticos no estudo de mecanismos de accountability e procedimentos formais de participação, fazendo arrefecer os temas clássicos da teoria democrática participativa e, observação minha, fechando espaço para a análise e discussão da atuação da sociedade civil para além de sua relação com o estado.

Outro fator que pode ter contribuído para ampliar o referido efeito de ocultação tem sido o aparente predomínio da pauta da reivindicação de direitos, em especial a reivindicação de criminalização de uma série de comportamentos, que marca a atuação efetiva do movimento feminista, antirracista e LGBT (GREGORI & DEBERT, 2008; RODRIGUEZ, PÜSCHELL, MACHADO, 2012; SIMÕES & FACCHINI, 2009).

Nos últimos tempos, tais movimentos parecem ter empregado a maior parte de sua força política para reivindicar a criação de leis criminalizantes e uma série de outras políticas públicas de seu interesse⁴, por exemplo, a Lei Maria da Penha⁵, o ensino da cultura africana das escolas e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, deixando em segundo plano práticas reivindicatórias e ações militantes que não coloquem o estado e a conquista de direitos como sua gramática, ponto de chegada e ponto focal⁶. Tal situação parece estar criando uma ilusão de totalidade para todos aqueles que observam a política tanto do ponto de vista do sistema político quanto do ponto de vista dos movimentos.

Em razão desta cegueira coletiva, a sociedade civil deixa de ser vista como uma questão, como um problema a ser investigado, como um espaço no qual irrompem sem cessar novos desejos e necessidades com alto potencial subversivo dotado da capacidade de promover a reconstrução permanente das instituições pela destruição e transformação do elenco dos direitos positivados e, portanto, desestabilizar as posições de poder estabelecidas⁷. Ao invés disso, parte da pesquisa e dos agentes sociais vê a sociedade civil como um conjunto de demandas expressas e formuladas na gramática das instituições postas⁸, capitaneadas por agentes sociais identificáveis, com os quais é preciso negociar para que o sistema político funcione a contento. A sociedade civil passa a ser vista, assim, como um espaço

⁴ É claro que esta impressão pode ser resultado da espécie de pesquisas que veem sendo feitas, como assinalei logo acima.

⁵ A Lei Maria da Penha não é essencialmente criminalizante, prevê também uma série de políticas para o atendimento integral da mulher vítima de violência. No entanto, seu aspecto criminalizante ganhou o primeiro plano no debate público e tem recebido muita atenção por parte das ações dos movimentos sociais.

⁶ Sobre os problemas deste tipo de estratégia para os movimentos sociais e para a dinâmica da sociedade civil como um todo, ver a coletânea fundamental *Left Legalism/Left Critique* (BROWN & HALLEY, 2002) que faz um amplo balanço do significado dos direitos para a luta social. No Brasil essa reflexão ainda é incipiente.

⁷ Sobre este ponto, ver RODRIGUEZ, 2013b. Para uma resenha crítica exaustiva de literatura sobre a sociedade civil até os anos 90 do séc. XX, ver COHEN & ARATO, 1994. Para uma reflexão compatível com a minha no que diz respeito à análise dos mecanismos de contenção da força instituinte da sociedade, ver NEGRI, 2002.

⁸ Sobre o conservadorismo deste modo de pensar a atuação do Poder Judiciário, que naturaliza uma certa concepção da separação dos poderes, ver o texto de Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez em RODRIGUEZ, 2013a.

completamente transparente, sem nenhuma zona de sombra, cujos participantes são todos e todas dotadas de voz⁹.

Outro fator que parece ter contribuído sobremaneira para ampliar esta ilusão de totalidade a postura negativa de uma parte da inteligência brasileira situada no campo do pensamento crítico¹⁰, principalmente a partir do primeiro governo Lula. Refiro-me especialmente os estudos que apontaram para um suposto "fim da hegemonia" e uma suposta "capitulação da esquerda" (RIZEK, OLIVEIRA, BRAGA, 2010; ARANTES, 2007). Tais estudos sugeriam ter ocorrido o fechamento completo de qualquer perspectiva para a mudança social emancipatória no Brasil da era Lula-Dilma e no mundo, sempre em função do poder inescapável do sistema capitalista. Esta postura, quem tem sido desmentida pela realidade das rebeliões contemporâneas, tirou do foco destes autores a pesquisa e a interação direta com os agentes sociais, deixando fora de seu radar a formação de novas gramáticas para a luta social, já existentes ou ainda em germe na sociedade civil.

As rebeliões recentes têm servido para praticamente obrigar os cegos a enxergar. E o que está sendo finalmente visto parece não estar ainda lá muito claro. Prova disso é a variedade de termos utilizados para caracterizar os eventos de Julho de 2013 do Brasil: manifestações, movimentos, revoltas, rebeliões, jornadas entre outros. Também as diversas maneiras avaliar seu significado para as instituições formais: "crise da democracia", "crise dos partidos políticos", "crise do sistema político", "crise de representatividade" ou, de maneira mais positiva, "surgimento de uma nova cultura política".

Não há espaço aqui para organizar esta literatura, que não para de crescer¹¹. A variedade de caracterizações e diagnósticos das rebeliões de Junho sugere que o sentido daqueles acontecimentos está em disputa. Por isso mesmo, qualquer organização desta literatura deverá identificar os pressupostos de

⁹ Sobre este ponto, ver adiante a conclusão deste texto.

¹⁰ Reservo a expressão "teoria crítica" para nomear o pensamento dos autores e autoras que circularam e circulam em torno do Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, os quais costumam reivindicar expressamente o texto "Teoria Tradicional e Teoria Crítica" de Max Horkheimer como referência para a construção de sua própria posição. Esta reivindicação normalmente implica em um projeto de atualização da obra de Karl Marx com o objetivo de identificar o que ainda está vivo e o que caducou em seu trabalho. O objetivo final destes autores é construir novos conceitos críticos capazes de identificar tendências emancipatórias inscritas na realidade de cada momento histórico, acessível por meio da reconstrução de teorias de natureza diversa e por meio da pesquisa empírica das práticas sociais (para o sentido de "reconstrução", ver NOBRE & REPA, 2013). A Teoria Crítica não possui uma doutrina comum que a caracterize como uma escola. Ao contrário, os autores deste campo trabalham a partir de balizas abstratas as quais abrem um espaço amplo para a construção dos mais variados "modelos críticos" (NOBRE, 2004). Estes modelos críticos são muitas vezes discordantes, podem surgir a partir de estudos de direito, política, economia, psicanálise, arte, literatura entre outros campos do saber e podem variar ao longo da obra de um mesmo autor, sempre em função da necessidade de pôr a teoria em dia com novos diagnósticos do tempo. É esta variedade e liberdade constitutiva da teoria crítica a responsável pela imensa riqueza deste campo do pensamento, capaz de produzir figuras como Leo Lowenthal, Friedrich Pollock, Max Horkheimer, Erich Fromm, Walter Benjamin, Theodor Adorno, Sigfried Krakauer, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, Jürgen Habermas, Axel Honneth, Klaus Günther e Rainer Forst. Uso a expressão "pensamento crítico" para caracterizar, com fundamento no texto de Michel Foucault, "O que é a ilustração?" (FOUCAULT, 2006) todos aqueles e aquelas que se deixaram influenciar pela revolução copernicana de Immanuel Kant, ou seja, estudiosos e estudiosas que não consideram a "realidade" como alguma coisa separada e independente de determinadas categorias do pensamento, as quais são as responsáveis por traçar as fronteiras do que se pode pensar; tenham tais categorias natureza transcendental ou histórica. Está incluída no campo do "pensamento crítico" toda a Teoria Crítica; por auto-declaração no mesmo artigo, Michel Foucault e, entre outros e outras, Nietzsche, Heidegger, Derrida e Judith Butler.

¹¹ Além dos trabalhos já citados, ver também CASTELLS, 2013; JEDENSNAIDER, LIMA, POMAR, ORTELLADO, 2013; VÁRIOS, 2012; VÁRIOS, 2013.

que partem cada analista para traçar um mapa mais preciso do sentido das diversas interpretações sobre Junho¹².

Mas o objetivo deste texto é outro. Trata-se de discutir aqui, a partir da ideia geral de que estaria havendo neste momento uma "crise da democracia brasileira", quais seriam as tarefas mais urgentes da pesquisa em Direito e, mais especificamente, qual a minha pauta pessoal neste contexto mais geral. Adianto que não considero que nossa democracia esteja em crise, mas sim assistindo ao surgimento de uma nova cultura política (NOBRE, 2013, 2014) que não se encaixa completamente nas instituições formais, em especial no sistema político como está estruturado nos dias atuais, no Brasil, mas não apenas aqui.

Nesse sentido, pode-se dizer que toda democracia está e precisa estar permanentemente em "crise", pois sempre haverá desejos e interesses que não emergiram ainda esfera pública, que não logram transformar seu sofrimento em demandas que possam ser direcionadas para as instituições formais e se transformar em direito positivo. Além disso, o reconhecimento dos desejos e necessidades de um indivíduo tende a desestabilizar a posição dos demais e fazer nascer conflitos que tornam o direito positivo essencialmente instável¹³. É provável que estejamos vivendo um momento em que o descompasso entre instituições formais e sociedade se apresente de forma mais aguda, mas algum descompasso sempre vai haver. Portanto, as tarefas que irei descrever aqui são perenes, não se limitam a este momento histórico.

Vou me concentrar em dois temas que reputo centrais para a minha pauta de pesquisa e para a reflexão do direito em nível mundial, aos quais denominei "Mapa Jurídico-Conceitual das Lutas Sociais Contemporâneas" e "Figuras da Perversão do Direito". Como veremos a seguir, a reflexão sobre estes dois temas liga-se ao motivo mais geral deste texto que é a necessidade do estado de direito de dar voz à sociedade para que a democracia não entre em declínio e veja sua legitimidade ser corroída por dentro.

As pesquisas realizadas no âmbito do Mapa visam justamente descobrir como e porque parte da sociedade utiliza a gramática dos direitos para formular suas demandas e parte dela fica excluída desta linguagem. Já as pesquisas sobre a perversão do direito têm como objetivo identificar estratégias autoritárias que procuram suprimir o poder da sociedade de controlar a produção de normas jurídicas que ajudam a traçar os limites de sua existência.

