

**NOTAS ACERCA DA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL NO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

**NOTES SUR LA FORMATION DE SATISFACTION JUDICIAIRE EN FÉDÉRALE COUR  
SUPRÊME (STF)**

Aline Caldeira Lopes<sup>1</sup>

**RESUMO**

O objetivo deste artigo é o de realizar um diálogo com uma concepção de direito e de lei expressa no voto do então Ministro Relator Cezar Peluso por ocasião do início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). O debate envolve a constitucionalidade do Decreto (4.887/2003) que estabeleceu as regras para o reconhecimento, titulação e registro de territórios quilombolas no Brasil. Como será desenvolvido no decorrer deste artigo, trata-se de uma noção limitadora acerca das fontes do direito. Tal noção é expressa nas razões do voto arroladas na referida ação de controle concentrado de constitucionalidade. Como fundamento do voto - contrário à constitucionalidade do Decreto em questão - o Ministro exclui de seu campo de análise e interpretação – ainda que os mencione - qualquer estudo, artigo ou produção científica que não tenha a autoria de juristas, professores de direito, advogados, juízes, promotores ou outros profissionais do campo do direito. A análise do cotidiano das práticas judiciárias, traduzidas em autos judiciais, pareceres, laudos, votos, decisões judiciais, petições de advogados, aponta para a compreensão de um *locus* que pode reproduzir, neutralizar, reforçar ou enfraquecer as relações de poder que são constituídas a partir de outras redes de sociabilidade que não aquelas relacionadas ao campo jurídico. Em diálogo com a Teoria Constitucional, trata-se de compreender o direito e o espaço de relações sociais que ele comporta como imbricado nas relações sociais de modo geral e não como algo que se sobrepõe ou se destaca das mesmas. A lei escrita, a norma e a própria constituição de determinado país são a cristalização de momentos específicos das disputas de poder que estão presentes na sociedade que se dão de forma contínua.

Palavras-chave: direito, interpretação judicial, STF.

---

<sup>1</sup> Advogada do Centro de Assessoria Popular Mariana Criola, Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Professora do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA).

## RÉSUMÉ

Le but de cet article est de mener un dialogue avec une conception du droit et du droit exprimée dans le vote de la ministre Cezar Peluso Rapporteur à l'occasion de l'ouverture du procès de l'action directe en inconstitutionnalité ( ADI ) 3239 , pendante devant la Cour suprême ( STF ) . Le débat concerne la constitutionnalité du décret ( 4.887/2003 ) qui établit les règles pour la reconnaissance , le titrage et l'enregistrement des territoires marron au Brésil . Comme on le verra tout au long de cet article, il s'agit d'une notion de limitation des sources de droit . Cette notion est exprimée dans les motifs du vote inscrit dans ladite action de contrôle concentré de la constitutionnalité . À l'appui de vote - contrairement à la constitutionnalité de l'arrêté en question - le ministre exclut de son champ d'analyse et d'interprétation - même la mention - toute étude ou la production d' un article scientifique qui n'a pas la paternité de juristes , professeurs de droit , avocats , juges, procureurs et autres professionnels dans le domaine du droit . L'analyse de la pratique judiciaire quotidienne , traduit dans les dossiers judiciaires , avis, rapports , notes, les jugements, les pétitions des avocats , souligne à la compréhension d'un lieu qui peut jouer , neutraliser , renforcer ou affaiblir les relations de pouvoir qui composent le d'autres réseaux sociaux que ceux liés au domaine juridique . En dialogue avec la théorie constitutionnelle , il s'agit de comprendre le droit et l'espace des relations sociales qui se comporte comme imbriqué dans les relations sociales en général et non pas comme quelque chose qui recouvre ou les faits saillants de celle-ci . La loi écrite, la norme et la constitution même d'un pays est la cristallisation des luttes de pouvoir spécifiques qui sont présents dans la société qui se produisent en permanence dans le temps.

Mots-clés: droit, interprétation judiciaire, STF.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o de realizar um diálogo com uma concepção de direito e de lei expressa no voto do então Ministro Relator Cezar Peluso por ocasião do início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). O debate envolve a constitucionalidade do Decreto (4.887/2003) que estabeleceu as regras para o reconhecimento, titulação e registro de territórios quilombolas no Brasil.

