

# A expressão comissiva do sistema jurídico e os movimentos sociais: a comunidade Pyelito Kue e o direito estatal



## Rodrigo de Camargo Cavalcanti

Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP (2010). Foi bolsista no mestrado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ e é atualmente bolsista no doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Membro do Grupo de Estudos Capitalismo Humanista coordenado pelo Professor Livre-Docente Ricardo Hasson Sayeg e pelo Professor Titular Wagner Balera. Diretor de Imprensa e Comunicação da Associação de Pós-Graduandos em Direito da PUC/SP (APGDireito-PUC/SP).

**RESUMO:** O presente artigo pretende realizar uma análise do direito enquanto expressão comissiva da sociedade, no viés da teoria da pluridimensionalidade dos atos de fala de John L. Austin para, em seguida, enquadrar o caso da comunidade indígena Pyelito Kue sob um olhar crítico de duas decisões judiciais que lhe envolvem, na teoria dos movimentos sociais, cunhada mais especificamente na lição de Celso Fernandes Campilongo com clara base na teoria dos sistemas, trazendo em questão a teoria da proporcionalidade conforme desenvolvida por Willis Santiago Guerra Filho mediante a perspectiva de Thiago Lopes Matsushita, conformando a interpretação do caso concreto suprarreferido sob o manto da teoria do jus-humanismo normativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Movimentos sociais. Expressão comissiva. Jus-humanismo normativo.

**ABSTRACT:** This article intends to conduct an analysis of the law as a comissive expression of the society, according to the pluridimensional John L. Austin's acts of speech theory to, then, enframe the Pyelito Kue's indigenous community case under a critical look of two court decisions that encircle it, in the social movements theory defined, more specifically, in the Celso Fernandes Campilongo's lesson with clear basis in the system's theory, bringing into question the principle of adequacy as developed by Willis Santiago Guerra Filho through Thiago Lopes Matsushita's perspective, conforming the interpretation of the concrete case above referred under the normative jus-humanism theory.

**KEYWORDS:** Social movements. Comissive expression. Normative jus-humanism.

**SUMÁRIO.** 1. Enunciado prescritivo ou descritivo: dimensão semântica, sintática e pragmática. 1.1. Dimensão sintática. 1.2. Dimensão semântica. 1.3. Dimensão pragmática. 2. Caso prático: comunidade Pyelito Kue. 2.1. Teoria dos movimentos sociais e a comunidade Pyelito Kue. 3. Breve análise da teoria jus-humanista normativa. 4. Princípio absoluto da proporcionalidade. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. Enunciado prescritivo ou descritivo: dimensão semântica, sintática e pragmática.

Conceito, para o chamado “primeiro” Wittgenstein, do seu livro *Tractatus logico-philosophicus*, diz respeito a trazer para o mundo da linguagem o essencial do mundo físico, designando-o, sendo a designação função primordial da linguagem. Para o autor, toda significação, formulada no ato do pensar, carrega em si a essência do objeto. Já o “segundo” Wittgenstein, do *Investigações filosóficas*, critica essa postura a partir da percepção de que não existe o ideal da exatidão da linguagem. Esta é dotada de imprecisão, carregando a significação critérios nunca exatos de diferenciação de determinado objeto perante os outros do mundo real. Por isso a ilusão do essencialismo passa a merecer uma nova perspectiva, qual seja, a de que “é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas”.<sup>1</sup> Existem, isso sim, no máximo, semelhanças e parentescos, mas não uma significação definitiva, estabelecida de modo arbitrário. Nós, na realidade, podemos apenas, por meio de certas regras, diminuir o campo de vaguidade dos conceitos de linguagem comum.<sup>2</sup> Como nos leciona Thiago Lopes Matsushita,

Já a segunda virada ocorreu na segunda fase do pensamento de Wittgenstein, quando este estava em Oxford, na Inglaterra. Em “Investigações Filosóficas” Wittgenstein trata dos “jogos de linguagem” e passa a entender que o que define as palavras não é a precisão do sistema de signos (como na lógica), mas, sim, o uso, a aplicação do signo. Contudo, passou a dedicar-se ao plano pragmático da linguagem.<sup>3</sup>

Os conceitos são, desta forma, essencialmente abertos. Wittgenstein não chega a negar a existência dos atos intencionais, internos e espirituais, que para a tradição é onde se constitui a significação e o conceito. Porém, retira desses atos o papel de instância principal doadora de significado às expressões linguísticas. O uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos nos quais as palavras são empregadas é que passa a doar as significações. Como cita Willis Santiago Guerra Filho, “os conceitos nos levam a investigações. São a expressão de nosso interesse e o dirigem”,<sup>4</sup> mas todo conceito é dotado de imprecisão, observando Wittgenstein que “‘conceito’ é um conceito vago”.<sup>5</sup>

Desta forma, tendo em vista que é no âmbito da significação que a norma jurídica se configura, esta somente adquire sentido e determinação no momento em que inserida em certo contexto socioprático, isso porque é neste ambiente que o conceito toma forma e sentido.

Seguindo esse raciocínio, é inócua a tentativa de deslocarmos a interpretação de um enunciado como prescritivo ou descritivo para o âmbito da sintaxe ou da semântica. O que vai definir se certo enunciado é ou não prescritivo é o campo da pragmática, de onde será aferida tal conclusão mediante o trabalho hermenêutico. Ou seja, afinal, prescritiva mesmo, definitivamente, é a norma jurídica, já que, a partir do momento em que o enunciado é interpretado conjuntamente à conduta intersubjetiva, sendo esta a dimensão pragmática, é que se define a função do enunciado. Expliquemos:

### 1.1. Dimensão sintática.

Na seara da sintaxe, Aurora Tomazini

1 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 131.

2 *Ibidem*, p. 131.

3 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo*:

expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese – PUC/SP, 2012, p. 65-66.

4 GUERRA FILHO, Willis S. *Filosofia: uma introdução*. Teresópolis: Daimon, 2009, p. 214-215.

5 *Ibidem*, p. 215.

de Carvalho, com base na lição de Paulo de Barros Carvalho, já nos leciona que

(...) as proposições isoladamente consideradas não constituem um sentido normativo, é preciso uma estruturação por parte do exegeta, dos conteúdos produzidos no curso do processo gerativo de sentido, para que estes se apresentem como unidades completas de sentido deônticos (prescritivo).<sup>6</sup>

Ou seja, um enunciado pode não ser prescritivo se tomado como uma unidade sintática, havendo a necessidade de uma construção artificial e sistêmica que envolva outros enunciados para, então, chegar-se ao caráter deôntico da proposição normativa, ou seja, da norma jurídica.