Esta reflexão inicial, ainda que de caráter tentativo, parece ser necessária diante de uma série de reações agressivas manifestadas diante das rebeliões de Junho, dos protestos contra a Copa das Federações e da

¹² Recentemente chegou às livrarias um volume sobre Junho de 2013 em que autores declaradamente de direita, como Denis Rosenfield e jornalistas pouco entusiastas do que ocorreu, como José Nêumane Pinto, apresentam suas análises e opiniões sobre o que ocorreu, v. FIGUEIREDO, 2014.

¹³ Um exemplo: a positivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo tem provocado protestos por parte dos grupos religiosos e críticas no que diz respeito ao seu caráter conservador por alguns intelectuais. Alguns grupos religiosos, a despeito de gozarem de liberdade de culto e de expressão protegida pelo estado, sentem que seus valores estão ameaçados por este novo direito que protege os interesses de determinado grupo social. De sua parte, indivíduos e grupos criticam este reconhecimento, de outro ponto de vista, por reafirmar os valores familiares e a autoridade do Estado sobre as relações sexuais e afetivas. Da mesma forma, o reconhecimento pretérito de direitos sociais para os cidadãos e cidadãs é até hoje combatido sob a alegação de que tais direitos diminuem a produtividade do trabalho, prejudicam as empresas em sua necessidade de renegociar salários em épocas de crise e tratam as pessoas de forma paternalista tornando-as dependente do Estado. Nas democracias, se o estado de direito funcionar bem, todos os direitos estarão permanentemente em tensão e em risco. Toda naturalização de direitos, veremos adiante, é sinal de patologia; é sinal de que grupos sociais ou indivíduos estão tentando injustamente imunizar sua posição em relação à luta por direitos.

Copa do Mundo e durante o mais recente processo eleitoral brasileiro. O atual ciclo de rebeliões deixa claro, de um lado, que há desejos e interesses não atendidos e não formulados na sociedade civil e, de outro lado, que há cada vez mais partidários de posições claramente antidemocráticas e repressivas, que se colocam contra a "bagunça" das rebeliões a favor da "ordem", clamando por um retorno aos padrões de funcionamento da política como ela é, com alguns aperfeiçoamentos (REYS, 2014; BAKER & DAMÁZIO, 2014; FABIANO MENDES, 2014).

Posições como estas têm se manifestado na esfera pública de forma cada vez mais explícita, o que nos leva a pensar sobre a possibilidade de que esteja se formando no Brasil um discurso antidemocrático relativamente organizado, partidário da ordem contra o pluralismo e a "bagunça" da sociedade civil, capaz de atrair adeptos para se organizar politicamente e disputar o aparelho de Estado. A falta de estudos organizados sobre as forças conservadoras de direita e sobre as classes altas brasileiras contribuem para dificultar uma análise como esta, a despeito de, no mundo todo, diante do aprofundamento dos efeitos da crise econômica de 2008 e do avanço de organizações fundamentalistas antidemocráticas em diversos países, estarmos assistindo à ascensão eleitoral e ao poder de representantes destas forças.

A despeito deste fato, reflexões como estas são importantes em todo e qualquer momento histórico. Afinal, é justamente a ideia de que a democracia poderia estar em crise ou que ela não seria capaz de lidar com os problemas contemporâneos que pode alimentar correntes autoritárias e fazer nascer agentes políticos capazes de disputar com chances de vitória o poder do estado. Exemplos históricos da ascensão de elementos marginais no sistema político para o centro da cena em cenários de perda de crença nas instituições formais não faltam, a começar pelo regime nazista para chegar nas atuais forças de extrema-direita em plena ascensão na Europa e nos Estados Unidos.

2. Tarefas da pesquisa em Direito - Mapa jurídico-conceitual das lutas contemporâneas

A primeira tarefa a ser levada adiante pela pesquisa em ciências humanas em geral, e pela pesquisa em direito em particular, é investigar como a sociedade civil mobiliza a gramática dos direitos para levar suas demandas aos organismos do estado. Trata-se de investigar quais são os movimentos sociais que apostam na reivindicação de direitos e que espécie de direito está sendo reivindicado. Ou seja, como os agentes sociais formulam suas demandas e que setores do ordenamento jurídico eles procuram ativar para satisfazer seus desejos e interesses. Também, se for o caso, para quais poderes do Estado as demandas por direitos são levadas sob a forma de demandas por novas leis, decisões judiciais ou normas regulamentadoras¹⁴.

Há demandas por direitos que se iniciam com campanhas na sociedade civil, por exemplo, a atual demanda do movimento LGBT pela criminalização de atos contra a identidade de gênero (SIMÕES & FACCHINI, 2009). O movimento feminista e o movimento negro também têm mobilizado boa parte de seus recursos políticos para reivindicar a criação de crimes que punam a violência contra a mulher e contra a discriminação racial, com resultados positivos (GREGORI & DEBERT, 2008; RODRIGUEZ, PÜSCHEL, MACHADO, 2012).

Temos assistido, portanto, à mobilização de um aspecto da gramática dos direitos e do estado pelos agentes sociais com o objetivo de satisfazer seus desejos e necessidades. O direito não tem tratado a

¹⁴ A coletânea "Law and Social Movements" organizada por Michael MacCann traz uma série de textos sobre estes problemas (MACCAN, 2008).

sociedade como mero elemento passivo da regulação: os agentes sociais têm utilizado ativamente a gramática dos direitos para traduzir suas demandas em reivindicações por direitos que se consolidam em políticas públicas as mais variadas, reivindicadas junto aos três poderes do estado (AGRIKOLIANSKY, 2010; CARDOSO & FANTI, 2013).

Desde 1988, diga-se, estamos assistindo a um duplo processo de socialização do estado e judicialização da sociedade que tem como efeito a democratização crescente do aparelho estatal, transformado pela reivindicação de direitos por parte dos agentes sociais, e o aprendizado social do significado e da linguagem dos direitos. Tal processo instaurou uma nova gramática para as lutas sociais brasileiras, pois a sociedade civil e a esfera pública se juridificaram¹⁵.

Boa parte dos conflitos tomaram a forma de disputas pela positivação de direitos, normalmente sob a forma de leis criadas pelo estado destinada a regular a conduta dos cidadãos e cidadãs. Veremos adiante que a gramática do direito não se resume a esta forma de regular. Ela pode também tomar a forma de regulação social autônoma, ou seja, a reivindicação de espaços de produção normativa relativamente imunes ao poder do estado, ainda que sujeitos a determinados limites impostos por ele.

As demandas sociais criminalizantes, notemos bem, foram dirigidas principalmente ao Parlamento em um processo de mobilização e pressão que ainda está para ser estudado em maiores detalhes. Seria interessante investigar, por exemplo, qual a justificativa dos movimentos sociais para dar tanta atenção ao direito penal e de que forma eles planejaram e executaram suas ações. Com que representantes do povo eles entraram em contato, que tipo de intervenção na esfera pública eles levaram adiante para pressionar o Parlamento, se eles tinham contato com advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público no momento de construir e veicular suas demandas, se eles tiveram alguma intervenção nas comissões ou nos debates no plenário de algum dos braços do poder legislativo municipal, estadual ou federal.

Mas o Parlamento não é a única arena da luta por direitos no estado brasileiros. O Poder Judiciário tem sido um espaço privilegiado para a disputa sobre o sentido das normas de nosso ordenamento jurídico, processo que tem resultado em decisões altamente relevantes para a sociedade, como a que reconheceu o direito de que pessoas do mesmo sexo constituam famílias, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entre outras (FERREIRA & FERNANDES, 2013).

É necessário investigar como estas demandas chegaram ao Poder Judiciário, se elas foram resultado da relação entre agentes individuais ou movimentos sociais com advogados, advogadas, membros da Defensoria Pública ou do Ministério Público ou outras autoridades. Também como estes agentes e movimentos atuaram para tentar influenciar o tribunal em suas intervenções na esfera pública e por meio da articulação de determinados argumentos jurídicos elaborados em interação com profissionais do direito. E como estas disputas se desenvolvem no interior do Poder Judiciário: que argumentos são utilizados nos conflitos dogmáticos e quais são as decisões proferidas pelos juízes de primeiro e segundo grau (RODRIGUEZ, PÜSCHELL, MACHADO, 2012).

Aqui um ponto importante: o debate sobre o sentido dos direitos no interior do ordenamento jurídico, ou seja, o estudo do direito do ponto de vista da dogmática jurídica em uma sociedade democrática, deve ter

¹⁵ Além dos estudos citados, vale a pena citar, como contraprova da presença pervasiva dos direitos em praticamente todas as áreas das Ciências Humanas, a coletânea "Sexualidade, gênero, diversidades", organizada por pesquisadores em psicologia, que traz uma série de textos que tocam em questões jurídicas (LAGO, TONELLI, SOUZA, 2013), as pesquisas sobre as controvérsias no campo religioso de Paula Monteiro (MONTEIRO, 2012) e as pesquisas sobre direitos sexuais de Taysa Schiocchet (SCHIOCCHET, 2007).

um caráter dinâmico. Os direitos mudam de função, como diria Karl Renner (RENNER, 1981), em razão do estado atual das lutas sociais¹⁶. As forças sociais emergentes questionam o direito posto, mobilizam a linguagem dos direitos e transformam o conteúdo e o sentido do ordenamento jurídico em um processo constante. Qualquer paralização deste processo pode ser um sinal de que as instituições não são mais capazes de dar voz aos desejos e demandas sociais em razão de algum mecanismo de naturalização dos direitos que favorece os interesses deste ou daquele grupo social.

Tal fato é verdadeiro especialmente em países nos quais a jurisprudência tem um papel importante na criação de normas, como é o caso do Brasil, especialmente depois da democratização do país, que também promoveu a democratização do acesso ao sistema jurídico (RODRIGUEZ, 2009 e 2013a). A recuperação da obra de Karl Renner, diga-se, autor esquecido nos últimos anos, parece-me central diante do atual momento histórico. Pois o estudo das demandas sociais sob este prisma permite identificar que espécie de direitos tem sido reivindicado pelos movimentos sociais¹⁷ e qual o significado e as consequências dessas reivindicações. Também é possível refletir sobre quais são os agentes e movimentos que têm direcionado suas demandas para esta via e quais aqueles que ficaram de fora por opção ou por falta de acesso aos poderes do estado.