Como será desenvolvido no decorrer deste artigo, trata-se de uma noção limitadora acerca das fontes do direito. Tal noção é expressa nas razões do voto arroladas na referida ação de controle concentrado de constitucionalidade. Como fundamento do voto - contrário à constitucionalidade do Decreto em questão - o Ministro exclui de seu campo de análise e interpretação – ainda que os mencione - qualquer estudo, artigo ou produção científica que não tenha a autoria de juristas, professores de direito, advogados, juízes, promotores ou outros profissionais do campo do direito.

O voto em análise desenvolve diversos pontos importantes no que tange ao debate em torno do reconhecimento, da titulação e do registro de territórios quilombolas no Brasil. É o exemplo do debate acerca da legalidade da desapropriação para fins de titulação de territórios quilombolas, o papel das comunidades remanescentes de quilombos na sociedade contemporânea e o próprio conceito de “remanescente de quilombo”.

Ainda que este texto possa ter pontos de contato com os tópicos arrolados, em especial, com o último, pretende-se debruçar-se num debate que perpassa todos os demais, estando, portanto, intrínseco aos argumentos que fundamentaram o entendimento do Ministro Peluso pela inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003.

## O ESPAÇO DE PRODUÇÃO DE NORMAS COMO ARENA DE CONFLITOS

A regulamentação do direito quilombola passou cerca de sete anos, após a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, sem qualquer instrumento legal de abrangência nacional que guiasse a sua efetivação. Isto não ocorreu sem a pressão de organizações sociais de luta pela terra que, em alguns Estados como o Pará, pressionaram os governos locais para que realizassem a titulação através de regulamentações estaduais. Segundo a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP), organização não governamental que realiza pesquisas sobre comunidades tradicionais no país (indígenas e quilombolas), a primeira manifestação do poder público pelo desdobramento do dispositivo constitucional foi a portaria 307 do INCRA, que regulamentava a demarcação e a titulação das áreas quilombolas e foi publicada no ano de 1995. O segundo instrumento de regulamentação seria a 11ª reedição da Medida Provisória 1.911, que delegou ao Ministério da Cultura, através da Fundação Cultural Palmares (FCP), a competência para titular as terras quilombolas, remetendo-nos a um conflito interno ao próprio Estado, que dizia respeito a qual órgão – INCRA ou FCP – seria o responsável pelas titulações e demarcações das áreas remanescentes de quilombos, uma disputa que na realidade tinha como pano de fundo a oposição entre o enquadramento dos “remanescentes de quilombos” como uma problemática fundiária ou cultural (ARRUTI, 2006, p. 111).

A julgar pela estrutura da Fundação Cultural Palmares à época, carente em corpo técnico e funcional, há que se questionar a disposição do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso em realizar as desapropriações necessárias à titulação das terras quilombolas, o que é confirmado pelo “pacote de titulação” realizado pelo órgão em novembro de 2000, sem que houvesse desapropriações nas áreas ou a anulação de títulos de terceiros e nem mesmo a retirada de ocupantes não quilombolas (Site da Comissão Pró Índio – SP).

No ano de 2001, foi editado o Decreto 3.912, que delimitava um marco temporal para a caracterização das comunidades como “remanescentes de quilombos”. Segundo o decreto, estavam contempladas pelo artigo 68 as terras ocupadas por remanescentes de quilombos “desde o ano de 1888 até a data de 5 de outubro de 1988”.

Atualmente, vigora o decreto 4.887 de 2003, editado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que revogou o anterior. Ele regulamenta os procedimentos administrativos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos e define que a competência para a realização dos

---

<sup>2</sup> Segundo o art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

procedimentos é do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), por meio do INCRA, porém a Fundação Cultural Palmares (FCP) é a responsável pela emissão da certidão que declara acolhido o pedido de reconhecimento dos grupos como remanescentes de quilombos.

O decreto aboliu a exigência temporal de permanência no território e incorporou a definição da categoria “remanescente de quilombo”. Além disto, definiu a categoria “remanescentes e quilombos” como “grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (art. 2º. Decreto 4887/2003).