Ainda em Tomazini de Carvalho,

(...) alguns autores, dentre aqueles que partem de uma concepção comunicacional, sustentam a heterogeneidade das formas do sistema, avaliando que suas unidades ora aparecem na forma de enunciados, ora como proposições não deonticamente estruturadas e ora como juízos hipotético-condicionais. Tendo por objeto a diversidade existencial em que o direito se manifesta (...), focando a diferença entre as unidades percebidas pelo intérprete na sua trajetória hermenêutica realmente fica difícil aceitar a homogeneidade de suas formas.<sup>7</sup>

Em Paulo de Barros Carvalho, para que uma norma jurídica revele o conteúdo prescritivo de um enunciado, é necessário que se estabeleça, no âmbito das significações, a sua estrutura hipotético-condicional.<sup>8</sup>

Parece, portanto, consoante nosso enfo-

que e seguindo Riccardo Guastini, “não haver nenhuma correspondência bi-unívoca entre a forma sintática dos enunciados e a sua função (descritiva ou prescritiva)”.<sup>9</sup>

## 1.2. Dimensão semântica.

No âmbito da semântica, seguimos as palavras de Paulo de Barros Carvalho quando diz que o Direito não tem a característica semântica do verdadeiro/falso,<sup>10</sup> nem que seja em face dos direitos humanos culturalmente conjecturados. Ou seja, os enunciados normativos não “descrevem” obrigações e direitos culturalmente constituídos. Porém, apesar disso, entendemos que os legisladores não criam direito, mas limitam-se a reproduzir um direito culturalmente preexistente.<sup>11</sup> Tal assertiva caminha no sentido da compreensão de que o direito posto tem uma limitação estabelecida previamente sobre o seu conteúdo, a partir de regras jurídicas culturalmente conjecturadas. Afinal, “a noção de direitos humanos baseia-se em nossa humanidade compartilhada”.<sup>12</sup> Cabe ressaltar, porém, que o jus-humanismo, doutrina a qual somos adeptos, “não seria um retorno ao jusnaturalismo na medida em que não abre mão de sua integração com o positivismo e o realismo”.<sup>13</sup>

Como diz Adeodato, sobre a filosofia de Miguel Reale,

(...) em todas as condutas humanas há sempre uma energia espiritual, captada por um valor objetivo predominante na comunidade, o qual tende a normatizar-se. O direito seria uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana

6 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 252.

7 *Ibidem*, p. 291.

8 CARVALHO, Paulo de B. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

9 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 51.

10 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 41.

11 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 52.

12 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 105.

13 *Ibidem*, p. 105.

para a realização ordenada dos valores da convivência.<sup>14</sup>

E, em outro trecho, Adeodato leciona que

(...) muitas asserções que andam por aí como “verdades” assentes, no campo da sociologia ou da economia, e até mesmo no das ciências tidas como “exatas”, não passam de conjeturas inevitáveis, que seria melhor recebê-las como tais, mesmo porque são elas que, feitas as contas, compõem o horizonte englobante da maioria de nossas convicções e atitudes.<sup>15</sup>

Adeodato cita, ainda, como exemplo, decisão do STF com a seguinte ementa:

Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.<sup>16</sup>

Dito isto, seguimos a lição de Sayeg e Balera:

Para tanto, deve o julgador fraterno e misericordioso pautar sua conduta pela fórmula humanista antropofílica – aplicar a todos os casos o inafastável respeito aos direitos humanos –, quer em suas decisões, quer na condução do processo, quer no trato com as partes e com toda a família forense. Assim, a todo tempo, o magistrado, na integralidade de sua tarefa, há de aplicar a Lei Universal da Fraternidade, especialmente interpenetrando por meio do

intratexto, com este objetivo supremo, o direito positivo.<sup>17</sup>

Importa esclarecer que partimos da afirmação de que o próprio sistema jurídico deve ser considerado enquanto inserido num contexto social, político e histórico, moldado e interpretado pelo próprio ser humano, do qual se abstraem os direitos humanos, como fruto do espírito objetivo hegeliano e do inconsciente coletivo de Jung. Nas palavras de Scavino, apoiado em Gianni Vattimo,

El ser humano no puede sustraer-se a su cultura, a su mundo histórico, a su comunidade, para ver las cosas desde una mirada a-cultural o a-histórica: “El sujeto no es el portador del a priori kantiano (...), sino el heredero de un lenguaje histórico y finito que hace posible y condiciona su acceso a sí mismo y al mundo”.<sup>18</sup>

Assim, nos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho,

As proposições são produto de um processo hermenêutico condicionado pelos horizontes culturais do intérprete e sofrem influências permanentes de seu contexto social. Por isso, ainda que não haja alterações no plano da materialidade textual, as significações imprimidas aos símbolos positivados estão em constante modificação, devido às mutações histórico-evolutivas da cultura do intérprete.<sup>19</sup>

Sayeg, neste mesmo sentido, cita as palavras de Miguel Reale:

14 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321.

15 *Ibidem*, p. 326.

16 *Ibidem*, p. 348.

17 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011, p. 126.

18 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual*: pensar sin certezas. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 44.

19 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito*: o constructivismo lógico-semântico. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 251.

Portanto, nas palavras de Reale, “concluímos reconhecendo a objetividade dos valores no mundo da cultura”, posto que os valores “referem-se ao homem que se realiza na História, ao *processus* da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal”. Enfocada sob o prisma do culturalismo “a norma jurídica é, por conseguinte, uma espécie de norma ética, assim como esta é uma espécie de lei cultural”.<sup>20</sup>

Desta forma, no nosso entender, as normas jurídicas possuem uma semântica, uma referência valorativa, ou seja, não que possamos dizer que o direito positivo tem em si a dicotomia verdadeiro/falso, mas sim que é intrínseco às proposições normativas e aos enunciados a dicotomia válido/inválido, adotada também consoante a observância ou não dos direitos humanos.

Importa dizer, porém, com Riccardo Guastini, que

De fato, a classe dos enunciados prescritivos e a classe dos enunciados nem-verdadeiros-nem-falsos claramente não se sobrepõem perfeitamente: existem enunciados que não são nem verdadeiros nem falsos sem, no entanto, ser prescritivos (por exemplo, os enunciados da metafísica e da teologia, as valorações, as apostas, as advertências, as definições estipulativas, etc.).<sup>21</sup>

Por isso, sustentamos juntamente a Guastini que a distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva seja uma distinção, ao fim, pragmática.

20 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 105.

21 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 53.

