XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

GERMANO ANDRÉ DOEDERLEIN SCHWARTZ

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

S678
Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Germano André Doederlein Schwartz; Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-756-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

Ante o processo de globalização e dos avanços da tecnologia, da compressão espaço-tempo, a questão do sujeito tornou-se mais conflitiva, em razão de o mesmo ter ficado cada vez mais solitário na solução de seus problemas. Com a crescente complexificação das sociedades dos tempos pós-modernos o sujeito sofreu inúmeras influências, que culminaram numa identidade híbrida e volúvel. Um dos fatores que mais interferiu no comportamento e nos modos de vida dos sujeitos foi a cultura do consumo e o avanço da tecnologia, que despertaram um constante e insaciável desejo de aquisição, além de necessidades artificialmente construídos pelo sistema. Esse sentimento de falta e de buscas continuamente renovadas desperta, por outro lado, a necessidade de equilíbrio e de reelaboração de conceitos com relação ao sujeito, cada vez mais dissociado de si mesmo e do outro.

Nesse sentido, os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho "Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas" representam a preocupação com tais abordagens, pois aproximam-se do fenômeno jurídico por caminhos metodológicos e epistemológicos bastante distintos dos percorridos pela dogmática positivista-normativista. Pesquisas empíricas, documentais, bibliográficas, com metodologias que vão desde aproximações dialéticas até abordagens etnográficas dão o tom da abertura, da variedade e da riqueza das investigações que seguem na presente publicação.

O primeiro texto apresentado "A Desconstrução Da Diversidade Por Padrões: Ponderações Entre A Igualdade E A Diferença" de autoria de Andréia Garcia Martin e Juliana Izar Soares Da Fonseca Segalla, demonstra a importância da discussão da igualdade e da diferença nos contextos atuais, principalmente no que se refere a aplicação da ponderação desses direitos fundamentais em situações em que estes colidem ou a partir da perspectiva prática dessas categorias.

Péricles Stehmann Nunes e José Francisco Dias Da Costa Lyra no texto:"A Ruptura Democrática Na Modernidade Periférica: A Generalização Das Relações De Subintegração E Sobreintegração", analisamos elementos teóricos dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade complexa, sob o paradigma sistêmico de Luhmann, a fim de compreender os problemas que se referem ao conceito de "acoplamento estrutural" ligados à Constituição.Visto que se trata de um modelo

teórico conceitualmente muito abrangente, analisam-se alguns de seus aspectos mais relevantes, tendo por objetivo apontar certas perspectivas básicas que viabilizem a compreensão dos novos problemas do Estado Democrático de Direito em face dos processos que se delineiam no sentido da urgência de uma promoção de inclusão social.

O Texto seguinte, de autoria de Roberta Drehmer de Miranda“A Sociologia Do Direito Entre A Reinvenção Do Alternativismo E Do Positivismo Jurídico”, a autora analisa, a partir de concepções teóricas e de várias teorias de caráter alternativo o reforço, ou, o retorno do positivismo jurídico, que nenhuma das teorias chamadas “alternativas ao positivismo” conseguiu superá-lo. Os autores Celso Marins Torres Filho e Adriano César Oliveira Nóbrega trazem a importante abordagem sobre “A Vida Privada Em Debate: Uma Análise Da Campanha "Só Tenha Os Filhos Que Puder Criar" Sob O Prisma De Michel Foucault”, o texto faz uma análise crítica relacionada a violação dos direitos fundamentais, bem como aborda a problemática da autonomia da vontade e do direito de escolha,partindo de uma reflexão teórico-prática da realidade.

O texto “Antropologia Jurídica Como Mediadora De Políticas Públicas Para Inclusão Dos Migrantes”, de autoria de Alfredo Engelmann Filhoe Yduan de Oliveira May, possibilita a reflexão do papel da Antropologia e da cultura no modo de vida daqueles que aqui chegam, os imigrantes “ilegais” e “legais”, bem como analisa a necessidade de implementação de políticas públicas de recepção a estes.

O texto seguinte intitulado “As Convergências Entre O Pensamento De Boaventura De Sousa Santos E O Cenário Sociopolítico-Jurídico: Ensaio Crítico A Partir Da Obra A Gramática Do Tempo: Para Uma Cultura Política?”,de autoria de Angélica Denise Klein, faz uma reflexão sobe a obra e o pensamento de Boaventura de Sousa Santos a partir do cenário político e econômico brasileiro, refletindo, principalmente, sobre a questão do trabalho no contexto atual.

O texto seguinte “Breves Considerações Sobre A Sociedade Da Informação E Alguns De Seus Desdobramentos Contemporâneos”, dos autores Ricardo LibelWaldman e Heitor Silva De Faria, discutesobre a sociedade da informação, tendo em vista que esta seria uma representação que busca descrever o funcionamento de grande parte das sociedades contemporâneas. Este conceito reflete um momento histórico no qual a informação é a mola propulsora da produtividade econômica e das interações sociais.

Nesta linha de pensamento, a sociedade da informação, na perspectiva que utilizaremos, atua econômica e socialmente cada vez mais através de tecnologias informacionais e

comunicativas que englobariam o modo de processamento, a armazenagem e a difusão da informação por plataformas eletrônicas, exemplificativamente, computador, televisão, telefone, rádio e demais meios. A sociedade, ou seja, as pessoas utilizam as mesmas formas em suas vidas, e isso faz brotar uma estrutura social nova que reflete na sociedade de nível global e local. Roberta Camineiro Baggio e Sarah Francieli Mello Weimer, com o texto "Breves Reflexões Sobre As Possíveis Causas Da Hiperjudicialização Das Relações Sociais No Brasil"analisam na sociedade contemporânea a crescente importância do Poder Judiciário como único órgão solucionador das demandas sociais, bem como verifica-se uma evidente alteração na atribuição de suas funções.

Com o texto "Crispr E O Sistema De Tratamento De Doenças", o autor Gabriel ZanattaTocchetto demonstra se o sistema de tratamento de doenças possui a capacidade de lidar com a reestabilização de eventual seleção positiva do uso de uma ferramenta como o CRISPR para a edição genética do genoma humano e desenvolve, por meio do método indutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o sistema de tratamento de doenças em contraste o CRISPR, terminando por desconstruir o problema-hipótese, verificando que o sistema de tratamento de doenças carece de complexidade operativa, especialmente jurídica e econômica, para operar eventual seleção positiva de uma ferramenta como o CRISPR.