O novo decreto inseriu, portanto, modificações na conceitualização de comunidade quilombola em relação ao anterior, que limitava a definição de quilombo à referência da legislação penal da época da escravidão – na medida em que se apegava à noção de fuga – e, como já mencionado, à ocupação do território ao período compreendido entre os anos de 1888 e 1988.

O Decreto 4.887/2003 estabeleceu ainda que a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante a autoatribuição<sup>3</sup> da própria comunidade, o que dá início aos procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação e titulação das terras ocupadas pelos grupos. Entretanto, estabeleceu a possibilidade de desapropriação pelo Estado do território quilombola ocupado por supostos proprietários, garantindo o direito de propriedade destes.

O Decreto 4887/2003 vem sendo atacado por vários setores contrários ao reconhecimento do direito quilombola. Neste sentido, o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF) com a Ação Direita de Inconstitucionalidade 3239/2004, visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003, pois – segundo o partido - a matéria deveria ser regulada por uma lei e não por um decreto presidencial. Além disso, para o DEM, o decreto produziu uma interpretação extensiva da categoria *remanescentes de quilombos, território* e introduziu equivocadamente critério de *autoatribuição*.

A ação, que possui como Relator o Ministro Cezar Peluso, foi colocada na mesa para julgamento no dia 17 de Abril de 2012, data que foi exposto o voto objeto do presente artigo. Logo em seguida à exposição, houve o pedido de vista pela Ministra Rosa Weber, ocorrência que suspendeu o julgamento até a presente data.

É importante destacar que não há qualquer regra pré-estabelecida para a definição do momento em que determinado processo será posto em pauta para julgamento. Neste caso, o referido Ministro Relator se aposentaria logo em seguida, o que não o impediu de dar início ao julgamento.

Para os setores pró-quilombolas é descabido o argumento de inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003, pois – sinteticamente - o artigo 68 dos ADCT reconhece o direito fundamental das

---

<sup>3</sup> A noção de autoatribuição trazida pelo Decreto está, por meio da analogia, em consonância com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do direito das comunidades indígenas e tribais.

comunidades quilombolas e, portanto, é autoaplicável, assim como previsto no art. 5º, §1º da CF/88, ou seja, sua aplicação independe de edição de lei. Será, portanto, esse debate de concepções acerca de qual seja a interpretação do direito ao território quilombola que estará presente nos conflitos sociais pelo reconhecimento e titulação das comunidades quilombolas levados ao judiciário: sobre o uso de um conceito *ressemantizado*, que pressupõe uma interpretação extensiva dos quilombolas como grupos étnicos ou o uso “dicionarizado”, que interpreta o artigo constitucional de forma restrita e entende os quilombos unicamente como espaços de “negros fugidos” (FIGUEIREDO, 2009). Exemplo dessa interpretação “dicionarizada” que menciona Figueiredo, é a petição da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, na qual solicita ao STF sua inclusão nos autos na condição de *amicus curia*. Na mesma, os autores afirmam a seguinte interpretação:

comunidades dos quilombos, sabidamente, eram grupos formados, durante a escravidão, predominantemente por escravos fugidos do cativo, que se homiziavam em lugares ermos e quase inacessíveis, onde podiam encontrar espaço para viver livremente a sua subsistência e em cujo meio também se acoitaram índios e eventualmente brancos socialmente desprivilegiados (cf. Dicionário Houaiss, Rio, 2004), ou, mesmo, após a abolição, por ex-escravos, em áreas cedidas por seus ex-senhores ou por eles adquiridas com o fruto do seu trabalho (Petição CNA. ADIN 3.239/2004, STF, p. 2).

Como conclusão coerente dessa interpretação, concluem que “remanescentes das comunidades dos quilombos, na verdade, não podem ser senão o que sobrevive dessas comunidades” (Petição CNA. ADIN 3.239/2004, STF, p.2).