### 1.3. Dimensão pragmática.

Ou seja, não é no âmbito nem da semântica nem da sintaxe que vai se revelar o enunciado como descritivo ou prescritivo, e sim no âmbito da pragmática, onde vai se dar o surgimento, na relação intersubjetiva, da norma jurídica que por natureza acompanha um ato ilocucionário e, quando eficaz socialmente,<sup>22</sup> acompanha ato perlocucionário. Assim é que caminhamos no mesmo sentido de John Langshaw Austin, para quem, consoante nos reporta Manfredo de Oliveira,

(...) não há mais a dicotomia radical entre linguagem e realidade, pois a linguagem é o espaço de constituição do sentido da realidade para nós. O sentido não mais se constitui na interioridade de uma consciência transcendental, mas num contexto de regras e convenções de um contexto social determinado. O sujeito capaz de falar e agir só se entende a partir de um processo social, que emerge como condição de possibilidade de suas ações simbólicas. Portanto, sua linguagem só se compreende a partir da organização institucional da forma de sociabilidade na qual ele está situado, que é a raiz de seu comportamento no mundo.<sup>23</sup>

Para esclarecer, cabem as palavras de Riccardo Guastini:

22 Referimos aqui à definição de eficácia social de Paulo de Barros Carvalho, para quem: “A eficácia social ou efetividade diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada, ou, em outras palavras, diz com a produção das consequências desejadas pelo elaborador das normas, verificando-se toda vez que a conduta prefixada for cumprida pelo destinatário. Indicaremos, portanto, como eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador”. (CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 459)

23 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 166.

Nota-se que o uso, descritivo ou prescritivo, de um enunciado – a sua função, o ato linguístico consumado – pode sempre ser explicitado reformulando, ou “traduzindo” o próprio enunciado sob forma “performativa”: “Eu constato (afirmo, assevero) que o homicídio é punido com reclusão”, “Eu prescrevo (ordeno) que o homicídio seja punido com a reclusão”. Podemos então dizer assim: prescritivo é um enunciado que é usado para consumir o ato (linguístico) de prescrever; ou: prescritivo é um enunciado que se presta a ser formulado sob a forma “Eu prescrevo que (...)” Mas, a rigor, não devemos sequer falar de “enunciados prescritivos”. (...) A prescritividade é uma propriedade não tanto dos enunciados, mas antes de enunciações concretas de enunciados. Prescritivo exatamente não é o enunciado (se não, talvez, por metonímia), mas antes o modo de o usar, ou o ato da linguagem executado mediante seu proferimento.<sup>24</sup>

Dizemos isso baseados também no sentido de que a construção pelo intérprete das normas jurídicas, ou seja, o âmbito de significação dos signos que compõem o direito positivo, se mistura com o seu significado, ou seja, com as condutas intersubjetivas, já que ambos são criações do próprio intérprete. Nos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho,

Nota-se que, a significação do direito acaba por determinar seu significado, ou seja, o modo como as relações intersubjetivas são disciplinadas. A “realidade” jurídica à qual o enunciado prescritivo faz referência, acaba sendo aquela construída pelo intérprete.<sup>25</sup>

As condutas intersubjetivas são as que

conferem o sentido pragmático da norma, já que são elas que cedem ao texto um contexto prático de aplicação e, assim, conduzem o intérprete na construção da norma jurídica. A proposição é que é prescritiva no âmbito da norma, e não do texto propriamente dito, ou seja, do enunciado, pois a norma jurídica é que carrega em si os modais deônticos, sendo uma construção do exegeta. Também justamente por isso, por ambos – norma jurídica e conduta intersubjetiva – serem criações do próprio intérprete, é que a dimensão pragmática se mostra como aquela onde se construirá a prescrição do enunciado (sua função), tendo em vista que, ao falarmos tanto de norma jurídica quanto de conduta intersubjetiva, estamos falando de atos de linguagem que as definem como tal (já que “podemos tomar como pressuposto que a realidade, e, dentro dela, a realidade social, é constituída pela linguagem”).<sup>26</sup>

### 1.3.1. Atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

Para entender ainda mais o caráter pragmático da linguagem, em específico das normas jurídicas, insta salientar o pensamento de John Langshaw Austin na sua divisão entre atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Surge a teoria da pluridimensionalidade dos atos de fala, que vai trazer as dimensões (ato) locucionária, ilocucionária e perlocucionária desses atos.

A dimensão locucionária diz respeito a que, ao usarmos a linguagem, agimos, mas “dizer isso depois do Segundo Wittgenstein já não constitui novidade e, por essa razão, tal afirmação é, apenas, o ponto de partida para a distinção de outras dimensões da linguagem”.<sup>27</sup>

24 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 55-56.

25 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 168.

26 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

27 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 158.

O ato ilocucionário, por sua vez, diz respeito à conclusão de que, ao dizermos algo, também fazemos algo. Existem vários atos ilocucionários que podem ser usados, como por exemplo informar, questionar, fazer um juízo, etc. O ato ilocucionário, na maioria das vezes, somente pode ser explicitado considerando seu contexto. “Trata-se da determinação não do significado, mas do papel exercido pela expressão na linguagem”.<sup>28</sup>

Executando ambos os atos, podemos realizar mais uma ação, aquela que consiste em provocar no destinatário do ato certos efeitos nos sentimentos, pensamentos e ações.<sup>29</sup> Estes atos denominam-se atos perlocucionários.

Que Pedro diga essa frase – o jacaré é perigoso – é um ato locucionário; que Pedro, por meio dessa expressão linguística, faça uma advertência, isso é o ato ilocucionário; que por meio dessa expressão Pedro consiga afastar alguém do jacaré, isso é o ato perlocucionário.<sup>30</sup>

Agora, com essa separação entre atos (dimensões) da fala,<sup>31</sup> Austin, então, classificará verbos consoante explicitação em face da força ilocucionária das expressões linguísticas das quais fazem parte, dividindo-os em cinco classes: (i) expressões veridictivas, que dizem respeito à articulação de um juízo a respeito de valores ou de fatos. Exemplos: diagnosticar, interpretar, julgar, considerar junto, responsabilizar, etc. (ii) expressões exercitivas: consistem em decidir a favor ou contra deter-

minado comportamento. Exemplo: advertir. (iii) expressões comissivas: comprometem o locutor com um comportamento determinado. Exemplos: dar a palavra, comprometer-se, jurar, provar, manifestar intenção, etc. (iv) expressões conductivas: reação ao comportamento de outras pessoas e atitude ou expressão de atitude diante do comportamento passado ou iminente de um outro. Exemplos: agradecer, felicitar, criticar, saudar, desejar, etc. E, por último, (v) expressões expositivas: tem a finalidade de esclarecer o sentido em que as expressões devem ser consideradas. Exemplos: classificar, mencionar, comunicar, testemunhar, etc.<sup>32</sup>

### 1.3.2. Dimensão comissiva das normas jurídicas.

A linguagem do direito positivo também, por natureza, é dotada de atos ilocucionários e, quando eficaz, como já dissemos, perlocucionários. A nosso ver, o sistema do direito positivo, “como expressão linguística de um ato de fala, inserido num contexto comunicacional que se instaura entre enunciador e enunciatário”,<sup>33</sup> está inserido dentre outras, na comissiva, a que nos importa no presente momento.