Já Clarice Gonçalves Pires Marques desenvolveno trabalho"Feminicídio, "Ego Conquiro" E A "Ética/Não Ética" De Guerra: Desafios Da Legislação Brasileira Em Face Da Colonialidade Do Direito"demonstra a qual medida a colonialidade, no que diz respeito à ética/não ética de guerra, contribui para o fracasso na redução do feminicídio no país. Notou-se que as estratégias de dominação/guerra e violência repercutem até a atualidade através colonialidade/colonialidade do Direito, mantendo as desigualdades de poder entre os gêneros e mesmo contando com um sistema protetivo formado pelas Leis nº 11.340/2006 e Lei nº 13.104/2015, não houve redução do genocídio feminino.

Na sequência,Bárbara Silva Costa eThamiCovattiPiaia, analisam por meio do trabalho "Globalização, Novas Tecnologias E Educação A Distância: Reflexões Sobre A Formação Jurídica De Profissionais Do Futuro", a importância das novas pedagogias para o ensino do direito diante dos avanços tecnológicos e do ensino à distância. Com o texto "Ineficácia Ou Inadequação Interna Do Constitucionalismo Brasileiro E Teoria Decisional Administrativa Baseada No Princípio Da Integridade"o autor Tiago Ferreira Santos analisa a aplicação do princípio da integridade, de Ronald Dworkin, nas decisões administrativas.

Em "Juizado Especial Civel: É (Des) Necessária A Atuação Do Conciliador Para Construção De Um Processo Judicial Democrático?", estudo de campo realizado pelos autores Antonio

Fernandes De Oliveira Netto eKaryne Castro Da Silva,demonstrou o papel da conciliação e do conciliador no processo judicial e seu alcance democrático para as partes. Com o texto "Proteção Da Cultura E Do Patrimônio Cultural. Um Direito A Ser Assegurado", as autoras Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Lucilla Menezes da Silva Ramos, demonstram a necessidade da proteção da cultura e do patrimônio cultural como um direito humano fundamental.

Já no texto "Trabalho Reprodutivo Na Ordem Neoliberal: Exploração Da Força De Trabalho Feminina E Cidadania Subalterna De Migrantes ? A Que Interessam?", Clarissa Cecilia Ferreira Alves demonstra o papel da mulher migrante e a exploração da sua força de trabalho nos contextos atuais. Nadja Karin Pellejero e Ana Maria Correa Isquierdo apresentam o trabalho intitulado"Um Olhar Etnográfico, Espaços Alterados: Sentimentos E Expectativas De Famílias Em Processos De Remoção Em Dois Bairros Na Periferia De Rio Grande/Rs? Zona De Expansão Portuária", e abordam uma etnografia que analisou os movimentos sociais que surgiram como formas de resistência ao processo da globalização, em esferas públicas locais, especificamente, no município de Rio Grande/RS na denominada zona de expansão portuária, tal temática tem relação com o processo de urbanização e crescimento de tal cidade, para que se pudesse melhor captar esta realidade priorizou-se a análise e coleta de entrevistas, bem como imersão nas comunidades estudadas, considerando para tanto, a necessidade de compreensão dos sentimentos e expectativas das famílias envolvidas nos processos de remoção a fim de que haja um entendimento mais aprofundado de tal situação a partir de um viés antropossociológico para que se possa então pensar em uma justiça social que prime pela inclusão a partir do „olhar de quem protagoniza essas vivências.

"Uma Análise Dos Conflitos De Gênero Em Casos De Denunciação Caluniosa E De Retratação Da Representação: Negociações E Estratégias" é o texto abordado pela autora Elisa GirottiCelmer, queanalisa a conflitualidade presente nas relações conjugais de mulheres que realizam denunciações caluniosas contra seus companheiros por situações de violência ou que se retratam da representação. Especialmente, pretende-se desvelar os conflitos de gênero imiscuídos nesta conflitualidade. Buscou-se elucidar como tais mulheres utilizam mecanismos previstos na Lei 11.340/06 para administrarem conflitos em suas relações conjugais, no sentido de perceber que o senso comum dessas mulheres pode ser um recurso político mais amplo do que o direito penal. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, com técnicas de entrevistas semi-estruturadas, e análise realizada com auxilio do software NVIVO.

Por fim, o texto "Uma Observação Pragmático-Sistêmica Da Democracia Participativa Através Dos Movimentos Sociais", de autoria de Carlos Eduardo de Oliveira Albane e Selmar José Maia, analisa o papel dos movimentos sociais para uma democracia participativa

e traz a reflexão de quais serão e quem serão os novos movimentos socais das sociedades atuais complexas.

Desejamos uma ótima leitura a todos!

Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz - UNILASALLE / FMU

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INEFICÁCIA OU INADEQUAÇÃO INTERNA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E TEORIA DECISIONAL ADMINISTRATIVA BASEADA NO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

INEFFECTIVE OR INTERNAL INADEQUATION OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM AND DECISIONAL ADMINISTRATIVE THEORY BASED ON PRINCIPLE OF INTEGRITY

Tiago Ferreira Santos [1]

Resumo

O objetivo geral foi analisar qual instituto, adequado à cultura jurídica brasileira, pode ser utilizado para o texto constitucional obter eficácia e adequação interna no que se refere à isonomia das decisões administrativas. O método adotado foi a análise bibliográfica qualitativa. Os resultados foram a ineficácia e a inadequação interna conduzem ao constitucionalismo simbólico e tardio violador dos princípios administrativos, ensejando busca por soluções. Concluiu-se pela adoção como norma de caráter geral o princípio da integridade tal qual incorporado ao direito pelo Código de Processo Civil (CPC), com fins de amenizar o personalismo nas decisões administrativas.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Constitucionalização, Simbolismo, Direito, Integridade

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective was to analyze which institute, appropriate to the Brazilian legal culture, can be used to improve the effectiveness and internal adequacy of the Constitution related to equality. The method adopted was the qualitative bibliographic analysis. The results achieved were inefficiency and internal inadequacy lead to symbolic constitutionalism and late constitutionalism that violate the administrative principles, imposing the search for solutions to the situation. Finally, the conclusion was to adopt the principle of integrity incorporated into Brazilian law by "Código de Processo Civil (CPC)", in order to remedy all procedural cases and soften personalism in administrative decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Constitutionalisation, Symbolism, Law, Integrity

[1] Mestrando em Direito - UFBA, especialista em Ciências Criminais - PUC-MG e em Direito do Estado - UCSAL

1 INTRODUÇÃO

A realidade brasileira parece ambígua. De um lado, um país constituído formalmente similarmente ao modelo jurídico ocidental da França, da Alemanha, dos Estados Unidos e da Inglaterra. Do outro, as circunstâncias sociais não correspondem aos livros de direito, ou seja, existe uma constitucionalização apenas com efeitos simbólicos, fruto de uma inequívoca ausência de cultura constitucional com raízes históricas, políticas, jurídicas, sociológicas e antropológicas.