No sentido oposto, a petição do Presidente da República, em defesa do Decreto 4.887/2003, transcreve a Exposição de Motivos nº 020/03 da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) que fundamentou a edição do Decreto, para expor um posicionamento interpretativo acerca do conceito de quilombolas, que caracterizamos como *ressemantizado*.

De acordo com tal interpretação, as comunidades remanescentes de quilombos são caracterizadas como uma “identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitual [sic] territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender os desígnios e objetivos evidentes da Constituição” (Petição do Presidente da República. ADIN 3.239/2003, STF, p.21).

## A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E O RECONHECIMENTO DE TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS NO STF

Um dos pressupostos que se pretende dialogar é o de que a temática da titulação de territórios quilombolas no Brasil, para ser compreendida e interpretada pelo Poder Judiciário brasileiro, prescinde do diálogo com áreas do conhecimento que não a área propriamente jurídica das faculdades e pós-graduações em direito, bem como de produções acadêmicas ou jurídicas de juízes, procuradores, ministros, advogados, dentre outros. Tal pressuposto pode ser demonstrado, no voto do Ministro Relator, no entendimento pela desnecessidade de realização de audiência pública para o julgamento da ADI 3.239. Segundo o mesmo:

E, antes de adentrar-lhe [sic] o mérito, registro que, apesar de muitos pedidos para a realização de audiência pública, não descobri razões que justificassem, à luz da própria legislação de regência desse instituto (...). Ora, à [sic] toda evidência, a causa encerra matéria de direito. Os autos estão fartamente instruídos, e não há tema que envolva complexidade técnica” (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pgs. 6 e 7).

A primeira tentativa argumentativa de isolamento das razões que fundamentaram o voto do Ministro, num campo fechado (BOURDIEU, 1997) hermeticamente às pressões e lutas em torno das regras de titulação e registro de territórios quilombolas no Brasil foi o entendimento pela não realização de audiência pública sobre o tema. Deste modo, os elementos que embasariam os votos do Ministro Relator e dos demais estariam limitados ao que pudesse ser trazido aos autos na forma documental, excluindo-se assim um debate público em torno da temática.

Ocorre que, tendo em vista tratar-se de uma temática que tangencia questões estruturais, relacionadas à distribuição de direitos e privilégios no Brasil, como a questão da terra/território, tal tentativa de isolamento apenas pode subsistir como ideologia. Pierre Bourdieu critica tal concepção, apontando que a ciência jurídica, tal como a concebem os juristas, “apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna” (1997: 209). Aponta, portanto, um *modus operandi* do campo, que dificulta o debate aberto, entre setores diversos da sociedade.

No campo da Teoria Constitucional, Peter Haberle compreende a hermenêutica constitucional a partir da necessidade de que esta se conforme a uma sociedade pluralista ou sociedade aberta (1997). Entende, portanto, o processo constitucional como parte do processo de participação democrática (HABERLE 1997:10).

Para Haberle, a teoria da interpretação constitucional, na contemporaneidade, está em confronto com três principais questionamentos, quais sejam: quais são as tarefas e os objetivos da mesma; qual seu método, no que tange ao processo de interpretação constitucional e às regras da mesma e, por fim; quais são os participantes do processo de interpretação constitucional. Este último, mais recente, apresenta-se como consequência das tentativas de elaboração de um processo constitucional mais assente às demandas da *sociedade aberta* ou *sociedade pluralista*, categorias com as quais o autor opera para caracterizar sociedades democráticas (HABERLE, 1997: 11).

Considerando a influência do constitucionalismo alemão no direito brasileiro, demonstrado inclusive na elaboração da apresentação do livro *Hermenêutica Constitucional*, do autor alemão, pelo Ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, é relevante que as ideias daquele sejam trazidas como mecanismo de auxílio na compreensão da forma como se dá o processo de interpretação constitucional no tribunal brasileiro em análise. Mesmo que no caso concreto, o que se aponta seja contraditório ao que se tem elaborado no campo da teoria constitucional, ainda assim torna-se um instrumento de análise da realidade.

Haberle sustenta a tese de que, no processo constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *com numerus clausus* de intérpretes da Constituição (1997: 13). Entretanto, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação” (HABERLE, 1997: 14).