São comissivas não na perspectiva do contrato social de Rousseau ou de Hobbes, mas na perspectiva hegeliana, em que, consoante Dardo Scavino:

(...) la constitución de un Estado no es un contrato que pueda surgir de la nada, como en las teorías de Hobbes o de Rousseau. Una constitución es la inscripción institucional de la eticidad o de la pre-comprensión social de la existencia.<sup>34</sup>

28 *Ibidem*, p. 159.

29 *Ibidem*, p. 160.

30 *Ibidem*, p. 152.

31 “Fala”, consoante conceituado por Ferdinand de Saussure e acompanhado por Aurora Tomazini de Carvalho, é um “ato individual de seleção e atualização da língua. Seleção porque por meio dela o homem escolhe, dentre a infinidade de signos e regras contidos em seu inconsciente (língua), as palavras e as relações a serem estabelecidas entre elas, de forma que lhe pareça mais apropriada. E atualização porque ao utilizar-se deste ou daquele signo, bem como desta ou daquela estruturação, os mantém presentes, como elementos de uma língua”. (CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 162).

32 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 163-164.

33 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 151.

34 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 98.

A promessa, expressão comissiva, é aproximada do Direito por Adeodato, baseado em Hannah Arendt, como em sua lição a seguir exposta:

Prometer é a maneira peculiar de ordenar o futuro, de torná-lo confiável na medida do humanamente possível; ordená-lo, mas não constituí-lo, pois a imprevisibilidade do futuro faz com que as promessas jamais sejam absolutas, pois é sempre possível quebrá-las. A promessa permite controlar agora expectativas futuras de comportamento.<sup>35</sup>

Assim,

Já que tanto a lei quanto a promessa são fatores estabilizadores da ação, pode-se aqui ligar o direito à faculdade de prometer; é através do direito que o incessante fluxo de recém-chegados (the *newborn*) toma pé nas regras do jogo de promessas mútuas que compõem as fronteiras da cadeia de ações e reações humanas.<sup>36</sup>

Desta forma é que,

(...) uma vez asseguradas as bases que permitam a plenitude da condição humana (...), todo ser humano é capaz de juízo político e o consenso de apoio ao poder deixa de ser algo fictício. (...) O único conteúdo moral do consentimento que apoia o poder político e jurídico, como aliás o conteúdo moral de todos os acordos e contratos, é a simples disposição de cumprir promessas, de dar e manter garantias quanto a uma futura conduta. Em outros termos, garantir expectativas.<sup>37</sup>

Essa promessa, internalizada no sistema jurídico, evoca o cumprimento, pelos particulares e pelo Estado, das expectativas normativas generalizadas congruentemente e assim incorporadas no sistema jurídico (positivadas ou não, como no caso dos direitos humanos). Porém, a análise das normas pode levar a decisões radicalmente opostas, o que, ao contrário de indicar uma suposta redução da complexidade do sistema, e assim demonstrar uma unicidade nos valores acordados coletivamente no presente momento histórico, acaba por chamar atenção justamente às incontáveis possibilidades de interpretação que surgem ao exegeta e aos últimos destinatários da norma em face do enunciado normativo.

Cabe lembrar que é intrínseco ao direito a sua dinamicidade o que, paradoxalmente, auxilia este a caminhar no sentido de manutenção da promessa original, já que permite a permeabilidade de valores contemporâneos (pois cognitivamente aberto) que abarquem um conteúdo semântico o mais próximo possível daquele compartilhado pela sociedade complexa e plural em que vivemos. Exatamente por isso, as situações fáticas e seus relativos contextos socioculturais, políticos e econômicos, nos levam a extrapolarmos o texto legal para alcançarmos normas que não necessariamente estão positivadas e que também devem ser levadas em consideração na interpretação e aplicação do direito, a fim de, justamente, não ficarmos escravos do direito posto por julgadores que simplesmente veem através do estrito positivismo a forma mais justa de se decidir um litígio (considerando a justiça como finalidade última do direito, apesar de seu “relativo” abstracionismo).

Importa, porém, transcrever as palavras de Matsushita,

(...) a aplicação absoluta do jus-naturalismo é inconcebível, pois a sua aplicação pressupõe a sobreposição absoluta ao positivismo e ao realismo jurídico, cuja análise conformática é impositiva para trazer para o direito a decisão

35 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

36 *Ibidem*, p. 148.

37 *Ibidem*, p. 148-150.

mais justa possível, vez que a busca da verdade e da justiça absoluta são inalcançáveis.<sup>38</sup>

Partilhamos, neste sentido, da teoria de que é inevitável ao exegeta considerar o contexto histórico-cultural em que vivemos e a correspondente produção de direitos e deveres que acompanham a história da sociedade contemporânea. Isso nos leva a entender o direito da perspectiva integral do jus-humanismo normativo. Dentro desta perspectiva, e da noção das normas jurídicas como dotadas de dimensão comissiva na teoria dos atos de fala, como manter essa promessa de sociabilidade originalmente firmada diante de tantas soluções possíveis em face do caso concreto? Afinal, de qual direito falamos quando abordamos a perspectiva do consenso em face desta promessa que, afinal, é intrínseca ao sistema jurídico? Para entender melhor, vamos a seguir expor um caso prático que vai servir de exemplo para o nosso entendimento, acompanhado da interpretação dos movimentos sociais conforme fornecida por Celso Fernandes Campilongo, para, ao final, abordarmos sobre a teoria encampada por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera, partilhada por Thiago Lopes Matsushita, e a importância do princípio da proporcionalidade para o direito hodierno e especificamente para o caso concreto.

## 2. Caso prático: comunidade Pyelito Kue.

“Nós vamos ficar. Se os atiradores quiserem nos atacar, morreremos em suas mãos por nossa terra”, declarou em entrevista à AFP Lide Solano Lopes, representante da comunidade Pyelito Kue, que reivindica suas terras ancestrais em Mato Grosso do Sul.<sup>39</sup>

A comunidade Guarani-Kaiowá é a segunda maior população indígena do Brasil e sofre com a ausência de demarcação de terras pelo poder público. Tomou conta da mídia o caso do município de Iguatemi/MS, em que uma área de 10 mil metros quadrados e de reserva legal é objeto de uma ação de manutenção de posse onde reside a comunidade indígena Pyelito Kue, composta por cerca de 160 índios, na Fazenda de Cambará, área a ser delimitada e ocupada pelos índios desde 2008.