Assim, os temas centrais da presente pesquisa foram a análise da constitucionalização simbólica do direito e das causas da ausência de cultura constitucional estudadas nos debates sobre o constitucionalismo brasileiro tardio que ensejaram tal situação fática, com fins de sustentar a compatibilidade de adoção de uma teoria da decisão administrativa baseada no princípio da integridade.

A questão que se põe é qual instituto jurídico, dentro da atual cultura jurídica brasileira, pode ser utilizado para obter eficácia e adequação interna do texto constitucional com a sociedade construída, no que se refere especialmente à isonomia das decisões administrativas?

A hipótese a ser testada é a de que o princípio da integridade exposto por Ronald Dworkin e incorporado ao direito brasileiro pelo Código de Processo Civil pode servir a mitigar ao menos o autoritarismo personalista, que implica decisões conflitantes entre si, conforme altere as partes envolvidas.

O objetivo geral foi, desse modo, analisar qual instituto jurídico, dentro da atual cultura jurídica brasileira, pode ser utilizado para obter eficácia e adequação interna do texto constitucional.

Para cumprir esse objetivo geral, alguns específicos tiveram de ser enfrentados preliminarmente.

Primeiro, investigar ainda que inicialmente o pós-positivismo tal como proposto pela doutrina brasileira, realizando uma aproximação do direito com outras modalidades de pensamento, especialmente, pela incorporação do debate principiológico.

Segundo, analisar as distinções conceituais entre ineficácia social e inadequação interna, à luz da sociologia.

Mas também, verificar os mecanismos utilizados pela constitucionalização simbólica no direito brasileiro.

Além disso, pesquisar numa perspectiva histórica, política, jurídica, sociológica e antropológica as circunstâncias que conduzem à ineficácia e à inadequação interna do texto

constitucional com a realidade.

Por fim, analisar se o princípio da integridade pode servir a mitigar ao menos o autoritarismo personalista no que se refere a decisões administrativas conflitantes.

Justifica a presente pesquisa, especialmente, a necessidade de o direito brasileiro ampliar a sua eficácia social e adequação interna, porquanto muitas são as críticas que lhe são direcionadas pelos estudos da constitucionalização simbólica e do constitucionalismo tardio, embora tenha a doutrina propagado a existência de uma suposta constitucionalização do direito.

O método adotado foi a análise bibliográfica qualitativa de livros, artigos científicos, Constituição e legislação.

2 INEFICÁCIA E INADEQUAÇÃO INTERNA

A sociologia do direito traz estudos acerca da ineficácia do texto constitucional no Brasil, reconhecendo ser esse um problema crônico. Entretanto, não apenas isso, também há a inadequação interna, ou seja, mesmo que haja eficácia, acontece de a norma não atingir a finalidade desejada pelo constituinte.

Assim, mesmo que se reconheça acertadamente um marco filosófico correspondente ao pós-positivismo jurídico (BARROSO, 2015, p. 279), que busca a superação da dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo (SOARES, 2010, p. 122/123) pela inscrição de princípios jurídicos fundamentais na Constituição (SOARES, 2010, p. 126), a partir do marco histórico da segunda guerra mundial na Europa ou da Constituição de 1988 no Brasil (BARROSO, 2015, p. 279), com a finalidade de inserir um novo marco teórico tendente a realizar a força normativa da Constituição, a reconhecer a expansão da jurisdição constitucional e a promover o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2015, p. 296), há de se admitir que essa perspectiva ainda está longe de concretizar-se na realidade do dia-a-dia das pessoas.

Portanto, a partir do reconhecimento de uma afirmação formal de uma constitucionalização do direito, com base especialmente na proteção à dignidade da pessoa humana (SOARES, 2017, p. 250/251), mas também de uma abertura do direito para outras formas de pensamento, impõe-se agora uma perspectiva não tanto otimista decorrente justamente dessa interdisciplinaridade, qual seja, verificar as possíveis causas dessa ineficácia ou inadequação interna do texto constitucional, assim como, da legislação.

A eficácia da norma consiste “no grau de cumprimento da norma dentro da prática

social. Uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado" (SABADELL, 2017, p. 57).

Nessa toada, a sociologia propôs a quota de eficácia para calculá-la, ou seja, soma-se a eficácia do preceito ou primária, "que resulta do respeito espontâneo da norma" (SABADELL, 2017, p. 57), com a eficácia da sanção ou secundária, a qual "resulta da intervenção repressiva do Estado" (SABADELL, 2017, p. 57).

A crítica que se faz a essa forma de calcular empiricamente a quota de eficácia é que ela engloba as pessoas que cumpririam a proposta da norma independentemente de sua existência. De qualquer modo, é uma forma de enriquecer os debates por meio da análise da aplicação concreta do direito.

Se a baixa eficácia das normas jurídicas é constatada, também é impossível negar que outra situação preocupa tanto quanto, qual seja, a ausência de adequação interna da norma, a qual consiste na "capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador" (SABADELL, 2017, p. 58). Portanto, uma "norma jurídica é considerada internamente adequada se as suas consequências, na prática, permitem que sejam alcançados os fins objetivados pelo legislador" (SABADELL, 2017, p. 58).

Desse modo, na hipótese de uma norma jurídica obter a eficácia, ainda assim, é bem possível que ela não atinja a finalidade almejada, na verdade, ao menos, a finalidade declarada. Por exemplo, para fins de assegurar a incidência dos princípios constitucionais no âmbito da contratação realizada por entes da administração pública, o Constituinte previu, em regra, que elas serão precedidas por licitação, admitidas as exceções legais (Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Ocorre que, mesmo cumprindo esse texto normativo, há diversas licitações com editais previamente pactuados para restringir a concorrência de forma a direcionar a determinadas empresas. Assim, para essa previsão constitucional, há inadequação interna da norma.

Entretanto, essa conduta denota a ineficácia do texto legal, especificamente, o Art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei no 8.666/93, o qual veda aos agentes públicos "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]".

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Relacionado ao debate do tópico anterior, estão os estudos sobre a constitucionalização simbólica realizados por Marcelo Neves. Nesse sentido, reconhece-se que "uma norma

ineficaz ou inadequada pode ter relevância social" (SABADELL, 2017, p. 60), porque não raro "o legislador cria normas que dificilmente encontrarão sua aplicação na prática, ou seja, normas cuja baixa eficácia poderia ser prevista já no momento da sua elaboração" (SABADELL, 2017, p. 60). Em suma, "a norma objetiva produzir efeitos simbólicos" (SABADELL, 2017, p. 60).