Outro ponto desenvolvido nas argumentações do voto em análise é consequência do primeiro. O entendimento de se tratar de *matéria de direito*, eminentemente *técnica*, fundamenta o entendimento da desnecessidade de diálogo com outras áreas de conhecimento, que não a jurídica propriamente dita.

Ao manifestar-se pela inconstitucionalidade material do Decreto, ora questionado, o Ministro Peluso coloca-se “ao lado da ponderação sempre lúcida” do ex-Ministro Carlos Velloso, em parecer acostado à manifestação do *amicus curiae*<sup>4</sup> da Confederação Nacional da Indústria (CNI), o qual vale transcrever neste ponto:

O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentaria, o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art. 68 do ADCT. Muito se escreveu a respeito do tema. A maioria dos trabalhos, bons trabalhos, é necessário

---

<sup>4</sup> Em que pese a não autorização da realização de audiência pública pelo Ministro Cezar Peluso possa ser contraposta ao fato de que argumentos de áreas do conhecimento estranhas ao direito foram trazidos na forma de *amicus curia*, o instituto não teve o condão de efetivar o diálogo com os fundamentos do julgamento expressos no voto em análise, como será desenvolvido ao longo do texto.



registrar, são, entretanto, trabalhos metajurídicos, escritos sob o ponto de vista étnico – alguns chegam a falar num ramo do Direito, o Direito Étnico – sócio-antropológico e político. São bons trabalhos, repete-se, que pugnam mais pelo ideal de proteção aos descendentes dos quilombolas, o que é elogiável. Por tal razão, são muito mais de *lege ferenda* do que *de lege lata*, refletidores, portanto, do que devia ser, tendo em consideração os conceitos metajurídicos em que se assentam, do que efetivamente, é, tendo em linha de conta conceitos jurídicos. (VELLOSO, Carlos *apud* Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg. 20).

Nota-se que, ao incorporar o trecho acima, após declaração de concordância com o mesmo, o Ministro Peluso traz para o campo das razões de seu convencimento, os argumentos apresentados pelo autor do texto. Reitera, portanto, a concepção de que todos os estudos, ainda que científicos, do campo acadêmico da antropologia, da sociologia, da história ou da ciência política, não devem fazer parte do rol de fundamentação das decisões judiciais, no âmbito do controle de constitucionalidade ao menos, por serem *metajurídicos*.

Retomando o diálogo com Habermas, tal entendimento estaria em discordância com a teoria que diz respeito à metodologia da interpretação constitucional. Isso porque o autor compreende a mesma como processo interdisciplinar, que se relaciona com as diversas áreas das ciências humanas:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional encerra seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídicas funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem estar geral – então, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional (HABERLE, 1997: 12).

Ao longo da fundamentação do voto ora em análise, no entanto, há larga menção a textos de outras áreas do conhecimento, não propriamente científicas, como textos jornalísticos, sabidamente desenvolvidos sem o rigor acadêmico que os tradicionais métodos científicos impõem aos textos antropológicos, históricos ou sociológicos. É o que ocorre após a declaração do convencimento pela inconstitucionalidade do Decreto em questão (pg. 20), momento em que faz menção ao crescimento dos conflitos agrários e o “incitamento à revolta” que a “usurpação de direitos” decorrente da edição do Decreto trouxe à sociedade brasileira: “É que o nobre pretexto de realizar justiça social, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da paz social, o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar. Antes, deve afastar” (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.20 e 21).

Em decorrência dessa afirmação, houve a citação de uma publicação conhecida no campo dos debates acerca do tema como vinculadora de posições contrárias não somente à constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, mas de qualquer direito atribuído como reparação ao período histórico da escravidão:

Por essa especial razão, também li artigos e editoriais publicados pela mídia, assim como obras escritas pelos que já se vinham opondo ao Decreto nº 4.887/2003, a exemplo do jornalista NELSON RAMOS BARRETO, autor da “Revolução Quilombolas – Guerra Racial – Confisco Agrário e Urbano – Coletivismo”, Artpress Indústria Gráfica e Editora Ltda., 2007. Depois retomaremos a este ponto, para focalizar situações que, por todo o País, dão prova das perplexidades que hão de ser enfrentadas (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.20).