Nas palavras da Desembargadora Cecília Mello do Tribunal Regional Federal da 3ª Região,

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue *resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.* (destaque nosso)<sup>40</sup>

Essa resistência até a morte descrita pela Desembargadora remete à Carta divulgada pela comunidade Guarani-Kaiowá sobre a

38 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade.* Tese – PUC/SP, 2012, p. 45.

39 “Morreremos por nossa terra”, dizem índios guarani-kaiowá. Portal IG Último Segundo, 31 out. 2012. Disponível

em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-10-31/morreremos-por-nossa-terra-dizem-indios-guarani-kaio-wa.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

40 TRF 3ª Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

postura desta em face de decisão de primeira instância no processo de manutenção de posse em que o Juiz Federal expediu, em sede liminar, mandado de manutenção da posse e a consequente retirada da comunidade indígena do local. Nos termos da Carta,

*A quem vamos denunciar as violências praticadas contra nossas vidas?? Para qual Justiça do Brasil?? Se a própria Justiça Federal está gerando e alimentando violências contra nós. Nós já avaliamos a nossa situação atual e concluímos que vamos morrer todos mesmo em pouco tempo, não temos e nem teremos perspectiva de vida digna e justa tanto aqui na margem do rio quanto longe daqui. Estamos aqui acampados 50 metros de rio Hovy onde já ocorreram 4 mortos, sendo 2 morreram por meio de suicídio, 2 morte em decorrência de espancamento e tortura de pistoleiros das fazendas. (...) De fato, sabemos muito bem que no centro desse nosso território antigo estão enterrados vários os nossos avós e avós, bisavós e bisavós, ali estão o cemitérios de todos nossos antepassados. Cientes desse fato histórico, nós já vamos e queremos ser morto e enterrado junto aos nossos antepassados aqui mesmo onde estamos hoje, por isso, pedimos ao Governo e Justiça Federal para não decretar a ordem de despejo/expulsão, mas solicitamos para decretar a nossa morte coletiva e para enterrar nós todos aqui. Pedimos, de uma vez por todas, para decretar a nossa dizimação/extinção total, além de enviar vários tratores para cavar um grande buraco para jogar e enterrar os nossos corpos. Esse é nosso pedido aos juízes federais.*

Já aguardamos esta decisão da Justiça Federal, Assim, é para decretar a nossa morte coletiva Guarani e Kaiowá de Pyelito Kue/Mbarakay e para enterrarmos todos aqui. Visto que decidimos integralmente a não sairmos daqui com vida e nem morto e sabemos que não temos mais chance em sobreviver digna-

mente aqui em nosso território antigo, já sofremos muito e estamos todos massacrados e morrendo de modo acelerado. Sabemos que seremos expulsas daqui da margem do rio pela justiça, porém não vamos sair da margem do rio. Como um povo nativo/indígena histórico, decidimos meramente em ser morto coletivamente aqui. Não temos outra opção, esta é a nossa última decisão unânime diante do despacho da Justiça Federal de Navirai-MS. (destaques nossos)<sup>41</sup>

## 2.1. Teoria dos movimentos sociais e a comunidade Pyelito Kue.

Vale, neste momento, estabelecermos a definição de movimentos sociais da qual partimos o presente trabalho. Para tanto, as palavras de Maria da Glória Gohn:

(...) nós os vemos como ações sociais coletivas de caráter sócio-político e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações, etc.), até as pressões indiretas.<sup>42</sup>

Cabe, nesse sentido, a assertiva de Mário Lúcio Quintão Soares:

Os movimentos sociais, de cunho popular, demarcam a história do Brasil,

41 MARON, Miguel; MENDES, Marina S. *Salvemos os índios Guarani-Kaiowá - Urgente!* Avaaz.org. Petições da comunidade. 15 out. 2012. Disponível em: <[https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos\\_os\\_indios\\_Guarani-Kaiowa\\_URGENTE/?atsQccb&external](https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos_os_indios_Guarani-Kaiowa_URGENTE/?atsQccb&external)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

42 GOHN, Maria da G. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 13.



desde as rebeliões dos escravos, passando pelas lutas operárias, pelas ligas camponesas, pelas lutas indígenas, pelos sem-teto e pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST). Os portadores de deficiências, os movimentos humanitários, culturais e ecológicos, e as manifestações operárias e políticas tão somente poderão ser compreendidas e dimensionadas a partir de sua práxis política, mesmo assumindo, cada um desses atores coletivos, sua estratégia peculiar de organização e de ação política.<sup>43</sup>

Partindo dessa premissa, para analisarmos a postura da comunidade Pyelito Kue, importa remetermos a uma classificação feita por Celso Fernandes Campilongo entre movimentos sociais “contra”, “pelo” e “após” o direito:

“Contra o direito” significa, na essência, luta pela sua revogação, substituição ou por nova interpretação do direito vigente. No fundo, identifica-se um obstáculo construído pelo direito e procura-se removê-lo também através do direito. Não se trata, na verdade, de transgressão ou afronta ao direito, mas de modificação

do direito. “Pelo direito” representa a luta pelo reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos: conquista de novos direitos, na lei ou na justiça. “Após o direito” consiste na busca por eficácia: adoção de políticas, reorientação da jurisprudência em conformidade com os avanços legislativos, mudança de comportamento.<sup>44</sup>

Porém, esse conflito gerado entre a comunidade indígena e os ocupantes das terras pode ser tomado como o afloramento de um movimento social de uma outra forma de ser “contra o direito”, também teorizada por Campilongo:

Mas a relação dos movimentos sociais com o direito também pode ser lida tomando-se a diferenciação funcional como ponto de partida. (...) Dessa ótica, os movimentos sociais podem ser “contra o direito” não no sentido de pleitearem sua melhora, mas para violá-lo, transgredi-lo ou submetê-lo a testes que desvelem seus limites operativos e sua incapacidade decisória, isto é, tornem manifestas suas latências. Uma estratégia para despir e ridicularizar a Justiça.<sup>45</sup>

Essa última forma de protesto descrita pelo autor é onde mais se enquadra o protesto da comunidade indígena referida, já que tal movimento social não adota uma postura de possibilidade de negociação sobre seu interesse final, assumindo a posição de lutar até a morte pelo direito o qual entende ser titular. Não busca remover o obstáculo através do direito, nem o simples “reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos”, e tampouco está atrás de uma eficácia da decisão judicial, mas, afinal, pretende violar o direito se for preciso, transgredindo-o e, assim, pôr em cheque “seus limites operativos e sua incapacidade decisória”.