Como já dissemos acima, a demanda por cada vez mais crimes e penas parece ser a tônica da parte das reivindicações dos movimentos sociais contemporâneos, mesmo diante de críticas bastante intensas a respeito da inefetividade e seletividade do sistema penal (CARVALHO, 2013). O movimento negro, adotando uma estratégia um pouco diferente, também apostou suas fichas em demandas de outra natureza como ações afirmativas em vários campos (PAIVA, 2013) e o ensino obrigatório de história da África nas escolas, para ficar em apenas dois exemplos¹⁸. Estas não são demandas por punição de comportamentos indesejados e a reivindicação de medidas que visam a dar acesso à população negra a ensino de qualidade e postos de trabalho no estado. O ensino de história da África, por sua vez, procura valorizar a cultura negra para tentar afastar os estigmas que pesam sobre os negros e negras brasileiros.

De outra parte, demandas ecológicas e que atinem a comunidades indígenas e quilombolas, têm perdido força junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, tendo sido direcionadas principalmente ao Poder Judiciário, que julgou uma causa tão importante quanto a demarcação de terras indígenas de Raposa Serra do Sol. A despeito disso, há análises que procuram mostrar como os conflitos ambientais brasileiros, nos últimos anos, têm sido negociados por meio da relativização de direitos garantidos pela constituição, os quais se tornaram obstáculos para o avanço do projeto neo-desenvolvimentista levado adiante pelos últimos governos (ZHOURI & VALENCIO, 2014). Minhas pesquisas sobre comunidades tradicionais também mostraram como seus problemas têm sido deixados em segundo plano na agenda dos últimos governos, com uma série de iniciativas que não tem tido nenhuma continuidade (RODRIGUEZ et alii, 2011).

¹⁶ Para Renner o motor da mudança do direito era a transformação social compreendida como algo de objetivo, ontológico, o modelo clássico marxista do choque das relações produtivas com as relações de produção o qual, segundo ele, não provoca necessariamente a ruptura do direito posto: pode transformá-lo. Ao apontar as lutas sociais como motor da mudança, estou atualizando a obra do autor para o atual momento histórico. Em minha interpretação, a mudança de função do está ligada à indeterminação constitutiva do material jurídico em sociedades pluralistas que sempre abre espaço para o surgimento de um sem número de interpretações diferentes, as quais desestabilizam o direito compreendido como algo que emana das autoridades instituídas. Existe uma tensão constitutiva entre o direito como sentido e o direito como poder, para usar os termos de Robert Cover, na qual a proliferação de sentidos coloca o poder em questão continuamente (COVER, 1995).

¹⁷ Para a síntese de alguns estudos sobre jurisprudência nesta linha, ver RODRIGUEZ & FERREIRA, 2013.

¹⁸ Sobre a demanda por ensino da história da África, ver RODRIGUES, 2005.

Estes são apenas alguns pontos que merecerão atenção na construção e reconstrução constante deste Mapa Jurídico-Conceitual das Lutas Sociais, uma iniciativa que pretende abarcar uma série de projetos de pesquisas individuais e coletivos nos próximos anos com o objetivo mais geral de construir uma visão ampla da reivindicação de direitos no Brasil e em escala global¹⁹; também dos grupos que não têm utilizado a gramática da reivindicação de direitos, seja porque não acham adequado, seja porque não têm conseguido acesso ao direito e aos poderes do estado ou, ainda, porque se sentiram incomodados com o reconhecimento de direitos que beneficiam outros indivíduos e grupos e pretendem destruir tais direitos ou conquistar direitos similares para si.

A construção dinâmica e permanente deste Mapa parece ser ainda mais urgente diante dos recentes acontecimentos no Brasil, a contar da crise mundial de 2008 e as manifestações de Julho de 2013. Analistas indicam que podemos estar caminhando para um momento de acirramento do conflito social e político, ao menos se tomarmos nas mãos os atuais diagnósticos sobre a economia brasileira e as características da última eleição presidencial. Com efeito, desde Julho de 2013, há uma forte pressão sobre os governos pela melhoria dos serviços públicos, inclusive o transporte nas cidades, estopim daquelas rebeliões. Parte do que ocorreu naquele ano certamente expressa uma pressão social por mais gastos públicos direcionados à classe média e aos mais pobres. O problema é que o país parece não ter capacidade para investir a favor desta parcela da população sem tocar nos interesses de outros indivíduos e grupos (MENDES, 2014a).

Durante o primeiro e o segundo governo Lula, diante do crescimento da economia mundial, foi possível aumentar a renda dos mais pobres sem tocar nas instituições que perpetuam o rentismo brasileiro (LISBOA & LATIF, 2014; MENDES, 2014), uma série de benefícios fiscais, incentivos, financiamentos e tributos que favorecem à parte mais rica da população. A situação atual é diferente. Neste momento, análises como a de Marcos Mendes mostram que a sociedade brasileira só vai continuar a melhorar os padrões de renda dos mais pobres mediante um conflito distributivo real, ou seja, mediante a alteração do equilíbrio de forças dos diversos grupos sociais na participação da divisão dos recursos públicos.

Como a extrema desigualdade brasileira faz com que a disputa por estes recursos seja muito acirrada, a desaceleração da diminuição das desigualdades brasileiras pode levar a classe média emergente, em busca de uma parcela maior na riqueza social, a questionar de fato os benefícios voltados aos mais ricos (MENDES, 2014a). Importante dizer que o debate sobre o rentismo não é apenas nacional. Depois do livro de Thomas Piketty, *O Capital no Século XXI*, publicado em 2013, esta discussão é mundial e tornou mais difícil afirmar que a proteção dos ricos, por exemplo, com a utilização de determinados mecanismos tributários, seja uma exclusividade de países emergentes.

O livro de Piketty mostra que a renda é mais importante do que a produção na geração de riqueza e, mais do que isso, que estamos assistindo a uma concentração da renda em níveis próximos a do século XIX, tendo havido uma reversão do processo de distribuição ocorrido no começo do século XX. Cada vez menos pessoas controlam, os destinos da poupança mundial e vivem dos rendimentos desse capital não produtivo, o que aprofunda as desigualdades mundiais e desequilibra a balança de poder em favor dos mais ricos (PIKETTY, 2014).

De um possível acirramento dos conflitos mundiais e nacionais em uma fase de questionamento dos organismos internacionais e da capacidade dos estados de lidar com os conflitos sociais pode resultar o surgimento de formas de protesto mais agressivas, bem diferentes da reivindicação de direitos junto aos

¹⁹ Sobre os movimentos sociais no âmbito global, ver SANTOS & RODRIGUEZ-GARAVITO, 2007; BÜLOW, 2014; KRON, COSTA, BRAIG, 2012; JELIN, 2003.

poderes do Estado. É certo que o repertório das lutas sociais sempre incluiu outras formas de reivindicação como manifestações públicas, boicotes, greves, festas, ocupações, atos de desobediência civil, entre outros (TILLY, 2008; THOMPSON, 1966). Mas ao menos desde a democratização do Brasil, após a Constituição de 1988, até as rebeliões de Julho de 2013, o sistema político e a linguagem dos direitos pareciam dar o tom da maior parte das lutas sociais brasileiras e ocidentais em geral.

Julho de 2013 no Brasil e outras rebeliões ao redor do globo mostraram que as coisas parecem ter mudado. Os desejos e interesses que em Julho se mostraram de forma caótica e plural, sem grande capacidade de articulação, sem uma demanda clara, a exceção da estratégia do Movimento Passe Livre, estopim das rebeliões, voltaram a irromper nas diversas manifestações contra a Copa do Mundo (GOHN, 2014; NOBRE, 2013). Houve na época e certamente haverá no futuro algumas ações violentas, em especial de depredação de agências bancárias e concessionárias de carro levadas adiante pelos Black Blocks, que contaram com baixíssima tolerância por parte da sociedade. Em minha opinião, a reação dos meios de comunicação e da polícia foi desproporcional para responder a atos isolados, com autores claramente individualizados, atos que não tomaram conta de nenhuma manifestação, tiveram baixa relevância econômica e foram repudiados e combatidos, inclusive, pela maioria dos manifestantes nas diversas ocasiões em que ocorreram.

Seja como for, em um momento de possível acirramento do conflito e descrédito das instituições do estado de direito, é necessário refletir, a par da discussão da reivindicação de direitos, sobre o sentido e a legalidade de outras formas de manifestação da sociedade, como por exemplo a desobediência civil; formas que não se encaixam perfeitamente nos canais usualmente utilizados para promover a reivindicação de direitos e a participação do povo na condução do futuro do estado²⁰. Neste momento em que parece estar claro que há desejos e necessidades sociais ainda não articulados em demandas organizadas, adotar uma postura muito agressiva e restritiva perante manifestações vindas da sociedade civil pode contribuir para alimentar a alienação desta em relação às instituições formais e a empurrar os grupos mais radicais a adotarem meios cada vez violentos.

Não podemos ignorar que a história da democracia e do estado de direito é feita de rebeliões contra o estado atual das instituições e contra o conteúdo do direito posto. Nem sempre é possível promover e construir novos direitos e novas instituições de forma completamente pacífica e sem que haja espaço para que a sociedade questione abertamente o que está posto, advogando reformas ou simplesmente a supressão de determinadas leis e instituições formais. Por exemplo, houve uma época em que o direito posto considerava sindicalizar-se um crime e reivindicar direitos trabalhistas um desrespeito à liberdade de contratar entre empregados e empregadores. Foi apenas com a desobediência aberta e sistemática às leis em conflitos, infelizmente, sangrentos, que os trabalhadores foram capazes de mudar o direito e as instituições. A reflexão sobre estes e outros tantos fatos históricos pode nos ajudar a evitar novos banhos de sangue.

O legalismo radical e intolerante empurra a sociedade para a violência ao frustrar a promessa democrática de criar um regime em que os cidadãos e cidadãs submetam-se apenas às leis que eles mesmos criaram. Ora, diante de desejos e necessidades que se renovam a cada momento histórico, limitar a democracia à gramática atual das instituições e da reivindicação de direitos; advogar que um

²⁰ Exemplos aqui CELIKATES, forthcoming e SCOTT, 2012. Vale a pena citar também a interpretação original de Robert Cover para o fenômeno da desobediência civil, interpretada por ele como a tentativa de um grupo de viver de acordo com a sua regra, de implicar seu corpo na defesa da regra em que acredita. Desta forma, é possível colocar em cheque a regra que se julga injusta e imaginar com maior concretude uma comunidade futura em que a regra defendida fizesse parte do direito posto. Ver COVER, 1995.

regime democrático deve se pautar sempre pela obediência ao direito posto significa condená-lo ao declínio, pois ele irá perder legitimidade por deixar de fora as demandas de novos grupos sociais as quais só podem ser incluídas com mudanças nas leis e no desenho das instituições.