Desse modo, Marcelo Neves (2018, p. 33) diagnosticou três possíveis efeitos simbólicos da legislação, a saber: confirmação de valores sociais; demonstração da capacidade de agir do Estado; adiamento da solução dos conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios.

Por meio da confirmação dos valores sociais, "os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a 'vitória legislativa' como uma forma de reconhecimento da 'superioridade' ou predominância social de sua concepção valorativa" (NEVES, 2018, p. 33). Em outros termos, as suas expectativas são satisfeitas apenas com a expedição do ato legislativo.

Já a demonstração da capacidade de agir do Estado acontece pela chamada legislação-álibi, a qual também tem por objetivo "fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado" (NEVES, 2018, p. 38), mas "não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico" (NEVES, 2018, p. 36), afinal, nesse caso, "elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas" (NEVES, 2018, p. 36).

Portanto, ela decorre "da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador" (NEVES, 2018, p. 39).

Há, ainda, a legislação simbólica servindo como fórmula de compromisso dilatório. Nessa situação, "as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia" (NEVES, 2018, p. 41), ou seja, acorda-se a "transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado" (NEVES, 2018, p. 41).

No caso da constitucionalização simbólica especificamente, Marcelo Neves (2018, p. 103-104) restringe a questão "aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi" não apenas para "os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal".

Nesse contexto, importa analisar se o fenômeno da constitucionalização simbólica enseja considerá-la como normativa, nominalista ou semântica, consoante classificação de Loewenstein (1965, p. 389), incorporada à cultura brasileira por Raymundo Faoro (2012, p. 829), para quem os "o regime autoritário convive com a vestimenta constitucional, sem que a lei maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo". Duas situações podem aparecer, a saber, "o constitucionalismo nominal no qual a Carta Magna tem validade jurídica mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários" (FAORO, 2012, p. 829).

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro desse modo considerado enquadra-se no constitucionalismo nominal em decorrência da existência de uma incongruência entre a Constituição e a situação fática de o Estado ser um "monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira" (FAORO, 1987).

Assim, a Constituição normativa corresponde àquela em que realmente direciona "o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental" (NEVES, 2018, p. 105).

Noutro giro, por Constituição nominal ou nominalista entende-se a que, "apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política", não conseguem "ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional" (NEVES, 2018, p. 105).

Por fim, a Constituição semântica consiste naquela que é simples reflexo "da realidade do processo político, servindo, ao contrário das normativas, como mero instrumento dos 'donos do poder', não para sua limitação ou controle" (NEVES, 2018, p. 106).

Consoante já antecipado, a situação brasileira se enquadra no constitucionalismo nominal ou nominalista, em virtude da existência de uma Constituição formal com as mesmas previsões textuais de qualquer país em que figure o constitucionalismo normativo. Entretanto, esse discurso enquadra-se numa referência retórica cujo efeito é "construir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais" (NEVES, 2018, p. 151).

Isso possui nítida relação com a história constitucional brasileira, afinal, a "transição do regime militar direto para um governo legalizado sob um presidente dificulta traçar a linha entre a ditadura militar e o neopresidencialismo" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 398).

Importa explicar no que consiste o neopresidencialismo, a saber, um regime em que há uma combinação de "aparência de constituição democrática com estrita hierarquia na cadeia de comando" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 65). Portanto, ele "é basicamente autoritário" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 65).

Com isso, quer-se dizer que o neopresidencialismo "não dispensa completamente um parlamento, um gabinete e tribunais nominalmente independentes, mas na hierarquia da configuração do poder eles estão estritamente subordinados ao chefe do executivo" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 65), ao menos, do ponto de vista da realidade fática.

Portanto, há uma autocracia, entretanto, não totalitária, porquanto não se pretende comandar "o dinamismo socioeconômico, o modo de vida" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 58), ou seja, não quer-se moldar "a vida privada, a alma, o espírito e os costumes dos cidadãos a uma ideologia dominante" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 58), mas, no caso brasileiro, apenas perpetuar o modelo patrimonial-estamental-autoritário contrário à juridicidade.

Nessa referida situação de constitucionalização simbólica, o direito perde sua relativa autonomia, estando subordinado do ponto de vista da realidade empírica às imposições políticas, as quais também não possuem, entretanto, autonomia, porquanto "o poder político sofre injunções particularistas as mais diversas, tornando-se ineficiente com respeito à sua função de decidir de forma vinculatória generalizada" (NEVES, 2018, p. 151).

4 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

Outro campo de debates sobre esse assunto é aquele aberto pela análise do constitucionalismo brasileiro tardio, o qual consiste no fenômeno decorrente "da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma Constituição, o que conduz à ineficácia social dos seus textos" (SILVA NETO, 2016, p. 19). Portanto, tal circunstância não possui relação necessária com o período em que houve outorga ou promulgação da Carta de um país, nem poderia ser diferente.

Afinal, por constitucionalismo tardio, não se entende a recente elaboração de texto constitucional, mas sim a ausência de eficácia ou adequação interna de suas normas. Para melhor compreender a situação, importa trazer o conceito de cultura constitucional, que consiste nos comportamentos e condutas "tendentes a I) preservar a 'vontade de Constituição'; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional" (SILVA NETO, 2016, p. 19).

Assim, em países sem cultura constitucional, presencia-se o fenômeno do constitucio-

nalismo tardio de índole principalmente interdisciplinar, porquanto transcende os âmbitos da dogmática jurídica.

Em sentido similar, entende Konrad Hesse, para quem a força normativa da Constituição pressupõe uma "consciência geral - particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição" (HESSE, 1991, p. 19).

Portanto, Konrad Hesse constatou que não importa o quão bem escrito seja o documento jurídico, não bastam títulos, capítulos, artigos, incisos e parágrafos para que a Constituição seja vivenciada por uma comunidade. Afinal, há de se cumprirem determinadas condições extrajurídicas, "contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais" (HESSE, 1991, p. 15), para realizar a pretensão de eficácia, que não "pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas" (HESSE, 1991, p. 15).

Ele também verificou, de forma similar, de que a sua força normativa depende da cultura constitucional, ou seja, as "Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas" (HESSE, 1991, p. 17).

Assim, mesmo que se reconheça o Supremo Tribunal Federal (STF) ser expressamente o guardião da Constituição, a força normativa dela depende de um esforço conjunto da sociedade por meio de seus partícipes. Em outros termos, como ensina Konrad Hesse (1991, p. 21), de "todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição".

Nessa perspectiva, a finalidade do presente trabalho não é outra senão "o de fazer que a ciência do direito constitucional se converta em instrumento à melhoria da condição de vida das pessoas, conduzindo o nosso País a bom porto - ao bom porto do respeito à dignidade da pessoa humana" (SILVA NETO, 2016, p. 15).