É interessante ressaltar que, ao mesmo tempo em que o texto expõe uma concepção de direito e de interpretação judicial restrita a fontes oriundas tão somente do campo jurisdicional, traz a baila uma série de textos jornalísticos, propriamente ditos, ou elaborados por jornalistas, como o citado acima. São citações de artigos de opinião ou editoriais dos Jornais O Estado de São Paulo, Revista Isto É, Jornal O Globo e Agência Estado.

Em matéria do Jornal O Estado de São Paulo, do dia 14/08/2008 (Pg. 52), há a afirmação de que:

os conflitos são gerados, necessariamente, pela usurpação de direitos fundiários de ocupantes – sejam empresas de produção agrícola, comunidades religiosas e até áreas de adestramento da Marinha do Brasil – ou por confronto com o interesse público, caso de reservas biológicas sob a proteção do IBAMA. (...) Como diz o advogado da Aracruz Celulose – uma das empresas mais atingidas pelas expropriações quilombolas-, o Decreto nº 4.887 (...) abriu um processo de reforma (agrária) com base em critérios raciais, passando, a partir daí, a atingir recursos de terceiros (Voto do Min. Rel. Cezar Peluso. ADI 3.239/DF. Pg.52).

Interessante notar, ainda, que o diálogo e a referência a outros campos de conhecimento não goza de baixa ocorrência no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Sendo o tribunal competente, no Brasil, para o controle de constitucionalidade de leis, decretos, atos normativos e decisões judiciais de modo geral, com frequência permite-se trazer à baila estudos históricos, antropológicos, sociológicos, filosóficos, dentre outros.

## O DIREITO IMBRICADO NAS RELAÇÕES SOCIAIS

A análise do cotidiano das práticas judiciárias, traduzidas em autos judiciais, pareceres, laudos, votos, decisões judiciais, petições de advogados, aponta para a compreensão de um *locus* que pode reproduzir, neutralizar, reforçar ou enfraquecer as relações de poder que são constituídas a partir de outras redes de sociabilidade que não aquelas relacionadas ao campo jurídico.

Trata-se, portanto, de compreender o direito e o espaço de relações sociais que ele comporta como imbricado nas relações sociais de modo geral e não como algo que se sobrepõe ou se destaca das mesmas. A lei escrita, a norma e a própria constituição de determinado país são a cristalização de momentos específicos das disputas de poder que estão presentes na sociedade que se dão de forma contínua. Antônio Negri desenvolve essa ideia a partir da diferenciação entre *constituição material* e *constituição formal*:

Portanto, é a partir da “constituição material” que a constituição formal será interpretada, modificada e eventualmente substituída. A elasticidade da constituição formal é delimitada pelas forças que constituem politicamente a sociedade e formam sua constituição material através de compromissos institucionais contínuos. Não uma norma fundamental, mas um movimento incessante está na base da constituição e determina seu dispositivo dinâmico” (NEGRI, 2002:19).

Lassale aponta a relação entre as relações sociais e o direito a partir da elaboração do conceito de Constituição como “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. A Lei, o Direito, a Constituição seriam, nesse sentido, a expressão escrita, documentadas de tais fatores de poder, que por sua vez transformam-se em instituições jurídicas (1998, 19).

Tal como Negri, Lassale empreende uma diferenciação entre o que ele conceitua como uma *constituição real* e efetiva, constituída pelos fatores reais de poder que regem a sociedade e outra, a *constituição escrita*, denominada por ele por folha de papel. (LASSALE, 1998:25):

Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel (LASSALE, 1998:31).

Há que se ressaltar que, pela análise da integralidade da obra dos autores, é possível afirmar que a dualidade apresentada entre as relações de poder dadas na sociedade e sua expressão escrita, documentada, na forma de lei, Constituição, mais do que empreender uma dicotomia entre ambas, pretende chamar atenção para o modo como tais dimensões encontram-se imbricadas.