É evidente que devemos respeitar as normas jurídicas sob pena de frustrar sua função precípua. Mas é também evidente que reformá-las, suprimi-las e protegi-las de qualquer mecanismo de naturalização que as perpetuem acriticamente, que as coloque sempre acima de qualquer suspeita, é uma tarefa central para o estado democrático de direito e para juristas comprometidos com a boa saúde do regime democrático.

Resta mencionar mais um ponto importante para a reflexão sobre a capacidade do direito de lidar com as lutas sociais, mais uma tarefa relacionada a este Mapa. Trata-se da discussão sobre a gramática que caracteriza o estado do direito ou, para falar de maneira mais precisa, da identificação das duas gramáticas do estado de direito, a gramática de regulação estatal e a gramática da regulação social.

Esta discussão também é importante para mostrar que a gramática do direito é mais plástica, é mais aberta do que muitos de seus críticos imaginam (por exemplo, FOUCAULT, 1999)²¹. Com efeito, a maior parte das críticas ao estado de direito tem se concentrado na gramática da regulação estatal que cria normas abstratas de comportamento para regular o comportamento da sociedade. Mas há também a gramática da regulação social em que o estado atua como meio facilitador para que a sociedade possa produzir normas jurídicas de maneira autônoma, sem passar pelo sistema político, mas sempre dentro de determinados limites materiais e formais.

Talvez por fazer parte do campo da regulação social autônoma, os contratos têm sido identificados como um fenômeno de matriz estritamente liberal. Mas esta avaliação não esgota seu potencial para dar voz aos desejos e necessidades sociais. Por exemplo, no caso da questão indígena, é possível organizar o direito para reconhecer o caráter jurídico das normas criadas pelas várias comunidades que vivem no Brasil, problema de que tratei com mais vagar em outro lugar (RODRIGUEZ, 2010). Como mostra Robert Cover, no limite, esta gramática pode resultar na criação de um *nomos* separado, um mundo paralelo de normas, coerente em si mesmo e respeitado por uma determinada comunidade como os Amish e outros fenômenos seculares nascidos, por exemplo, da renúncia à Constituição norte-americana, como mostra Robert Cover (COVER, 1995)²².

Não há espaço para desenvolver este ponto aqui, mas é importante ao menos pontuar que a sociedade pode reivindicar o direito para regular diretamente sua conduta ou para facilitar a regulação social autônoma²³. É claro, tal reivindicação está sujeita a variações em função do tema a ser debatido e pode

²¹ No fundamental Michel Foucault e o Direito, Marcio Alves da Fonseca constrói uma série de imagens do direito a partir de sua interpretação da obra de Foucault e a última delas, que permaneceu menos nítida, seria a imagem de um “direito novo” que não seria marcado pelo princípio da soberania e, portanto, não seria caracterizado pela gramática da regulação estatal: ver FONSECA, 2012.

²² Cover apresenta aqui uma distinção importante para refletir sobre o tema da fragmentação do direito, um rema de pesquisa dos mais importantes do mundo atual, em especial pelos desafios que põe à capacidade regulatória dos estados e organismos internacionais em relação às empresas transnacionais. Há fenômenos da fragmentação em que são desenvolvidos regimes privados de regulação que se referem a um determinado assunto, por exemplo, a internet e a *lex mercatoria* (TEUBNER, 2003, 2005). E fenômenos de fragmentação que tendem para a formação de um *nomos*, ou seja, uma comunidade separada, dotada de uma constituição própria. Para ficar em meu aparelho conceitual, o primeiro fenômeno eu tenderia a classificar como “fuga do direito” e o segundo não.

²³ Importante ressaltar que algumas análises dos movimentos sociais contemporâneos mostram que é justamente essa a demanda prevalente entre suas diversas correntes, inspiradas principalmente em ideias anarquistas. Por exemplo, ver

ser reclamada em nome de valores democráticos ou da violência. Por exemplo, no caso de violência doméstica, a estratégia dos movimentos sociais tem sido chamar o estado a intervir sobre a sociedade de forma dura e inequívoca para retirar autonomia das famílias por meio da criminalização das condutas dos homens violentos. Em campos como a questão indígena, a estratégia parece ser outra. A demanda tem sido de conceder mais espaço para a regulação social autônoma e menos espaço para a intervenção direta do estado sobre as comunidades indígenas.

3. Figuras da perversão do direito

A meu ver, a segunda tarefa da pesquisa em Direito, e da pesquisa em ciências humanas em geral, é criar uma teoria da perversão do direito, projeto ao qual comecei a me dedicar em minha tese de Doutorado, publicada sob o título de *Fuga do Direito: Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*.

Para a formulação do problema neste texto, tomo a ideia de perversão do direito, ainda de forma tentativa, das páginas do livro *Brasil: Nunca Mais*, o relatório das pesquisas da Comissão Justiça e Paz sobre a tortura no Brasil na época da ditadura militar (ARNS, 2011). No livro, considera-se perversão do direito a manipulação das normas com o intuito de dar forma jurídica a atos arbitrários que não seriam tolerados caso as instituições estivessem funcionando normalmente; atos que destoam da literalidade das leis ou que violam práticas evidentemente legais.

Para os meus fins, vou chamar de perversão do direito determinados comportamentos institucionais que se utilizam da aparência jurídica para criar espaços de puro arbítrio nos quais é possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos. Em um regime democrático, insistimos, as normas que regulam nosso comportamento devem ser responsivas aos desejos e necessidades sociais, seja em sua criação, seja em sua aplicação. A criação de normas que não passem pelo crivo da sociedade ou que atinjam de forma injusta determinados grupos e não outros caracterizam a perversão do direito, a qual faz com que o estado de direito passe a funcionar de maneira patológica²⁴, frustrando a promessa que este regime faz às sociedades nas quais está presente. A perversão do direito, veremos a seguir, pode se manifestar em três figuras diferentes: fuga do direito, falsa legalidade e zona de autarquia.

4. Fuga do direito

A primeira figura da perversão do direito, identificada em meu doutorado, eu chamei de fuga do direito em um diálogo com a obra de Franz Neumann, em especial o livro *O Império do Direito*, escrito em 1936, publicado em alemão e inglês apenas na década de 80 e em português em 2013 (NEUMANN, 2013).

Minha interpretação do pensamento de Neumann, que apresento aqui em uma síntese de meu livro *Fuga do Direito*, sustenta que nosso autor toma como central para suas análises o fato de que, em determinado momento histórico, a classe operária tenha se voltado para o estado com a finalidade de reivindicar direitos. Este processo resultou na conquista dos assim denominados direitos sociais os quais, ainda no início do século XX, promoveram mudanças profundas na forma do estado, na hierarquia das fontes de direito e na balança de poder entre as classes.

DAY, 2005 e a parte final de CREAGH, 2009. Para um panorama geral sobre os novos movimentos sociais, ver FILLIEULE; AGRIKOLIANSKY, SOMMIER, 2010.

²⁴ Classifico de patológica toda instituição formal ou informal que funciona como obstáculo à autonomia da sociedade. Ver HONNETH, 2008, 2009.

A luta do proletariado, cujo objetivo era reconquistar a sua autonomia expropriada pelo contrato de trabalho compreendido como operação privada, só pôde ocorrer em razão da existência do estado de direito. Em primeiro lugar, do ponto de vista das interações entre sociedade e estado, o estado de direito, compreendido como forma de pensar e como meio de legitimação do poder, ofereceu uma justificativa plausível para fundamentar as reivindicações dos trabalhadores e trabalhadoras no momento em que os sindicatos ainda eram combatidos pela polícia e a greve era considerada um crime, justamente por violar as regras do contrato de trabalho.

Afinal, como explica Neumann, se o império do direito edificado pela burguesia se apresenta na aparência como um regime que serve aos desejos e necessidades de todos, nunca a interesses de grupos específicos, não faz sentido tratar as reivindicações do proletariado como se fossem ilegítimas. Para que a ideia de estado de direito se mantenha na condição de justificação coerente do poder estatal, ele precisa reconhecer e se propor a acolher as demandas vindas da sociedade.

O problema é que acolher novas demandas, por óbvio, desestabiliza os interesses dos grupos incluídos, reconhecidos e protegidos pelas leis até então positivadas, tornando necessário rearticular continuamente a justificação do que significa servir aos desejos e necessidades de todos para que o direito positivado faça sentido racionalmente a cada momento histórico e possa ser objeto de adesão dos cidadãos e cidadãs. A oposição aos direitos trabalhistas para ficar apenas em um exemplo, não cessou até hoje, mesmo nos países em que eles alcançaram relativa instabilidade, ou seja, em parte do continente europeu.

Para Neumann, uma das explicações para o advento do nazismo foi, justamente, a oposição da burguesia ao uso do estado de direito e de sua gramática em favor dos interesses do proletariado. Diante destes desenvolvimentos indesejáveis do estado de direito, que contrariavam os seus interesses, a burguesia decidiu abandonar esta forma racional de justificação do poder, passando a tolerar ou a apoiar abertamente a liderança carismática de Adolf Hitler contra a livre manifestação dos desejos e necessidades da sociedade civil, com o objetivo de desarmar a ligação entre demandas sociais e instituições formais²⁵.

O nazismo procurou, portanto, expropriar a autonomia da sociedade ao desarmar o mecanismo que poderia fazer com que os debates morais, éticos e de qualquer outra natureza pudessem ter consequências efetivas para a construção autônoma do regime normativo daquela sociedade por meio do desenho jurídico de suas instituições formais. Nesta época na Alemanha, novos ramos do direito estavam surgindo, por exemplo, o direito do trabalho, cujo objetivo era, justamente, equilibrar as posições dos empregados e empregadores na regulação do preço e das condições de trabalho. No direito do trabalho, por princípio, a vontade livre é suspeita, justamente em razão da desigualdade de poder econômico entre as partes, e são criadas cláusulas obrigatórias para todo e qualquer contrato de trabalho, por exemplo, o direito a férias e ao salário mínimo.