Afinal, não se duvida que a tolerância dos partícipes da vida constitucional acerca do fisiologismo e das omissões dos governantes em adotar os mecanismos mais eficazes faz padecer até "os denominados 'Princípios Fundamentais', à vista da irrisória importância atribuída pelo aplicador do direito no Brasil ao domínio da Constituição de 1988" (SILVA NETO, 2016, p. 50).

Ao reconhecer ser esse o principal problema enfrentado pelo direito brasileiro na atualidade, as investigações sobre os possíveis motivos dessa incongruência entre o direito estabe-

lecido e o praticado são indispensáveis para uma leitura interdisciplinar interna ao direito tal qual a que se propõe.

Diversas são as possíveis causas históricas, políticas e jurídica apontadas por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 33-47) para tal situação que se instalou no Brasil, as quais serão analisadas a seguir.

Entre as possíveis causas históricas indicadas pelo estudo inaugurador do debate sobre o constitucionalismo tardio (SILVA NETO, 2016), há as seguintes: ausência de pertencimento de parte significa do povo brasileiro da formação política do Estado; homem cordial que se comporta diante das relações públicas como se estivesse em âmbito familiar, ou seja, é movido por interesses particulares; ainda, personalismo lusitano que enfatiza culturalmente a individualidade em detrimento do coletivo (SILVA NETO, 2016, 33-38), embora este trabalho sugira adoção da expressão personalismo ibérico por melhor corresponder ao fenômeno que envolve tanto Portugal quanto Espanha.

Relacionado aos debates especialmente sobre as causas históricas do homem cordial e do personalismo lusitano ou ibérico, serão posteriormente trazidos estudos sobre o modelo estatal patrimonial-estamental-autoritário analisado por Raymundo Faoro (1987), já apontado nos estudos da constitucionalização simbólica.

Acerca da ausência de pertencimento de parte significativa do povo brasileiro ao modelo de Estado adotado, há de considerar que, desde as origens da concepção luso-brasileira, os índios não tiveram voz ativa. Assim, "a primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de pertencimento das comunidades nativas" (SILVA NETO, 2016, p. 34).

Não apenas, igualmente o povo negro não teve participação ativa na eleição do modelo político proposto, conforme pode se depreender das origens históricas da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, outro "grupo racial seguiu o mesmo caminho da ausência de pertencimento: os negros africanos" (SILVA NETO, 2016, p. 35).

Inclusive, "chegaram mesmo a tentar a criação de um estado negro e livre dentro do território nacional, como se sucedeu com o Quilombo dos Palmares, liberado pelo negro *banto* Zumbi" (SILVA NETO, 2016, p. 35).

Nessa perspectiva, embora seja uma causa histórica, há de se reconhecer que está presente ainda atualmente ao promover "a consolidação de sentimento de repulsa e indignação quanto ao sistema normativo, o que contemporaneamente pode ser identificado à falta de consciência constitucional" (SILVA NETO, 2016, p. 35).

Por outro lado, o homem cordial, outra causa histórica da ausência de cultura constitu-

cional, consiste num tipo ideal em que o povo brasileiro está enquadrado. Considerado um produto de exportação cultural por estar relacionado à generosidade e à hospitalidade (HOLANDA, 2014, p. 176), pode ser visto também como um mal a ser extirpado ou uma característica excedida por se relacionar ao favorecimento pessoal ao invés de obediência aos ideais republicanos da impessoalidade, mesmo em situações em que ela é imperativa (HOLANDA, 2014, p. 175-176).

O fato é que "imperou, desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal" (HOLANDA, 2014, p. 175), circunstância que propicia o estreitamento dos vínculos sociais, estando essa circunstância relacionada ao surgimento da figura do homem cordial. Assim, houve um desequilíbrio entre essa realidade atávica e o crescimento das cidades e expansão dos meios de comunicação (HOLANDA, 2014, p. 175).

Além disso, esse mesmo tipo ideal do homem cordial está relacionado às características religiosas do povo brasileiro, no caso, "é precisamente o rigorismo do rito que se afrouxa e se humaniza" (HOLANDA, 2014, p. 180).

É sabido que a religião e o direito estão extremamente relacionados, mesmo nos países ocidentais ditos laicos. Por exemplo, a concepção de pessoa humana, fundamental para a compreensão do direito brasileiro, consoante dispositivo do art. 1º, inciso III, da Constituição, decorre historicamente também do modelo religioso culturalmente adotado.

Nesse sentido, Alain Supiot (2007, p. 17) apontou que, dessa forma "concebidos, os homens são necessariamente iguais, como cada homem é feito a imagem de Deus, mesmo que seja mulher, escravo ou herege, ele é a um só tempo único e semelhante a todos". Assim, mesmo em "suas formulações mais modernas e mais laicizadas, o princípio de igualdade permanece perpassado por essa tensão entre as duas faces da identidade individual: somos todos semelhantes e, portanto, todos idênticos; e somos todos diferentes, pois todos únicos" (SUPIOT, 2007, p. 17).

Logo, conscientes dessa interface entre direito e religião, é de se esperar que essa dificuldade de obedecer a ritos transborde em direção também às práticas de gestão da coisa pública em seu sentido mais amplo possível, o que bem se observa por meio das decisões conflitantes na seara administrativa, que não obedecem a uma estrita teoria dos precedentes. Nesse sentido, reconhece-se ser "o homem cordial [...] avesso aos formalismos e ritualísticas do âmbito público" (SILVA NETO, 2016, p. 37).

Intimamente relacionado ao tipo do homem cordial, tanto que também decorre de uma interpretação de Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 37) de Sérgio Buarque de Holanda (2014, p. 36), está o personalismo lusitano. Na verdade, é mais adequado, inclusive, destacar

o personalismo ibérico, já que engloba a cultura tanto portuguesa quanto espanhola.

Afinal, ele consiste em uma "característica bem peculiar à gente da península Ibérica, uma característica que ela está longe de partilhar, pelo menos na mesma intensidade, com qualquer de seus vizinhos do continente" (HOLANDA, 2014, p. 36).

Assim, um dos traços dessa cultura ibérica é inferir o valor de uma pessoa, "antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste" (HOLANDA, 2014, p. 37). Em suma, cada "qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes..." (HOLANDA, 2014, p. 37)

Nessa perspectiva de homem cordial e personalismo lusitano ou ibérico, há, ainda, o modelo de Estado patrimonial-estamental-autoritário (FAORO, 1987) relacionado à confusão existente entre a esfera pública e a privada pelo funcionalismo luso-brasileiro, sendo certo que a "realidade histórica brasileira demonstrou - insista-se - a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista" (FAORO, 2012, p. 822). Em resumo, adotou-se "do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar" (FAORO, 2012, p. 822).