43 SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

44 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 34.

45 *Ibidem*, p. 35.

Importa, por outro lado, remetermos também aos dizeres de Esther Sánchez Botero:

Uno de los efectos del estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos públicos así como del control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque se un derecho que necesariamente no coincidía – en parte o en su totalidad –, com los sistemas existentes en cada uno de ellos como pueblos.<sup>46</sup>

A contradição, afinal, a que o movimento está submetido, é a questão à qual nos alerta Campilongo:

Várias seleções são sempre possíveis. Dentre elas, algumas serão realizadas, outras não. Quem recebe o “não” dificilmente se retira aplaudindo ou se conforma razoavelmente com a negativa. Costuma ter argumentos tão bons quanto aqueles esgrimados pelos contendedores. No caso do sistema jurídico, isso vale para quem o procurar: tanto os protestos contra a sociedade quanto as reações da sociedade aos que protestam ficam expostos a respostas positivas ou negativas à pergunta: “está conforme o direito?”<sup>47</sup>

Continua, assim, Campilongo, apoiado em Raffaele De Giorgi:

A decisão judicial, pelo caráter seletivo, institucionalizado, legalizado e variável que possui, é regulada pelo princípio da

contingência. Decidir é escolher entre alternativas. Aqui entra a interpretação: constrói alternativas. Aqui também entram os movimentos sociais: não possuem nem pleiteiam competências decisórias, mas cobram alternativas e reclamam direitos.<sup>48</sup>

Outra divisão levantada por Celso Fernandes Campilongo diz respeito aos “movimentos de protesto” e os “movimentos de desintegração”.

Os primeiros seriam movimentos que “não procuram os tribunais para fazer valer expectativas normativas”, mas ao contrário, “não creem em expectativas cognitivas nem em expectativas normativas”, alimentando “expectativas reativas”, desconsiderando “os outros” contra os quais se protesta. “Estão mais interessados em expor as feridas dos sistemas do que em tratá-las”.<sup>49</sup> São movimentos que, junto com o que Campilongo denomina de “movimentos de integração”, reagem “à sociedade diferenciada funcionalmente dizendo ‘não’ aos sistemas parciais”.<sup>50</sup> “Tomando-se por referência o sistema jurídico, criticam as limitações e perversões do código lícito/ilícito”.<sup>51</sup>

Já os segundos – movimentos de desintegração –, por sua vez, são movimentos que “acreditam na Constituição, por ingênuo que possa parecer”,<sup>52</sup> “não veem nela uma provocação: invocam-na com a expectativa de confirmar o que se espera do direito”.<sup>53</sup> Movimentos sociais de desintegração “lutam justamente pela afirmação dos critérios de validade que lhes convêm. Buscam um tipo de confirmação da ordem, ainda que por inovação”.<sup>54</sup> Isso porque se organizam no sentido de forçar “o direito a reagir juridicamente às disfunções

46 BOTERO, Esther S. *apud* MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Jun. 2010, p. 8658. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

47 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 79.

48 *Ibidem*, p. 133-134.

49 *Ibidem*, p. 65.

50 *Ibidem*, p. 103.

51 *Ibidem*, p. 65-66.

52 *Ibidem*, p. 65.

53 *Ibidem*, p. 65-66.

54 *Ibidem*, p. 91.

dos demais sistemas”.<sup>55</sup> “Em resumo, conflitos encampados por movimentos sociais de desintegração têm elevada disponibilidade para o consenso, a negociação e o compromisso”.<sup>56</sup>

A “crença na Constituição”, conforme evocada por Campilongo, é a contrapartida do movimento social ao reconhecer como válida a arena para os conflitos oferecida pelo sistema jurídico, ou seja, sua validade como contrapartida ao estabelecimento do sistema jurídico enquanto instância receptiva aos mais fracos e às minorias.

Cuida-se de convite aceito. Como se os tribunais dissessem: “se ninguém lhes dá ouvidos, nós o faremos”. E não fazem isso por caridade ou por ideologia. Os tribunais se auto-obrigam a conhecer e decidir os conflitos.<sup>57</sup>

Mesmo assim,

O sistema jurídico pode considerar as demandas lícitas ou ilícitas. Pode recriar ou criminalizar os movimentos sociais. Pode não conhecer as demandas por falta de embasamento legal. Mas pode também oferecer interpretação nova e ampliação dos horizontes de possibilidades das estruturas jurídicas.<sup>58</sup>

Diante dessas possibilidades de posturas a serem adotadas pelos julgadores, há diferença clara entre os movimentos de integração e de desintegração.

Os movimentos de integração, ao contrário dos movimentos de desintegração, são conflitos onde ideias, verdades e valores são geralmente elevados ao altar de princípios, não são objeto de barganha, não admitem gradação nem preço. O movimento feminista não admite exploração das mulheres.

O movimento pacifista não tolera guerras. Movimentos culturais não abrem mão de sua identidade. Não há o que negociar. Assim, “restam duas possibilidades: simplesmente cessar o protesto ou maximizar o protesto”.<sup>59</sup>

Em qual desses tipos de movimentos, com base na Carta de resposta à decisão de primeira instância, podemos enquadrar a comunidade Pyelito Kue?

Com a decisão tomada de não saírem da área nem vivos nem mortos, mediante a postura de entender que “a própria Justiça Federal está gerando e alimentando violências” contra eles, nos parece que estão muito mais próximos de um movimento que pretende denunciar a parcialidade e desconfirmar a autoridade do Judiciário, ou ainda que não tem uma “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto.<sup>60</sup> Mais isso do que um movimento que tem disponibilidade para negociação e confiança depositada no sistema jurídico e no seu núcleo decisório.<sup>61</sup>

É importante frisar, neste momento, que entendemos a abordagem mais conflituosa da realidade para evocar justo tratamento jurídico a seus interesses. Quando Campilongo vai dizer dessa busca pelos movimentos de integração, os trata como parasitas que se acoplam ao hospedeiro com o intuito de se alimentar de suas energias,<sup>62</sup> ou ainda que tais movimentos sociais têm propostas temáticas utópicas, difíceis de serem processadas. Em outras palavras, indigestas.<sup>63</sup> Importa esclarecer que, a nosso ver, a comunidade Pyelito Kue nada mais fez do que forçar o direito a atualizar e alargar o seu “horizonte de possibilidades”,<sup>64</sup> caminhar para produzir novo sentido e reforçar o desempenho de sua função para a sociedade.<sup>65</sup>

55 *Ibidem*, p. 93.

56 *Ibidem*, p. 117.

57 *Ibidem*, p. 98.

58 *Ibidem*, p. 116.