Surgia também o direito da concorrência que visava disciplinar a livre-concorrência capitalista para evitar a formação de monopólios, instaurando a possibilidade de regular juridicamente as operações econômicas, ou seja, atingindo por outra via os contratos compreendidos como centro do ordenamento jurídico. Na mesma toada, a Constituição de Weimar elevou ao grau máximo da hierarquia das leis uma série de direitos que beneficiavam as classes exploradas, por exemplo, a função social da propriedade

25 Contemporaneamente, o cientista político William Sheuermann mostrou como boa parte das atuais formas de globalização da economia, como a *lex mercatoria*, podem ser vistas como uma maneira de sabotar o controle da sociedade sobre a produção de normas que limitem os contratos. Ver SCHEUERMANN, 2008.

que passou a constranger os proprietários a utilizarem seus bens para fins valorizados socialmente, ou seja, expropriou a burguesia do poder de dispor livremente sobre bens que eram de sua propriedade.

Como mostrei no capítulo final de meu doutorado (RODRIGUEZ, 2009), esta figura, a fuga do direito é extremamente útil para refletir sobre fenômenos contemporâneos como a criação de regimes privados transnacionais, *lex mercatoria* e outros fenômenos da assim chamada globalização. Também para pensar qualquer regime normativo que afaste a sociedade do controle da produção das normas jurídicas, transferindo o poder normativo exclusivamente para as mãos daqueles diretamente interessados nas mesmas, sem que haja a possibilidade de qualquer interferência da esfera pública em seu processo de produção visando a salvaguardar interesses de outros interessados. Nesse sentido, a fuga do direito é útil para flagrar e denunciar processos de re-privatização do direito e de neutralização do poder da sociedade em favor dos interesses de entes altamente poderosos que atuam na esfera internacional.

5. Falsa legalidade

Chamo de falsa legalidade a produção de normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviço de interesses parciais, por exemplo, atingir apenas a determinados grupos sociais e não outros. Neumann discute a questão da falsa legalidade de maneira muito sugestiva em seu texto sobre "O conceito da liberdade política" (NEUMANN 2013) ao analisar episódios do Maccartismo norte-americano, em especial a perseguição a funcionários públicos por meio de inquéritos administrativos. Nestes episódios, o autor identifica a utilização de normas e procedimentos aparentemente legais com fins claramente discriminatórios.

Como explica Neumann, o governo sempre terá o dever de despedir empregados desleais. Mas o problema está em como se pode definir a deslealdade e quais devem ser os procedimentos para a dispensa. Durante o maccartismo, a mera suspeita de deslealdade, leia-se, comunismo, motivava dispensas arbitrárias em um procedimento que não garantia aos empregados direito de defesa. Como se tratava da dispensa de funcionários, segundo Neumann, a administração possuía de fato este poder desde o princípio: ela não estava obrigada a conceder ao empregado a oportunidades de defesa. No entanto, este tipo de reação só ocorria diante de empregados e empregadas suspeitas de serem comunistas.

Fica claro neste caso como um direito garantido pelas leis pode acabar funcionando como meio para discriminar pessoas e grupos julgados suspeitos por uma razão qualquer, sem que se possa identificar facilmente tal ato como discriminatório. Pior do que tudo, naquele contexto histórico, ser demitido por suspeita de deslealdade tinha consequências muito graves para a vida profissional destas pessoas. Sem que fosse necessário enunciar, a deslealdade era identificada com "comunismo" e este estigma era suficiente para que a pessoa nunca mais fosse contratada por nenhum órgão do governo. Ser demitido desta forma condenava a pessoa a um verdadeiro ostracismo.

Klaus Günther utilizou o conceito neumanniano de falsa legalidade para analisar a legislação antiterror; leis que relativizaram uma série de direitos fundamentais, caros à tradição democrática, como o direito ao habeas corpus, à intimidade e à ampla defesa, com o objetivo de tornar a investigação e o processamento desses casos mais célere. Günther manifesta surpresa diante da falta de indignação pública diante dessas medidas e atribui este fato justamente à falsa legalidade (GÜNTHER, 2009).

De acordo com ele, os cidadãos e cidadãs tendem a concordar com essas medidas, pois elas supostamente terão efeito apenas sobre a vida de pessoas "perigosas", ou seja, sobre a vida de grupos de radicais muçulmanos por exemplo, e não sobre a vida das "pessoas comuns". A legislação antiterror, em

tese, é formulada na forma universal e tem como destinatários qualquer suspeito de terrorismo. No entanto, as mesmas normas geram a expectativa de uma aplicação seletiva, supostamente incapaz de incomodar as pessoas "de bem".

O conceito de falsa legalidade é especialmente útil para evidenciar espaços de arbítrio no interior do estado de direito, espaços que passariam despercebidos se nos ativéssemos apenas ao texto das leis sem prestar atenção em sua aplicação e em seus efeitos sobre a sociedade. Sustento que uma das tarefas centrais da pesquisa empírica em direito hoje é, justamente, identificar casos de falsa legalidade para manter a legitimidade das promessas da democracia encarnadas na racionalidade do estado de direito.

6. Zonas de autarquia

Na concepção ocidental do termo, estado de direito significa a imposição de limites ao poder soberano e ao poder privado. Ninguém pode agir licitamente sem fundamento em uma norma jurídica ou em uma norma social que autorize diretamente uma determinada conduta ou crie um espaço de autonomia dentro dos limites impostos pelo direito de determinado ente soberano. Pode-se dizer que haja um estado de direito quando toda ação possa ser justificada a partir de uma norma criada ou não pelo Estado e, neste último caso, reconhecida por ele. (RODRIGUEZ, 2013a).

A afirmação de que a vontade do Estado deva coincidir com a vontade da sociedade, ou seja, deva ser cada vez mais inclusiva, arma um mecanismo que tende a colocar em xeque toda e qualquer instituição formal que deixe de se transformar para abarcar novos desejos e necessidades sociais. Para Franz Neumann, esta é a estrutura essencial do Estado de Direito:

Trata-se de uma estrutura institucional que constrange o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e as instituições ligadas a elas (...), que instituem e garantem a separação entre soberania e liberdade, entre sociedade e Estado. (RODRIGUEZ, 2013: 72).

Esta forma institucional possibilita que classes e grupos sociais se utilizem dela para incluir continuamente suas demandas no direito positivo produzido ou reconhecido pelo estado. Por isso mesmo, pode-se afirmar que o Estado moderno caracteriza-se pela existência de duas esferas: a da soberania e a da liberdade em relação à soberania. A separação do Estado nessas duas esferas, acrescida da afirmação de que ele deve servir às necessidades e à vontade de todos os cidadãos, possibilita a ampliação do espaço de participação política das forças sociais na produção das normas que regulam a vida em sociedade. (RODRIGUEZ, 2009: 84).

Trata-se de uma estrutura inclusiva e, por isso mesmo, aberta para o futuro, capaz de apreender as novas demandas sociais. A questão não é mais qual é a verdade substantiva que deve orientar a elaboração do direito positivo, mas como construir instituições capazes de ouvir a voz da sociedade. (RODRIGUEZ, 2009: 123).

A figura da zona de autarquia começa a revelar sua importância quando lembramos que não apenas as normas gerais e abstratas são importantes para o estado de direito, mas também os atos de aplicação destas normas a casos concretos. Textos normativos costumam admitir múltiplas interpretações e, portanto, os órgãos que detêm a competência para utilizá-los na solução de casos concretos também precisam zelar pela segurança jurídica. Mesmo quando o legislador confere expressamente um espaço de liberdade para a aplicação do direito, as decisões proferidas não podem deixar de se fundar em algum tipo de racionalidade que permita aos destinatários entender por que se privilegiou uma solução jurídica em detrimento de outra.

... o conceito de Estado de Neumann é construído para dar conta do problema da aplicação e seu controle. Para ele, o Estado tem, de um lado, uma dimensão jurídica, o poder de estatuir normas individuais e normas gerais; de outro lado, este mesmo estado tem uma dimensão sociológica: poder de impor suas normas sobre um determinado território. Ele não se reduz ao direito positivado em abstrato, mas se projeta em suas decisões concretas, tomadas pelos poderes e por todas as pessoas, públicas ou privadas, que atuam em seu nome (...). Em todos os casos, estamos diante do objeto de estudo da ciência do direito. (RODRIGUEZ, 2012:81).

Se admitimos, com a teoria do direito do século XX, que os atos de aplicação são criativos, fica claro que intenções arbitrárias podem se insinuar também neste âmbito. Tal fato exige que a pesquisa em direito tenha, necessariamente, um momento empírico cujo objetivo seja o de zelar pela manutenção do estado de direito pelo controle da justificação das decisões de todo e qualquer órgão de poder. Tal controle se faz pela descrição de como os órgãos jurisdicionais tomam suas decisões e com a reconstrução da justificação oferecida em suas decisões. Desta forma, pode-se avaliar o grau de indeterminação que caracteriza tais decisões e, eventualmente, propor reformas institucionais para mitigar o que se considere espaços de excessiva indeterminação (RODRIGUEZ, 2012b).

A partir do material obtido por pesquisas deste teor, os estudiosos do Direito podem se pôr a criticar práticas institucionais reais, favorecendo boas justificativas contra escolhas arbitrárias, ou seja, escolhas que naturalizem soluções e desenhos institucionais sem razão ou que não sejam justificadas de maneira coerente. Se lembramos que em um Estado de Direito nenhuma função pode ser exercida de modo arbitrário, é razoável afirmar que o momento da decisão não pode estar fundado na mera autoridade do juiz. Deve se legitimar também pelo fato de que as decisões sejam bem justificadas, de acordo com os padrões vigentes em cada realidade jurídica específica.

O conceito de zona de autarquia tem, justamente, a função de ajudar a nomear setores do ordenamento jurídico em que os órgãos de poder atuam de forma arbitrária e explicitar modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões:

... chamaremos de zona de autarquia um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação. (...) zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado. (RODRIGUEZ, 2013a:172).