Na verdade, a opinião de Raymundo Faoro (1987) foi intensa acerca dessa situação, expondo que o "Estado seria outro, não o monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira", caso se tivesse adotado aquela proposta de mentalidade democrática.

Isso significa que, não apenas há classes sociais decorrentes de variações econômicas, mas também estamentos burocráticos relacionados à proximidade dos agentes políticos outrora reis, sendo que "o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado [...]" (FAORO, 2012, p. 823).

Na verdade, as raízes de tal situação podem ser recompostas à formação própria do Reino de Portugal. Afinal, "desde a ascensão ao poder da dinastia de Avis com dom João I em 1385, uma simbiose entre os interesses da realeza e do comércio abre espaço para a constituição de um poder estatal centralizado com base econômica na propriedade fundiária" (COHN, 2012, p. 2-3). Desse modo, o "rei [...] assim se equipa para o exercício de um poder de caráter patrimonial, no qual a fazenda pública se confunde com a propriedade do mandatário maior" (COHN, 2012, p. 3).

Há de se entender que a "compatibilidade do moderno capitalismo com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado como pré-capitalismo, é uma das chaves da com-

preensão do fenômeno histórico português-brasileiro" (FAORO, 2012, p. 823).

Nesse contexto, os letrados possuem uma dupla função. Sob o aspecto positivo, sem dúvidas, são capazes de conferir uma promessa de maior racionalidade e impessoalidade por constituírem presumidamente corpo técnico de burocratas. Entretanto, é inegável que nesse sistema patrimonial-estamental-autoritário não "impera a burocracia, a camada profissional que assegura o funcionamento do governo e da administração (*Berufsbeamtentum*), mas o estamento político (*Beamtenstand*)" (FAORO, 2012, p. 825). Afinal, a "burocracia, como burocracia, é um aparelhamento neutro, em qualquer tipo de Estado, ou sob qualquer forma de poder" (FAORO, 2012, p. 825).

Também concorda com tal perspectiva Karl Loewenstein (1965, p. 32), para quem a burocracia "opera atribuindo tarefas específicas a seus membros individuais que, enquanto os executam sob sua própria responsabilidade, permanecem sujeitos à supervisão e controle hierárquicos por parte de seus superiores". Assim, regras "racionalizadas governam a nomeação e a promoção de funcionários e aplicam-se na rotina do escritório" (LOEWENSTEIN, 1965, p. 32).

A diferença entre a realidade luso-brasileira e de outros países é marcante, porque "o administrador egresso da universidade europeia espanta-se de que o político queira orientar o planejamento econômico, ele, que nunca frequentou um curso de pós-graduação" (FAORO, 2012, p. 831).

Na verdade, especialmente no Brasil, transbordam exemplos que estão sendo constantemente esclarecidos pelos órgãos de controle acerca das razões pelas quais políticos dirigem arbitrariamente órgãos e entidades da administração pública, sem obedecer às diretrizes técnico-científicas ou, pior, cercando-se de pessoas do seu vínculo e confiança para obtenção de pareceres que emitam opiniões insinceras. Vulnera-se, portanto, a igualdade jurídica enquanto princípio administrativo-constitucional.

Por outro lado, há também uma perspectiva negativa exercida pelos intelectuais e, também, trazida em Raymundo Faoro (2012, p. 836-837). Nesse caso, os técnicos passar a ser cooptados eles próprios pela estrutura do estamento burocrático, o qual, "fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título" (FAORO, 2012, p. 836-837). Em outras palavras, a "pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação" (FAORO, 2012, p. 836-837).

Vê-se, assim, a relação do modelo patrimonial-estamental-autoritário com a análise do homem cordial já trazida, entre outras características, na escolha dos homens que irão exercer

as funções públicas por meio de confiança pessoal em vez de capacidade profissional. Portanto, "o funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos" (HOLANDA, 2014, p. 175), mas, em sua essência, não se iguala.

A causa política para a ausência de cultura constitucional no Brasil apontada por Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 39-45) foi o pífio desenvolvimento dos ideais de democracia e república, a qual é confirmada historicamente. Inclusive, a Constituição outorgada que previa monarquia com a figura do poder moderador foi a que mais perdurou em território brasileiro, situação extremamente atípica para um país do continente americano.

Por fim, a possível causa jurídica para essa situação que conduz o Brasil ao desrespeito da vontade de Constituição consiste no individualismo jurídico decorrente da adoção não só da escola da exegese na doutrina brasileira, mas principalmente da influência de seus valores (SILVA NETO, 2016, p. 46).

Além dessas hipóteses acima trazidas fundadas especialmente na doutrina de Manoel Jorge e Silva Neto, mas também de outras análises relacionadas, há, ainda, possíveis causas socioantropológicas que podem explicar a ausência de cultura constitucional brasileira causadora da tolerância desmedida com a má gestão da coisa pública, especialmente, das decisões administrativas conflitantes.

Do ponto de vista sociológico, esse comportamento estudado que está relacionado, inclusive, com a persistência da corrupção no Brasil, é compreendido enquanto uma conduta anômica.

Três foram os principais pesquisadores que trataram dessa inadequação comportamental. Guyau iniciou os estudos acerca da anomia, identificando-a como "ausência de lei fixa que possa ser imposta aos indivíduos" (SABADELL, 2017, p. 72). Por sua vez, Durkheim entendia que "ela significa estado de desregramento, falta de regulamentação, situação na qual a sociedade não desempenha o seu papel moderador, ou seja, não consegue orientar e limitar a atividade do indivíduo" (SABADELL, 2017, p. 75). Mas, a perspectiva que melhor explica a análise que se pretende realizar é a interpretação de Ana Lúcia Sabadell acerca da teoria de Robert King Merton, muito adequada para as hipóteses de ilícitos com motivação econômica.

O primeiro conceito a ser trabalhado, assim, corresponde à conformidade. Nela, "o indivíduo busca atingir as metas culturais empregando os meios estabelecidos pela sociedade" (SABADELL, 2017, p. 77). Logo, não há anomia nesse caso.

Situação diversa são os outros quatro modos de adaptação, pois todos representam uma situação de anomia. Por exemplo, a inovação consiste na situação em que a "conduta do

indivíduo é condizente com as metas culturais, mas existe uma ruptura com relação aos meios institucionalizados" (SABADELL, 2017, p. 77).

Para a referida socióloga, a corrupção dos grupos políticos brasileiros consiste, justamente, nessa modalidade de comportamento anômico, afinal, procuram atingir a meta cultura (enriquecimento ou vencer as eleições) por meios ilícitos (corrupção).