59 *Ibidem*, p. 118.

60 *Ibidem*, p. 121-122.

61 *Ibidem*, p. 120.

62 *Ibidem*, p. 121.

63 *Ibidem*, p. 104.

64 *Ibidem*, p. 141.

65 *Ibidem*, p. 141.

Isso porque, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,

Está em causa a manutenção da auto-poiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. (...) A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria um tal sistema, o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, (...).<sup>66</sup>

Assim a rígida e inegociável postura do protesto da comunidade Pyelito Kue em face do problema levado a juízo é a postura de quem demanda de forma veemente que seu direito seja confirmado pelo Poder Judiciário, direito este que se apresentou como inalienável aos membros desta comunidade.<sup>67</sup> Assim, é como nos leciona Everton Lazzaretti Piccolotto, baseado em Marcelo Silva:

Para Silva, na história da realização social destas orientações culturais, Touraine observa que “paulatinamente a racionalização vai sendo identificada com as classes dirigentes que vão se tornando dominantes, enquanto a subjetivação é secundarizada e se torna instrumento de defesa e resistência das classes populares”. Dessa maneira, enquanto os dominantes cada vez mais enfatizam sua “função’ de atores racionais que apenas realizam a lógica ‘natural’ do progresso científico e tecnológico modernizador”, os dominados, por sua vez, “resistem com o apelo a sua identidade e memória contra uma modernização que resulta na sua submissão e exploração”.<sup>68</sup>

Diante da ameaça de permanecerem no local até a morte, o Poder Judiciário não pode se furtar de decidir com base em tais fatos, compreendendo, no caso, em sede liminar, que a decisão contrária aos interesses dos membros da comunidade indígena levaria a consequências desastrosas que ultrapassam o debate sobre o mero direito posto em litígio.

O sistema jurídico, gostando ou não dos temas do protesto e do comportamento do parasita, deve reagir a eles. A instabilidade típica da sociedade e própria da variabilidade específica do sistema jurídico tem, nos dois temas, sinais de alerta, estímulos para a variação, motores que ativam novos estágios de complexidade social.<sup>69</sup>

Essa postura, a nosso ver, ao mesmo tempo em que não tem disponibilidade para negociação, e por isso não se enquadraria como movimento de desintegração, pois,

66 GUERRA FILHO, Willis S. Autoipoiese e Autoimunidade. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

67 O território ocupado pelos indígenas tem a denominação por eles de *Tekoha*, que significaria “o lugar físico onde se realiza o teko, o ‘modo de ser’, o estado de vida guarani”. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/guarani-kaiowa/552>>. Acesso: 16 jun. 2013.

68 PICCOLOTTO, Everton L. Movimentos sociais: abordagens clássicas e contemporâneas. *CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, ano 1, ed. 2, nov. 2007, p. 161-162. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/download/358/332>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

69 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 104.

conforme Campilongo, neste há cooperação na relação entre o sistema jurídico e o movimento social, também não pretende simplesmente debilitar o sistema, ou até mesmo uma simples busca por uma opção de voz, critérios estes específicos dos movimentos de integração. No máximo, consoante classificação do eminente jurista paulista, em face da expectativa em relação à decisão judicial, poderíamos enquadrar o protesto em questão na forma de “parasitismo” dos movimentos de integração, já que, ao adotar conduta apesar da decisão do judiciário, estaria criando uma descomprometimento com as decisões das organizações judiciais. Nas palavras de Campilongo:

A questão resume-se a dirigir um protesto mesmo a quem, no caso, não está disposto a ouvir, mas é obrigado a fazê-lo. (...) O sistema jurídico oferece roupagem à voz, sem cobrar lealdade. (...) Mas, no caso, não envolve a menor lealdade às organizações judiciais nem comprometimento com suas decisões. Não se trata da hipótese de “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto. A prontidão refere-se apenas ao protesto.<sup>70</sup>

Dito isto, entendemos o protesto da comunidade indígena como mais pendente para os movimentos de integração, tendo em vista a pretensão de ter o seu direito afirmado pelos tribunais sem possibilidade de negociação. Porém, também está munida de uma demanda concreta e fundamentada que talvez exija uma atuação mais energética em face da urgência da situação. Valem, assim, as palavras de Maria da Glória Gohn:

Concordamos com as antigas análises de Touraine quando afirmou que os movimentos são o coração, o pulsar da sociedade. Eles expressam energias de resistência ao velho que os oprime, e

fontes revitalizadas para a construção do novo. Energias sociais antes dispersas são canalizadas e potencializadas por meio de suas práticas em “fazer propositivos”.<sup>71</sup>

É um movimento que tolera, afinal, somente uma decisão, qual seja, aquela em prol do seu reclame. É notório que a comunidade indígena em questão acabou por separar, de um lado, o movimento, e de outro, os tribunais e –conforme lhes parece –seus verdadeiros aliados.<sup>72</sup> A intenção do protesto em questão é somente ter seu direito de permanecer na região atendido, direito este que, confirmado ou não pelo Poder Judiciário, conforme explicitado na Carta, será protegido às custas inclusive da própria vida de seus membros. Esse foi o meio encontrado para lutarem em prol do que entendem como justo.

A postura é, afinal, aquela descrita por Céli Regina Jardim Pinto: “o espaço que ocupam, a opinião que buscam formar, é no sentido de angariar apoio para suas causas, transformar as suas causas em causas da sociedade”.<sup>73</sup>

Pode-se analisar a forma de protesto a partir da perspectiva de que “democracia é sinônimo de dissenso”<sup>74</sup> e que, justamente por isso, as liberdades garantidas pelo direito são utilizadas pelos movimentos sociais na intenção de permitir com que estes defendam o que entendem lhes ser de direito em face do Poder Judiciário –isso ao mesmo tempo em que é aberto o espaço para que os tribunais possam exercer a liberdade de decidir, nos limites impostos pelo direito.<sup>75</sup>

71 GOHN, Maria da G. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 14.

72 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 119.

73 PINTO, Céli Regina J. *Movimentos sociais 2011: estamos frente a uma nova forma de fazer política?* In: GOHN, Maria da G.; BRINGEL, Breno M. (Orgs.). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 134.

74 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 96.

75 *Ibidem*, p. 97.

70 *Ibidem*, p. 122.