Difícilmente uma autoridade declarará explicitamente “decido assim porque quero”, ou “suspendo a norma para tomar em estado de exceção”. Atos arbitrários em regimes em que o estado de direito esteja funcionamento normalmente são praticados sob a aparência de direito e, por isso mesmo, tendem a passar despercebidos. A identificação tanto de zonas de autarquia quanto casos de fuga do direito e falsa legalidade exigem atenção minuciosa aos procedimentos dos poderosos, o que implica em mobilizar conhecimentos técnicos sobre o funcionamento da racionalidade institucional. Por isso mesmo, serão normalmente os juristas aqueles pesquisadores melhor equipados para identificar estas figuras da perversão do direito. Mas basta estudar direito a sério para que um pesquisador em ciência humanas possa ter o mesmo desempenho de um ou uma jurista nesta tarefa.

Uma zona de autarquia se caracteriza, insisto, nas situações em que não se possa identificar nenhuma justificação racional, nenhum conjunto de regras que organize a fundamentação da decisão tomada. A zona de autarquia é formada por argumentos sob a aparência de direito, mas que, na prática, não

permitem o controle da argumentação pela sociedade, uma vez que não possibilitam a reconstrução organizada do raciocínio que serve de fundamento para a decisão ou para as decisões tomadas.

As zonas de autarquia são utilizadas pelos detentores de posições de poder para, por exemplo, congelar as instituições postas e, por via de consequência, as posições de poder que elas garantem e protegem:

Desta forma, os poderosos livram-se da necessidade de justificar racionalmente suas posições de domínio ao excluir determinados conceitos jurídicos e desenhos institucionais do debate público. (RODRIGUEZ, 2013:21).

Recentemente eu mostrei como a criação de zonas de autarquia no Brasil está relacionada a um forte personalismo em nosso Direito. Estas zonas aparecem “fundadas” em argumentos de autoridade que se utilizam de conceitos ou raciocínios naturalizados para justificar decisões (RODRIGUEZ, 2013) em um procedimento que retira da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público.

Em 2014, em seu trabalho de mestrado, Daniel Lieb Zugmann aplicou meu conceito de zona de autarquia para estudar a maneira pela qual o Executivo recusa a justificar racionalmente sua utilização do conceito de sigilo fiscal (ZUGMANN, 2014). Com efeito, o conceito pode ser utilizado para investigar outras esferas decisórias do estado, sempre que delas se possa exigir alguma espécie de justificação racional com base em textos normativos.

7. A perversão social do direito

A centralidade do direito para a reprodução racional da sociedade, como mostrou muito bem Habermas, se deve ao fato da modernização (HABERMAS, 1991). Nem costumes, nem tradição, nem a religião, nem concepções morais abrangentes parecem ser capazes de evitar que sociedades pluralistas se desagreguem violentamente. Por isso o direito ganha proeminência como meio de integração social, afinal, ele é capaz de estabilizar temporariamente e de forma potencialmente coercitiva, um determinado acordo, temporário e parcial, sobre qual deve ser o regime, ou seja, o conjunto de normas que organizam a vida em uma determinada sociedade.

Para servir a este objetivo o direito não pode ser meramente norma posta, positivada, passível de imposição pela força estatal. Ele precisa ter um papel também como móbil da ação. Precisa ser dotado de uma força moral a qual as normas meramente positivas ou, melhor dizendo, meramente técnicas, não tem (NEUMANN, 1956). Afinal, a capacidade de mobilizar os agentes para a ação de que são dotadas as normas de direito advém do fato de que estes agentes tenham a oportunidade real de tomar parte em sua formulação e reformulação constante.

Nesse sentido, o potencial emancipatório inscrito no direito exige que, de fato, os indivíduos vejam nele uma alternativa emancipatória, ou seja, exige que a sociedade veja no estado de direito uma alternativa adequada para formalizar as suas relações e criar padrões de interação. A verificação da apropriação social da gramática do direito deve ser feita por meio de análises empíricas das reivindicações dos movimentos sociais e da interação social em espaços não formalizados para que se possa identificar a maneira pela qual a sociedade utiliza e se relaciona a partir de uma disputa sobre o sentido de termos como “norma” e “direito”; uma tarefa a ser realizada nas pesquisas que formarão o Mapa Jurídico-Conceitual das Lutas Sociais a que nos referimos acima.

Seja como for, posto o problema nestes termos, fica clara a importância de compreender como as diversas interações sociais têm ou não como referência, em seu pano de fundo, normas jurídicas estatais.

Trata-se de saber, nesse sentido, que espécie de interação social é estruturada, ou não, por normas jurídicas estatais, ou seja, em que tipo de interação a posição dos agentes e o objeto da interação dependem ou não da referência a normas jurídicas estatais para serem definidos.

Por exemplo, as relações de trabalho, formalizadas ou não, parecem ter como referência necessária a regulação jurídica do trabalho. É razoável supor que ser registrado ou não é fundamental para o pensamento e para a ação dos agentes sociais envolvidos neste tipo de interação. Da mesma forma, as relações familiares e amorosas parecem ter como referência necessária as normas promulgadas pelo Estado. Ser casado ou solteiro, ser casado "no papel" ou não, é fundamental para definir as posições neste tipo de interação social, insisto, mesmo fora do estado e sem qualquer contato com o poder judiciário.

De outra parte, teremos interações cujo pano de fundo não parece ser estruturado pelo direito formal, por exemplo, as relações de amizade e as relações religiosas. Nestes campos, a referência a normas jurídicas estatais tenderá, imagino, a ser secundária para a interação mútua.

A distinção entre campos estruturados ou não pelo direito estatal parece ser útil, portanto, para refletir de forma mais sofisticada, sobre o tema clássico da "juridificação" das relações sociais, sob o influxo da gramática do estado de direito. Nesse sentido, seria possível diferenciar interações sociais mais ou menos dependentes das normas estatais; campos em que a autodefinição dos agentes e a referência aos objetos de interação sejam dependentes ou não do direito estatal.

Ademais, esta distinção pode ajudar a refletir de forma mais precisa sobre a "judicialização" das relações sociais, ou seja, sobre a necessidade ou não de levar ao Poder Judiciário conflitos ocorridos na sociedade. É razoável imaginar que, em interações sociais nas quais o status dos agentes e o objeto de interação seja dependente de normas jurídicas estatais, haja maior propensão a se recorrer aos órgãos do Estado para resolver conflitos do que campos independentes das normas estatais.

Desta maneira, a dependência do status dos agentes e do objeto das interações de uma referência às normas estatais parece determinar a maior ou menor capacidade da sociedade de autorregular os seus conflitos, a depender das várias modalidades de interação social. Parece evidente também que este modo de pensar pode ajudar a refletir sobre projetos de regulação, ou seja, sobre diferentes desenhos institucionais destinados a regular as interações sociais, tendo em vista a sua maior ou menor dependência das normas jurídicas estatais.

Por exemplo, fixado o objetivo de diminuir o espaço para a regulação social no campo das relações entre homem mulher, marcadas por assimetrias e violência, o direito estatal tende a fazer as relações familiares mais dependentes da referência às normas estatais, alterando assim os esquemas operatórios que definem a interação não formalizada entre os agentes sociais. Por essa razão, o direito tem escolhido a via da criminalização de uma série de condutas para dotar os agentes sociais de um esquema de classificação referido a normas estatais capaz de dar nova significação às suas interações sociais.

Ao contrário, se o objetivo for aumentar a regulação social, seria o caso de eliminar ou diminuir a referência às normas estatais para a definição do status dos agentes sociais e de seu objeto de interação. Por exemplo, ainda no campo das relações familiares, poder-se ia eliminar do ordenamento jurídico o conceito de "casamento" e remetê-lo ao poder das interações sociais.

Diante do que foi dito acima, é necessário pensar as figuras da perversão do direito de forma espelhada, por assim dizer, tanto no que se refere às justificativas oferecidas pelas instituições formais quanto no que se refere às narrativas oferecidas pelos agentes sociais em interação.

Pois os agentes sociais podem mobilizar o direito para expropriar a autonomia e calar indivíduos e grupos sociais rivais; ou tentar fugir do controle da sociedade em geral com o objetivo de criar práticas privadas marcadas pela violência e pela injustiça supostamente jurídicas. Neste nível de atuação, o direito funciona como justificção da violência e da exploração, mediante a mobilização de regras estatais e espaços de regulação social supostamente livres do poder do estado e de acordo com o seu direito. Nestes casos, a perversão do direito se faz, portanto, sem a participação direta do estado, mas com a invocação do que seria a sua vontade de forma dogmática e naturalizada.

8. Conclusão: Os limites do direito e os sons do silêncio

A tarefa do pensamento crítico em relação ao direito e ao estado é desfazer toda e qualquer ilusão de totalidade com o objetivo de iluminar as zonas de sombra da sociedade civil e contribuir para que os agentes sociais que se encontram sem voz sejam capazes de participar da formação e transformação constante de uma gramática instituinte que nomeie seus desejos e necessidades e os façam atingir e redesenhar constantemente as fronteiras do sistema político.

Como diz Patrícia Williams ao refletir sobre a experiência de sua avó, uma ex-escrava nos Estados Unidos, apenas uma pessoa branca e privilegiada seria capaz de desprezar a tradição ocidental do estado de direito em sua capacidade de criar condições de igualdade entre as pessoas que vivem na mesma sociedade e permitir que elas expressem a sua voz perante a sociedade e as instituições formais (WILLIAMS, 1991).

A condição de “pessoa” em sentido jurídico é o primeiro passo para que indivíduos e grupos sejam reconhecidos como iguais por seus pares e possam se manifestar em igualdade de condições junto às instituições formais. A história nos ensina que seres humanos que não gozam do status de pessoa aos olhos do direito e, portanto, que podem ser compradas ou vendidas, não costuma gozar de uma posição privilegiada na sociedade. Nesse sentido, o direito faz parte do estado e da sociedade ao mesmo tempo, pois justificativa dos direitos exercem, ao mesmo tempo, funções morais e jurídicas, o que permite que sejam disputadas pelos diversos agentes sociais e estatais e se transformem em razão destas disputas.

A partir deste patamar básico, que diferencia seres humanos de coisas e de outros seres sem autonomia, é tarefa da teoria crítica indicar a tendência emancipatória inscrita nesta realidade institucional pela ligação entre estado de direito e democracia. Nesse sentido, trata-se de apontar que a tentativa constante de fazer coincidir a vontade da sociedade com a vontade do estado é capaz de oferecer à sociedade um modelo institucional capaz de positivizar direitos legítimos e mantê-los instáveis em nome dos desejos e interesses que ainda estão por nascer.