Sob um ponto de vista diverso, mas relacionado, os autores marxistas que refletem sobre o Estado e sobre o Direito, trazem contribuições no mesmo sentido: de rompimento com certa

construção ideológica que procura sobrepor as normas positivadas às relações de poder que se expressam conflitivamente na sociedade.

Na obra, *Estado e Revolução*, Lênin reflete acerca da legitimidade do Estado, e conseqüentemente das leis que dele emanam, como a Constituição, a partir de uma crítica sobre o próprio conceito de Estado, caracterizado por ele como Estado burguês ou capitalista. Para tanto empreende uma releitura da teoria marxista, com o objetivo de extrair da mesma os aspectos mais relevantes com relação não só a sua problemática, mas às tarefas que estavam colocadas ao proletariado russo e mundial no início do século XIX. Parte, portanto, da noção marxista do Estado como “produto do antagonismo inconciliável das classes” (LÊNIN, 1987):

O Estado não é, de forma alguma, uma força imposta, do exterior, à sociedade. Não é, tampouco, “a realidade da Idéia moral”, “a imagem e a realidade da Razão”, como pretende Hegel. É um produto da sociedade numa certa fase de seu desenvolvimento. É a confissão de que essa sociedade se embaraçou numa insolúvel contradição interna, se dividiu em antagonismos inconciliáveis de que não se pode desvencilhar-se. Mas, para que essas classes antagônicas, com interesses econômicos contrários, não se entrededorassem e não devorassem a sociedade numa luta estéril, sentiu-se a necessidade de uma força que se colocasse aparentemente acima da sociedade, com o fim de atenuar o conflito nos limites da “ordem”. Essa força, que sai da sociedade, ficado, porém, por cima dela e dela se afastando cada vez mais, é o Estado (ENGELS, 1894 apud LÊNIN, 1987:8).

A análise de Lênin sobre o Estado capitalista aponta para a importância do processo histórico no curso da superação das instituições existentes por outras, que atendam de fato às necessidades do conjunto da humanidade. Aponta ainda, para uma perspectiva de análise do Estado sob a ótica do conflito, especificamente do conflito de classes.

Ainda que Lênin não esteja dialogando com a doutrina jurídica tradicional, sua abordagem rompe com um modo de análise que insiste em observar o Estado e o Direito como instrumento de pacificação dos conflitos existentes na sociedade, destacados dos mesmos. Lênin, ao contrário, em diálogo com Marx, recoloca o Estado como *locus* desses mesmos conflitos:

Para Marx, o Estado é um órgão de dominação de classe, um órgão de submissão de uma classe por outra; é a criação de uma “ordem” que legalize e consolide essa submissão, amortecendo a colisão das classes. Para os políticos da pequena burguesia, ao contrário, a ordem é precisamente a conciliação das classes e não a submissão de uma classe por outra; atenuar a colisão significa conciliar, e não arrancar às classes oprimidas os meios e os processos de luta contra os opressores e cuja derrocada elas aspiram (LÊNIN, 1987:10).

Vitor Nunes Leal destaca a dimensão conflitiva inerente ao conceito de Estado, ao mencionar as forças políticas como impulsionadoras da evolução do mesmo, “no sentido de ajustá-lo às mudanças que porventura tenham ocorrido no seio da sociedade”:

Essas forças políticas é que decidem da oportunidade da mudança, favorecida muitas vezes por circunstâncias fortuitas, ou retardada ineptamente até o momento da transformação violenta, levada a efeito por forças que nem sempre se encontram no primeiro plano (LEAL, 1955:94).

Importante destacar ainda a dimensão de direito enquanto processo histórico e a lei como momentos de cristalização da composição entre setores sociais em conflito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação do Brasil como país mundialmente reconhecido pela exportação de produtos primários deu-se através do processo histórico de expansão de suas fronteiras agrícolas com o deslocamento de populações indígenas, tribais e caboclas que eram arrastadas para áreas cada vez mais longínquas e menos férteis do Brasil. Este processo se dá, de forma permanente e contínua há cerca de 500 anos, basicamente da mesma forma. Se nos “tempos iniciais” o deslocamento dos conquistadores sobre o território pressupunha a incorporação do espaço a uma realidade político-institucional, atualmente a ocupação territorial se faz “em nome da propriedade privada da terra, da relevância econômica da propriedade fundiária como fonte de renda territorial e como instrumento para obtenção de incentivos fiscais e subsídios públicos” (MARTINS, 1998:664).