Inclusive, sua análise confirma o desenvolver das demais referências utilizadas, especialmente, por anotar a necessidade de "acrescentar uma característica da corrupção política: a indistinção que se estabelece, no âmbito dessas relações, entre esfera pública e atividade econômica privada" (SABADELL, 2017, p. 85).

Por fim, em síntese, considerou ser "evidente que tanto os interessados como a opinião pública tendem a considerar a violação de regras sobre a corrupção como algo inevitável na política, verificando-se uma situação de anomia no sentido da 'inovação' mertoniana" (SABADELL, 2017, p. 85).

As outras modalidades de comportamento anômico são as seguintes: a ritualista, em que "o indivíduo demonstra um desinteresse em atingir as metas socialmente dominantes" (SABADELL, 2017, p. 78), ou seja, aceita-se a situação, mas obedece ao direito; a evasão consistente no "abandono das metas e dos meios institucionalizados" (SABADELL, 2017, p. 78), sendo possível exemplificar por meio dos mendigos; e a rebelião, "caracterizada pelo inconformismo e pela revolta" (SABADELL, 2017, p. 78), ou seja, propõe-se "o estabelecimento de novas metas e a institucionalização de novos meios para atingi-las" (SABADELL, 2017, p. 78).

Por seu turno, a antropologia, especialmente por meio dos estudos de Roberto DaMatta, traz uma interessante noção para fins de compreensão da realidade brasileira tal como se desenvolve no presente trabalho.

Inicialmente, o referido antropólogo trata da necessidade de conhecer o que faz do brasil o Brasil, ou seja, a indispensabilidade de conhecer os traços característicos do povo que o constitui (DAMATTA, 1986, p. 126), destacando ainda que "a identidade social é algo tão importante que o conhecer-se a si mesmo através dos outros deixou os livros de Filosofia para se constituir numa busca antropologicamente orientada" (DAMATTA, 1986, p. 15).

Assim, reconhece-se que é por meio de uma análise comparativa que "se realizam as pesquisas antropológicas e sociológicos" (DAMATTA, 1986, p. 17), ou seja, a "construção de uma identidade social, então, como a construção de uma sociedade, é feita de afirmativas e negativas diante de certas questões" (DAMATTA, 1986, p. 17).

Desse modo, embora a presente pesquisa destine-se a propor solução a problemas ge-

ograficamente delimitados, a referência a outras culturas e formas de aplicar o direito, desde que atento às particularidades locais, demonstra-se acertada. Portanto, adota-se uma postura similar à de Norbert Rouland (2003, p. 403) ao afirmar o seguinte: "Uma antropologia dos fugitivos não é a minha: se me indago sobre as outras sociedades, elas me remetem constantemente para aquela de que venho".

Nessa linha, Roberto DaMatta (1986, p. 19) ressalta que o Brasil possui uma identidade com dois eixos classificatórios, sendo que consiste em um equívoco pretender reduzi-lo a apenas um deles. De um lado, esse país surge como uma questão de modernidade e de economia política, no qual há a instituição do "pode" e "não pode" é similar a da Inglaterra, França, Alemanha, dos Estados Unidos. Do outro, ao contrário, há uma redução da "sua realidade a um problema de família, de relações pessoais e de cordialidade" (DAMATTA, 1986, p. 19).

Portanto, a questão brasileira, como já se pode perceber, não possui um único lado da moeda. Como diz Roberto DaMatta (1986, p. 19), "a chave para entender a sociedade brasileira é uma chave dupla. De um lado, ela é moderna e eletrônica, mas de outro é uma chave antiga e trabalhada pelos anos".

Não é diferente com o direito. Assim, de um lado, há uma destacada doutrina pós-positivista para interpretação do direito fruto de uma crítica às perspectivas exclusivas tanto do positivismo jurídico quanto do jusnaturalismo, a qual destaca que os cânones éticos foram e continuam a ser incorporados ao direito positivo por meio de princípios (SOARES, 2010, p. 126-127), demonstrando uma teoria jurídica brasileira moderna compatível com as concepções constitucionais anglo-americanas (especialmente Dworkin) ou alemães (principalmente Robert Alexy).

Entretanto, do outro, está sendo demonstrado um conflito da realidade vivenciada com essa perspectiva, porquanto o modelo de direito adotado encontra dificuldades de aplicação eficaz no âmbito da realidade brasileira, que devem ser superadas, respeitando-se, apesar disso, a cultura brasileira. Tal situação "torna necessário resgatar como coisa altamente positiva, como patrimônio realmente invejável, toda essa nossa capacidade de sintetizar, relacionar e conciliar" (DAMATTA, 1986, p. 125).

Assim, com a finalidade de discutir os problemas jurídicos brasileiros de uma forma relacional, "como uma moeda" (DAMATTA, 1986, p. 20), ou seja, como "algo que tem dois lados" (DAMATTA, 1986, p. 20), indispensável continuar a perguntar "o que faz o brasil, Brasil?" (DAMATTA, 1986, p. 126).

Sem dúvidas, o jeitinho malandro ocupa um relevante espaço nessa interlocução entre

o direito formal e a vivência cotidiana. A cultura brasileira entende que "não existe jamais um 'não' diante de situações formais e que todas admitem um 'jeitinho' pela relação pessoal e pela amizade" (DAMATTA, 1986, p. 17), decorrente do fato de as pessoas acreditarem na seguinte afirmação: "finalmente, sei que tenho relações pessoais que não me deixam caminhar sozinho neste mundo" (DAMATTA, 1986, p. 17).

Em suma, o jeitinho brasileiro consiste na forma de sintetizar as exigências jurídicas da modernidade com essa influência das relações pessoais, familiares, da cordialidade, que eram impregnadas nas sociedades tradicionais. Assim, não chega a ser um absurdo no direito se afirmar que inexistem dois casos iguais, perspectiva que não encontra ressonância nem em Dworkin nem em Alexy, apenas para citar as principais influências sobre a teoria jurídica brasileira.

Na verdade, mesmo tal assertiva, ainda que inconscientemente, está relacionada ao jeitinho malandro de ser, como bem anota Roberto DaMatta (1986, p. 106):

> Quer dizer, tal como acontece com o seu modo de andar, o malandro é aquele que – como todos nós – sempre escolhe ficar no meio do caminho, juntando, de modo quase sempre humano, a lei, impessoal e impossível, com a amizade e a relação pessoal, que dizem que cada homem é um caso e cada caso deve ser tratado de modo especial.