A manutenção de um hiato, de um espaço, de uma cisão entre estado e sociedade civil é a característica fundamental da política democrática, a qual deve ser tratada como conquista emancipatória de que não devemos abrir mão. A promessa de igualdade contida no estado de direito oferece uma gramática para que a agentes sociais formulem suas demandas por igualdade em relação a indivíduos e grupos que já gozam de posições de proteção jurídica. De outra parte, esta mesma gramática oferece mecanismos para desestabilizar, destruir e transformar as instituições sem cessar, desde que sejam desarmados os mecanismos que procuram perverter o direito e estabilizar injustamente determinados indivíduos e grupos em posições de poder (NEUMANN, 2013; RODRIGUEZ, 2013b).

Seguindo essa linha de raciocínio, para além do que foi dito aqui, e talvez em seu pano de fundo, eu considero que um dos temas centrais para o direito e para a política neste começo de século XXI é estudo

do significado político do silêncio e dos limites narrativos das duas gramáticas do direito em figurar a voz a todos aqueles que se encontram em silêncio contra a sua vontade.

Pois o silêncio pode ser voluntário, o silêncio daqueles que não desejam participar da esfera pública por alguma razão. Ou pode ser um silêncio eloquente, aquele que significa um sinal de assentimento em relação ao rumo que a comunidade política está tomando. Eu me refiro aqui a outro tipo de silêncio, o silêncio dos grupos que sofrem, que se julgam privados de direitos e não encontram canais e uma gramática capaz de se pôr a serviço de sua voz na formulação de seus desejos e necessidades diante da esfera pública e junto às instituições formais. Como diz Martine Xiberras, ao menos quando falamos do ponto de vista das gramáticas do direito:

Existem, pois, formas de exclusão que não se veem, mas que se sentem, outras que se veem mas que ninguém fala e, por fim, formas de exclusão completamente invisibilizadas, dado que nós nem sonhamos com a sua existência, nem possuímos a fortiori nenhum vocabulário para designá-las. (XIBERRAS, 1996: 20).

Note-se que o estudo da gramática institucional também é, de certa forma, o estudo do silêncio social, posto que esta gramática traça os limites do que é possível dizer ou não em matéria política²⁶. E sempre acabamos por perceber que algo sempre fica fora; um fora que pode ser acessado em momentos de rebelião como o nosso, ou por meio de outras narrativas, outras gramáticas, outra forma de ciências que trabalham com formas e estratégias textuais diferentes.

Por exemplo, Patricia Hill Collins narra, no fundamental *Black Feminist Thought*, o processo de formação das mulheres negras como um sujeito político, desde a completa invisibilidade até sua organização autônoma com a finalidade de ter acesso à esfera pública e reivindicar direitos (COLLINS, 2009). No começo do processo, as mulheres negras não tinham espaço próprio no feminismo ou acesso à esfera pública. Habitantes de lares dominados por homens negros e trabalhadoras domésticas em lares liderados por homens brancos, nos quais não gozavam da solidariedade das mulheres brancas, que se utilizavam delas para construir sua própria emancipação das tarefas de casa, as mulheres negras permaneciam sem voz.

Carentes de educação formal, incapazes, portanto, de escrever suas histórias, e despidas de meios políticos para influir sobre o estado, sem direito sequer a votar, estas mulheres começaram sua resistência, diz Collins, na relação com suas mães. Estas mães negras buscavam construir neste espaço de intimidade a dignidade e amor-próprio de suas filhas, objetivo que também era perseguido em espaços protegidos como as igrejas, espaços em que elas podiam falar de seus problemas entre si com liberdade.

De fato, a primeira vez em que as mulheres negras tiveram acesso à esfera pública em seu próprio nome foi em razão de canções de blues gravadas por empresas dirigidas por homens brancos que tinham interesse em vender discos para a comunidade negra. Não era necessário saber escrever ou ler para compor as letras²⁷ ou para aprender a cantar, por isso as primeiras cantoras de blues foram pioneiras em narrar seus problemas diante da esfera pública.

Nesse sentido, se expandirmos um pouco a análise de Collins, parece razoável dizer que, a despeito da incapacidade da gramática do direito, naquele momento histórico, de veicular a voz das mulheres negras,

²⁶ Para este ponto ver BROWN, 2002 e BUTLER, 2002.

²⁷ Recentemente, Angela Y. Davis, no âmbito de um projeto de análise da importância do blues e do jazz para o feminismo, transcreveu todas as letras das canções gravadas de "Ma" Rainey, as quais permaneciam sem registro escrito até os dias de hoje (DAVIS, 1998).

a arte cumpria este papel, ainda que não tivesse qualquer efeito sobre as instituições formais e, portanto, sobre as políticas públicas. Vislumbra-se aqui, diga-se, uma possibilidade de colaboração entre direito e crítica de arte, de música e de literatura que ainda não foi explorada em todo o seu potencial pelos pesquisadores e pesquisadoras em direito²⁸.

De qualquer forma, além dos estudos sugeridos pelo Mapa Jurídico-Conceitual das Lutas Sociais e do desvendamento das figuras da perversão do direito aos quais este texto faz menção, ambos centrados no estudo das instituições formais, abre-se aqui um outro campo de investigação, altamente relevante para a legitimidade democrática, que deve ter, necessariamente, uma configuração interdisciplinar.

O estudo constante de outras narrativas que figurem a sociedade diferentes da linguagem dos direitos é fundamental para enriquecer a reflexão sobre a capacidade de nosso aparelho institucional de dar voz aos desejos e necessidades sociais. Uma análise mais completa deste campo de investigação exigiria estabelecer conexões entre a pesquisa em direito com outras disciplinas que se debruçam sobre a ação dos homens e mulheres em sociedade como a antropologia, a sociologia, a psicanálise e a psicologia social em busca de tudo aquilo que permanece relativamente invisível e inaudito.

Outro campo que me parece profícuo para a reflexão sobre os limites do direito sobre os sons do silêncio são aqueles eventos em que a sociedade classifica um indivíduo ou uma prática como monstruosa, anormal, criminosa, vergonhosa e assim em diante. Não parece ser coincidência que os temas de praticamente todos os movimentos sociais que surgiram no ocidente durante o século XX foram em algum momento considerados moralmente indesejados e/ou ilícitos pelo direito positivo, a começar pela regulação do contrato de trabalho, passando pela prática de sexo anal, a igualdade entre brancos e negros, até o registo pelo estado de pessoas sem definição de gênero, direito reivindicado por indivíduos e grupos em alguns países do mundo.

Olhar a moral e o direito positivo desta forma pode nos levar a formular a hipótese provocativa de que é pesquisando aquilo que hoje é considerado abjeto e/ou criminoso que poderemos encontrar elementos que nos ajudem a identificar o sofrimento dos grupos sociais sem voz e pensar em novas configurações institucionais mais inclusivas, autônomas e, portanto, emancipatórias. Ao dizer isso, estou propondo uma reelaboração da conhecida frase de Oliver Wendell Holmes, importante jurista dos EUA, que afirmou a necessidade de estudar o direito do ponto de vista dos “bad guys”, ou seja, dos infratores das normas.

Infelizmente, não há espaço aqui para desenvolver os traços deste programa de pesquisa, que passaria, por exemplo, pela mudança de olhar do pesquisador em Direito sobre os processos criminais, que têm sido utilizados como fonte de pesquisa sobre nossas sociedades em geral por pesquisadores tão diferentes e geniais como Michel Foucault, Carlo Ginzburg e Maria Silvia de Carvalho Franco²⁹, mas que para os juristas tem sido apenas fonte de conhecimento sobre a racionalidade do direito em sentido muito estrito.

De qualquer maneira, encerro esta reflexão com a afirmação de que este programa de pesquisa parte do pressuposto de que não há silêncio absoluto. O silenciamento imposto pelo aparelho conceitual de uma disciplina ou de uma determinada prática social institucionalizada pode ser parcialmente superado por investigações em outros campos, em um jogo de ocultação e desvelamento por meio do qual podemos ter

²⁸ Roberto Schwarz utilizou a literatura como fonte para o conhecimento do Brasil do século XIX de maneira exemplar, sem perder de vista suas qualidades estéticas, em continuidade aos trabalhos de Theodor Adorno. Ver SCHWARZ, 2000, 2001; ADORNO, 2001, 2003).

²⁹ FOUCAULT, 1972; GINSBURG, 2005; FRANCO, 1997.

acesso às zonas sombrias da sociedade civil e antever alguns de seus possíveis desenvolvimentos futuros. Mas esta é uma tarefa para outra ocasião.

No entanto, é importante dizer, parece ser esta uma tarefa adequada para a pesquisa em direito. Afinal esta tornou-se uma das únicas depositárias da possibilidade de praticar uma visão complexa de razão³⁰, caminhando no sentido contrário da economia e de parte das ciências sociais influenciadas pelo reducionismo matematizado com pretensões de ciência exata.

O direito visto como ciência e como forma institucional – o estado de direito – está comprometido com toda a sociedade, com os desejos e necessidades de todos, com o ser humano em sua integralidade e não apenas com aspectos parciais de sua existência. Por isso mesmo o pensamento jurídico não pode se deixar instrumentalizar por ciência ou interesse parcial algum. Pois para exercer com eficácia sua função social, o direito precisa ser um espaço de reflexão com alta densidade filosófica capaz de refletir sobre os destinos dos homens e das mulheres em seu país e no mundo e, ao mesmo tempo, capaz de produzir decisões legítimas com efeito simbólico e material sobre a realidade.

A mera reflexão sobre o direito pode vir a influenciar os agentes sociais e estatais responsáveis por reproduzir e transformar o estado de direito, tendo um papel relevante na justificação da ordem jurídica perante a esfera pública. Não é por outra razão que pesquisa e o ensino em direito devem se preocupar com a complexidade da sociedade vista como um todo, praticando um modo de pensar do qual este texto pretender ser um exemplo concreto.

9. Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor. *Prismas*. São Paulo: Ática, 2001.

_____. *Notas de Literatura I*. São Paulo: Editora 34, 2003.

AGRIKOLIANSKY, Eric. “Les usages protestataires du droit”, In: FILLIEULE, Olivier ; AGRICOLIANSKY, Eric ; SOMMIER, Isabelle (orgs.). *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. Paris: La Découverte, 2010.