Segundo José de Sousa Martins, “nos tempos atuais, a ocupação territorial do interior distante ganhou um sentido totalmente diverso. Para os pobres, é o movimento de fuga das áreas que os grandes proprietários e as empresas vêm ocupando progressivamente. Para os ricos, é um território de conquista” (1998: 664). Entre os que se deslocam, sejam os que vêm por trás das fronteiras agrícolas, seja os que estão de frente, sendo empurrados por elas, acabam formando grupos concorrentes e conflitivos, com concepções opostas sobre a terra e o território, o público e o privado: “de um lado, os numerosos pobres que, de diferentes regiões do país, buscam um lugar para acomodar sua pobreza; de outro lado, as grandes empresas e os grandes grupos econômicos que procuram ampliar o território do lucro”. É importante destacar como a lei e o direito participam deste processo, legalizando usurpações em que a propriedade privada é tida como sinônimo de progresso e desenvolvimento em oposição às formas tradicionais de uso do solo:

Nas áreas de fronteira, a disseminação da propriedade privada só superficialmente recobre de formas jurídicas relativas ao direito à propriedade privada. Essencialmente, ele se baseia em ações que prolongam a vitalidade histórica da sebaça, do saque, do direito aos bens dos vencidos. É aqui, um direito ambíguo, embora revestido da força da forma, daí seu fácil reconhecimento por juízes e tribunais, que no fim acabam consumando graves injustiças. [...] O legal e o legítimo se confrontam e se opõem. Daí a extensão dos conflitos e sua gravidade (MARTINS, 1998:668).

O objetivo do presente artigo foi o de compreender este “direito ambíguo” de que fala Martins, este direito revestido pela “força da forma” que, no contexto brasileiro, sugere-nos que a lei assegura uma norma diferente, qual seja: “a manutenção do privilégio para aqueles que possuem poderes extralegais para manipular a política, a burocracia e a própria história” (HOLSTON, (1993:87).

Ainda que aparentemente o voto em debate no presente artigo se apresente em contradição com a teoria constitucional contemporânea, é preciso que se alargue a lente de análise para compreendê-lo a partir dos processos de disputa de poder que se dão na sociedade.

Como relações de poder e dominação que se encontram imbricadas no conjunto das relações sociais, os debates que se desenvolvem no campo jurídico - ainda que sob a forma de ideologia -, reproduzem relações de força historicamente arraigadas, como aquelas que mantêm a concentração de terras no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Os quilombos e as novas etnias: é necessário que nos libertamos da definição arqueológica. In: LEITÃO, Sérgio (Org.). Direitos territoriais das comunidades negras rurais. Documentos do ISA, n° 5. 1999.

ARRUTI, José Maurício. Mocambo: antropologia e história no processo de formação quilombola. Bauru: Edusc, 2006.

BRASIL. Decreto 4887 de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acessado em 20 de outubro

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

Comissão Pró Índio de São Paulo. Comunidades Quilombolas. Disponível em: <[http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/oque/home\\_oque.html](http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/oque/home_oque.html)>. Acessado em 15 de agosto de 2009.

FIGUEIREDO, André Luiz Videira. O “Caminho Quilombola”: Interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos. Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese, 2009.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HOLSTON, James. Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. Número 21 ano 8, 1993. Pg. 68-89.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LÊNIN, Vladimir Ilich Ulianov. O Estado e a Revolução. São Paulo: Hucitec, 1987.

Leal, Victor Nunes. A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia. Cinco estudos: a federação: divisão de poderes os partidos políticos a intervenção do estado. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, 1955.

MARTINS, José de Souza. A Vida Privada nas Áreas de Expansão da Sociedade Brasileira. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.) História da Vida Privada no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. (Volume 4) 659-721.

MEDEIROS, Leonilde. A Luta pela Terra no Brasil. Curso INCRA. Mimeografado.

NEGRI, Antonio. – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.