Assim, uma das propostas de solução que se pode adotar no direito brasileiro, o que muito corretamente o atual Código de Processo Civil (CPC) fez, é instituir uma teoria da decisão baseada nos precedentes, especialmente pela incorporação ao direito brasileiro do princípio da integridade, que já era tratado nesses termos por Dworkin (1996, p. 83):

> Integridade no direito tem muitas dimensões. Primeiro, ela insiste que a decisão judicial deve ser uma matéria de princípio, não de compromisso ou estratégia ou acomodação política. Essa aparente banalidade é frequentemente ignorada [...]. Segundo, integridade mantém verticalmente: um juiz quem clama um particular direito de liberdade como fundamental deve mostrar que tal argumento é consistente com o conjunto de precedente, e com a principal estruture de nosso arranjo constitucional. Terceiro, integridade mantém horizontalmente: um juiz que adote um princípio deve dar completo peso a ele em outros casos que ele decida ou endosse.

O direito passa a não mais aceitar que cada caso é um caso que deve ser resolvido de um modo especial no âmbito do Direito Processual Civil, não apenas pela menção abstrata ao princípio da integridade, mas também por disposição de diversas regras acerca de como os julgadores devem se portar diante do momento da decisão, como segue:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> [...]
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> [...]
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente in-

> vocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Inclusive, tal regramento deve ser considerado cogente para as demais áreas processuais ou procedimentais, não apenas no Direito Processual Civil, em virtude de ser a primeira tratativa legal dessa matéria, portanto, a analogia deve ser utilizada para preencher a lacuna na área administrativa, por exemplo, nos termos do Art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Do dito até agora, é possível imaginar que mesmo essa alteração legislativa possuirá efeitos meramente simbólicos, ou seja, os aplicadores continuem sem destacar as circunstâncias relevantes que distinguem um caso do outro, ferindo a presunção legal de que os casos são sempre iguais, em vez de distintos. Afinal, o jeitinho malandro enquanto característica socioantropológica brasileira possivelmente preponderará, ou seja, a atividade de advogados manterem um diálogo próximo com os magistrados continuará sendo importante. Afinal, como bem ressalta Roberto DaMatta (1986, p. 102) acerca das circunstâncias que é possível aplicá-lo para flexibilizar o direito:

> Geralmente, isso se dá quando as motivações profundas de ambas as partes são conhecidas; ou imediatamente, quando ambos descobrem um elo em comum. Tal elo pode ser banal (torcer pelo mesmo time) ou especial (um amigo comum, ou uma instituição pela qual ambos passaram ou, ainda, o fato de se ter nascido na mesma cidade).

Importa destacar, o presente trabalho não possui pretensão de esgotar a temática estudada da constitucionalização simbólica, do constitucionalismo tardio, da ausência de cultura constitucional, nem do desrespeito à vontade de Constituição prejudicial à afirmação de sua força normativa, mas tão-somente demonstrar como essas circunstâncias e suas possíveis causas prejudicam a realização dos mais caros princípios fundamentais especialmente por meio da tolerância com o mau cuidado da gestão da coisa pública prejudicial à afirmação da dignidade da pessoa humana, sugerindo a adoção de uma teoria da decisão administrativa baseada nos precedentes, para minorar lesões à isonomia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se:

1. A doutrina brasileira adota a perspectiva pós-positivista, que busca uma síntese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, inclusive, reconhecendo a independência da pesquisas jurídica, embora incorpore à atividade do jurista análises principiológicas e interdisciplinares.

2. Em decorrência disso, a interdisciplinaridade defendida não possibilita apenas uma leitura externa do direito, mas também uma leitura interna por meio da filosofia no direito, sociologia no direito, antropologia no direito etc., em vez de meramente filosofia do direito, sociologia do direito, antropologia do direito, como pretendiam os juspositivistas.
3. Numa perspectiva sociológica, uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado, assim como, é considerada internamente adequada se as suas consequências, na prática, permitem que sejam alcançados os fins objetivados.
4. O constitucionalismo brasileiro, nesse sentido, sofre tanto de ineficácia quanto de inadequação interna.
5. O fenômeno da constitucionalização simbólica predominante no Brasil é a demonstração da capacidade de agir do Estado pela chamada legislação-álibi.
6. Assim, há uma Constituição nominal na qual a validade jurídica não se adapta ao processo político empiricamente constatado, servindo apenas de álibi para demonstrar a atuação estatal.
7. Ainda, o regime político foi considerado um neopresidencialismo autoritário (concentração de poderes nas mãos de uma pessoa ou de um grupo sem possibilitar o efetivo controle de sua atuação), mas não totalitário, pois possibilita a existência da diversidade cultural.
8. Além disso, o constitucionalismo brasileiro tardio consiste na incidência no Brasil de um fenômeno decorrente da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma Constituição, o que enseja a sua ineficácia ou inadequação social.
9. Afinal, a força normativa da Constituição pressupõe uma certa consciência geral de todos os partícipes da vida constitucional, não a vontade de poder, mas a vontade de Constituição, o que só acontece por meio de determinadas condições extrajurídicas.
10. Entre as possíveis causas históricas para essa situação, estão a ausência de pertencimento de parte significa do povo brasileiro da formação política do Estado; o homem cordial que se comporta diante das relações públicas como se estivesse em âmbito familiar; ainda, o personalismo ibérico.
11. Nesse contexto, o modelo estatal brasileiro é bem descrito como sendo patrimonial-estamental-autoritário.
12. Além disso, o funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções

e com a racionalização, adquirir traços burocráticos, mas, em sua essência, não se iguala à burocracia por não preencher seus requisitos.

13. A causa política para a ausência de cultura constitucional no Brasil foi o pífio desenvolvimento dos ideais de democracia e república, acrescida da causa jurídica decorrente do individualismo relacionado à adoção no passado não só da escola da exegese na doutrina brasileira, mas principalmente da influência de seus valores.
14. Do ponto de vista sociológico, a realidade estudada, inclusive, com a persistência da corrupção no Brasil, é compreendida enquanto uma conduta anômica no sentido da inovação mertoniana, tal como proposto por estudos de Ana Lucia Sabadell.
15. A existência de um traço característico da sociedade brasileira consistente no jeitinho malandro de ser, que busca superar a rigidez e as formalidades do direito conforme motivações profundas das partes ou elos em comum, recomendando adotar o princípio da integridade como norma de caráter geral, em moldes similares ao realizada pelo Código de Processo Civil (CPC), ou seja, os precedentes passariam a obrigar o julgador, a menos que apontasse justificativas para tratamento desigual. Afinal, o principal problema não é a flexibilização das regras, mas sim o desrespeito da isonomia que gera decisões conflitantes.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28. jul. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 28. jul. 2018.

COHN, Gabriel. Persistente enigma. *In*: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.