ARANTES, Paulo Eduardo. *O Novo Tempo do Mundo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

BAKER, Eduardo; DAMÁZIO, Natália. “A segurança nacional e o estilingue”. In: CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe (orgs.). *Amanhã Vai Ser Maior. O levante da multidão no ano que não terminou*. São Paulo: Annablume, 2014.

BORBA, Maria; FELIZI, Natasha; REYS, João Paulo (orgs.). *Brasil em Movimento. Reflexões a partir dos protestos de junho*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (orgs.). *Left legalism/Left Critique*, Durham NC: Duke University Press, 2002.

³⁰ O direito está em disputa, evidentemente, assediado por disciplinas que o encaram apenas como um instrumento destinado a realizar objetivos que se definem fora dele (visão da economia e das ciências sociais) e não como um espaço com dignidade própria cuja função é interpretar a sociedade por meios próprios e imaginar decisões e instituições cada vez mais inclusivas e autônomas, capazes de levar em conta toda a diversidade e complexidade social, modelo de pensamento que parece corresponder, em suas grandes linhas, àquele de Ronald Dworkin, especialmente em seu último livro, “Justiça para ouriços” (DWORKIN, 2012).

- BROWN, Wendy. "Suffering the paradox of rights". In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. *Left legalism/Left Critique*, Durham NC: Duke University Press, 2002.
- BÜLOW, Marisa von. *A Batalha do Livre Comércio. A construção de redes transnacionais da sociedade civil nas Américas*. São Paulo: UNESP, 2014.
- BUTLER, Judith. "Is Kinship Always Already Heterossexual?", BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. *Left legalism/Left Critique*, Durham NC: Duke University Press, 2002.
- CARDOSO, Evorah Lusci & FANTI, Fabiola. "Movimentos sociais e direito: o poder judiciário em disputa", In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança. Movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe (orgs.). *Amanhã Vai Ser Maior. O levante da multidão no ano que não terminou*. São Paulo: Annablume, 2014.
- CELIKATES, Robin. "Civil Disobedience as a Practice of Civic Freedom", in: David Owen (ed.): *On Global Citizenship. James Tully in Dialogue*, London: Bloomsbury Press, forthcoming.
- CELIKATES, Robin; KREIDE, Regina; WESCHE, Tilo (orgs). *Transformations of Democracy. Crisis, Protest and Legitimation*. London: Rowman & Littlefield International, 2015.
- COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge: MIT University Press, 1994.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought*. Londres: Routledge, 2009.
- COVER, Robert. "Nomos and Narrative", In: COVER, Robert. *Narrative, Violence and The Law. The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995.
- CREAGH, Ronald. *Utopias Américaines. Experiences libertaires du XIXe siècle à nos jours*. Marseille: Agone, 2009.
- DAY, Richard J. F. *Gramsci is Dead. Anarchist Currents in the Newest Social Movements*. Toronto: Pluto Press, 2005.
- DAVIS, Angela Y. *Blues Legacies and Black Feminism. Gertrude "Ma" Rainey, Bessie Smith and Billie Holiday*. Nova Iorque: Pantheon Books, 1998.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- FABIANO MENDES, Alexandre. "A ética do anonimato, a vida da filosofia e as máscaras do poder", In: CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe (orgs.). *Amanhã Vai Ser Maior. O levante da multidão no ano que não terminou*. São Paulo: Annablume, 2014.
- FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. "O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes", *Revista Direito GV*, vol.9, no.1 São Paulo, pp. 23-45, 2013.
- FIGUEIREDO, Vinicius (org.). *Junho de 2013 – A sociedade enfrenta o Estado*. São Paulo: Summus, 2014.
- FILLIEULE, Olivier; AGRİKOLIANSKY, Eric; SOMMIER, Isabelle (orgs.). *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*. Paris: La Découverte, 2010.

- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Sobre la Ilustración*. Madrid: Tecnos, 2006.
- _____. *O Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GOHN, Maria de Glória. *Manifestações de Julho de 2013 no Brasil e nas Praças dos Indignados do Mundo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- GREGORI, Maria Filomena; DEBERT, Guita Grin. "Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, p. 165-185, 2008.
- GUNTHER, Klaus. "Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança". *Novos Estudos CEBRAP*. 2009, n.83, pp. 11-25, 2009.
- GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA VERA, Ernesto. "A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability". *Lua Nova*, v. 84, p. 95-140, 2011.
- GURZA LAVALLE, Adrian; CASTELLO, Graziela; BICHIR, Renata. "Quando novos atores saem de cena - Continuidades e mudanças na centralidade dos movimentos sociais". *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 5, n.2, p. 35-54, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.
- HONNETH, Axel. *Pathologies of Reason. On the Legacy of Critical Theory*. New York: Columbia, 2009.
- _____. "Uma patologia social da razão: Sobre o legado intelectual da Teoria Crítica". In: RUSCH, Fred (org.). *Teoria Crítica*. Aparecida SP: Ideias e Letras, 2008.
- HOKHEIMER, M. "Teoria Tradicional e Teoria Crítica", In: *Benjamin, Horkheimer, Adorno, Habermas*. São Paulo: Abril Cultural, col. Os Pensadores, 1980.
- JEDENSNAIDER, Elena; LIMA, Luciana; POMAR, Marcelo; ORTELLADO, Pablo. *Vinte Centavos: a luta contra o aumento*. São Paulo: Veneta, 2013.
- JELIN, Elizabeth (org.). *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2003.
- KRON, Stefanie; COSTA, Sérgio; BRAIG, Marianne (orgs.). *Democracia e reconfiguraciones contemporáneas del derecho em America Latina*. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert, 2012.
- LAGO, Mara Coelho de Souza; TONELLI, Maria Juracy Figueiras; SOUZA, Mériti de (orgs.). *Sexualidade, gênero, diversidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.
- LISBOA, Marcos de Barros; LATIF, Zeina Abder. "Democracia e Crescimento no Brasil", In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). *A Via Democrática. Como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- LUKACS, G. *História e Consciência de Classe: Estudos de dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- McCann, Michael (org.). *Law and Social Movements*. Ashgate: 2008.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e "Status"*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MENDES, Marcos. *Por que o Brasil Cresce Pouco? Desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- MONTERO, Paula. "Controvérsias religiosas e esfera pública", *Religião e Sociedade*. N. 32, v. 1, pp. 167-183, 2012.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NEUMANN, Franz L. *O Império do Direito*, São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- _____. "O conceito de liberdade política". *Cadernos de Filosofia Alemã. Crítica e Modernidade*. São Paulo, n. 22, pp. 107-154, 2013.
- NOBRE, M. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Zahar, 2004.
- _____. *Choque de Democracia-Razões da Revolta*. São Paulo: Cia das Letras, 2013.
- _____. *Imobilismo em Movimento*. São Paulo: Cia das Letras, 2014.
- NOBRE, M.; REPA, L (orgs.). *Habermas e a Reconstrução - Sobre a Categoria Central da Teoria Crítica Habermasiana*. Campinas: Papyrus, 2012.
- PAIVA, Angela Randolpho (org.). *Ação Afirmativa em Questão. Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França*. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.
- PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica. Un contributo alla critica del diritto civile*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981.
- REYS, João Paulo. "Um panorama dos dias quentes de Junho de 2013 e além", In: BORBA, Maria; FELIZI, Natasha; REYS, João Paulo (orgs.). *Brasil em Movimento. Reflexões a partir dos protestos de junho*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.
- RIZEK, Cibele Saliba; OLIVEIRA, Francisco de; BRAGA, Ruy (orgs). *Hegemonia às avessas. Economia, política e cultura na era da servidão financeira*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- RODRIGUES, Tatiane Consentino. *Movimento Negro no Cenário Brasileiro. Embates e Contribuição à Política Educacional nas Décadas de 1980-1990*. São Carlos: Dissertação de Mestrado (mimeo), 2005.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013a
- _____. "A desintegração do status quo: direito e lutas sociais". *Novos Estudos CEBRAP*, p. 49-66, 2013b.
- _____. "Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, pp. 21-32, 2012a.
- _____. "A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito". RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, pp. 75-88, 2012b.

- _____. "Inverter o Espelho: O direito ocidental em normatividades plurais", In: REIS, Rosana Rocha. *Política de Direitos Humanos*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- _____. *Fuga do Direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo et alii. *Propriedade Intelectual e Conhecimentos Tradicionais*. Brasília: Ministério da Justiça-Secretaria de Assuntos Legislativos, Pensando o Direito vol. 36, 2011.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo; FERREIRA, Carolina Cutrupi. "Como decidem os juízes Sobre a qualidade da jurisdição brasileira", In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Dogmática é Conflito: Uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. "A aplicação das leis e a juridificação de demandas sociais: o caso do racismo no Brasil". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, pp. 103-132, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GARAVITO, César A. (orgs.). *Law and Globalization from Below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- SCHEUERMANN, Willian. *Frankfurt School Perspectives on Globalization, Democracy and The Rule of Law*. London: Routledge, 2008.
- SCHIOCCHET, Taysa. "Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória", In: BRAUNER, Maria Cláudia (org.). *Biodireito e Gênero*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.
- SCHWARZ, Roberto. *Ao Vencedor as Batatas: Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades / Ed. 34, 2000.
- _____. *Um Mestre na Periferia do Capitalismo: Machado de Assis*. São Paulo: Duas Cidades / Ed. 34, 2001.
- SCOTT, James C. *Two Cheers for Anarchism*. Princeton NJ: Princeton University Press, 2012.
- SCHWARTZMAN, Simon (org.). *A Via Democrática. Como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (ogs). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Rosana. *Na Trilha do Arco-Íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.
- TEUBNER, Günther. "A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional", *Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas*. v. 14, pp. 9-32, 2003.
- _____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.
- WILLIAMS, Patricia. *The Alchemy of Race and Rights. A Diary of a Law Professor*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- VÁRIOS. *Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas*. São Paulo: Boitempo, 2012.
- _____. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

XIBERRAS, Martine. *As Teorias da Exclusão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

ZUGMANN, Daniel Leib. *Processo de concretização normativa e direito tributário: transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal*. São Paulo: Mestrado em Direito (mimeo), FGV-Direito SP, 2014.