Assim, é como nos remete Mário Lúcio Quintão Soares: “não há como imaginar uma sociedade democrática sem manifestações divergentes, de seus diversos segmentos, tão salutares para alimentar o diálogo no jogo político”.<sup>76</sup>

A crítica nessa análise pode advir da noção de que a liberdade de decisão do Poder Judiciário fica limitada em face da postura adotada pelo movimento em questão, a partir do momento em que este expôs de forma midiática a incansável luta a que está disposto contra a decisão de primeira instância no processo aqui referido. Porém,

Mesmo quando atuam desse modo, ainda que de maneira não prevista ou indesejada, contribuem para o aguçamento da autorreflexão do direito, para expansão de sua capacidade de auto-observação e autocorreção de suas operações e, por fim, introdução de variabilidade no sistema jurídico.<sup>77</sup>

Isso pois, ainda conforme Quintão Soares,

Na organização da sociedade civil, as manifestações populares e os movimentos sociais ocupam posição relevante, principalmente os que assumem atitudes emancipatórias, ou seja, pelo fim de qualquer forma de opressão, exclusão e injustiça social.<sup>78</sup>

Conforme veremos, a Desembargadora Federal Cecília Mello do Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou a promessa

da comunidade indígena de se manter no local custe o que custar para prolatar decisão contrária àquela de primeira instância. Ficou claro por tudo que foi relatado na mídia e pela postura adotada pela comunidade que a situação da ausência de demarcação de terras já está no limite do insustentável.<sup>79</sup> Interpretar os enunciados e decidir sobre tal questão, mesmo que em sede liminar, a nosso ver, deve levar em consideração não só a letra da lei, mas também a situação fática em seu contexto, dotada de forte poder persuasivo em prol da manutenção dos índios na terra em litígio em sede liminar, situação esta que se agrava com a radical decisão da comunidade de permanecer na terra até a morte, independentemente da decisão judicial.

Dizemos isso partilhando da seguinte assertiva de Erika Macedo Moreira:

Portanto, a substância moral daquilo que se considera desenvolvido, justo e digno, chama a atenção para os limites da interação social e da efetivação das políticas de reconhecimento. Questão que se torna ainda mais latente quando envolve conflitos indígenas no âmbito do judiciário, uma vez que o acesso à justiça (e as concepções de justiça) se estabelece

76 SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

77 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 35.

78 SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

79 A título de exemplo, conferir em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1213216-funai-reconhece-terras-da-etnia-guarani-caiova-em-ms.shtml>>; <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,fotos-mostram-luta-de-guaranis-kaiowas-por-sobrevivencia-na-beira-de-estradas,972567,0.htm>>; <<http://www.territorioeldorado.lima.com.br/noticias/not224195.shtm>>. Ainda, consoante Erika Macedo Moreira, “Conforme demonstra o Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – 2009, organizado pelo Centro Indigenista Missionário (CIMI), os índices de assassinato estão aumentando (sendo que o estado do Mato Grosso do Sul, corresponde a 54% dos casos), além de um grande número de outras violências e descasos – morte por desassistência à saúde, criminalização das lideranças e o impacto dos grandes empreendimentos, entre outros; demonstra e confirma a estreita relação entre os conflitos por terra e violência”. (MOREIRA, Erika M. *Judiciário brasileiro e costumes indígenas: por uma justiça pluralista e intercultural*. Congresso Internacional, VI, 2-6 de agosto de 2010, Lima, Lima, Brasil: RELAJU. 26 p. Português. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12617.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014, p. 21)

através de uma relação contraditória e ambígua, onde a relação com o Estado e o seu sistema jurídico é pautada pela necessidade de, ora, reconhecer e valorizar os costumes enquanto normatividade que orienta a resolução dos conflitos, e, ora, pela necessidade de recorrer à legalidade dos *brancos* para garantir a paz social no grupo.<sup>80</sup>

Em decisão conforme a estrita legalidade, na qual concedeu, em primeira instância, o pedido liminar em desfavor da comunidade dos Pyelito Kue, o Juiz Federal Sergio Henrique Bonachela fundamentou conforme o seguinte:

Também não constitui objeto deste processo a apreciação, valoração ou qualificação de quaisquer atos, violentos ou não, praticados em defesa da posse do autor. É relevante para o deslinde desta causa saber, unicamente, se a propriedade objeto do pedido tinha um efetivo possuidor e se, em caso positivo, ele está sofrendo esbulho, turbação ou ameaça por parte de outrem.<sup>81</sup>

Argumenta, ainda, que

Nesse sentido, *não pode ser acolhida a manifestação de que a lei não deve ser aplicada, sob o pretexto de que uma ordem liminar poderia agravar a situação e deflagrar um conflito, afetando mulheres, crianças e enfermos. Ao contrário, é o império da lei – impessoal, geral e isonômica – que pode evi em (sic) uma compreensão diferente sobre a necessidade de acatamento aos poderes constituídos, cabe aos órgãos de*

assistência esclarecê-los e contê-los, sob pena de quebra da ordem jurídica e da ocorrência incontrolável de conflitos que facilmente redundam em uso da violência, da qual eles próprios, sendo a parte envolvida mais vulnerável, sempre são os mais prejudicados. (destaque nosso)<sup>82</sup>

Diz, ainda, ser inútil

(...) tentar reprimir atos de violência em matéria que exalta tanto os ânimos, como é a da posse da terra, considerando a irreversibilidade das consequências de tantos casos de conflitos que resultam, em vezes tão incontáveis quanto lamentáveis, em ferimentos graves e até mortes.<sup>83</sup>

Importa contrapormos tal decisão àquela da Desembargadora Cecília Mello do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que concedeu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da comunidade indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região.

De forma bem diferente, já após a Carta da comunidade ter sido publicada, fundamenta sopesando a ciência de que os índios “colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura” e que, dessa forma, “há notícias críveis de que a comunidade indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.”

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, *omissão essa que obriga o Poder Judiciário*

80 MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Jun. 2010, p. 8666. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

81 Justiça Federal da 3ª Região, Processo 0000032-87.2012.4.03.6006, 1ª Vara de Navirai/MS, Juiz Federal Sergio Henrique Bonachela.

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*.

*a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos (...). Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la. A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore. Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem. (destaque nosso)<sup>84</sup>*

Partilhamos das palavras de Paulo Ferreira da Cunha, conforme trazida à baila por Thiago Lopes Matsushita ao discorrer sobre o jus-humanismo normativo, corrente a qual nos filiamos:

Mas não basta pensar. É preciso agir. Perante a barbarização da aplicação do direito – a tantos níveis, mas sobretudo os burocráticos, do direito dos capatazes, dos mangas de alpaca, dos que rejubilam com a sua nesga de poder – o jurista pensante não pode acomodar-se na lamentação. Tem que fazer pedagogia, explicar que o Direito não é só nem sobretudo o poder, a lei não é só o regulamento, que a letra está muito aquém do espírito, que há normas não escritas, que há direito consuetudinário, que os princípios jurídicos existem, que há normas gerais, que há normas supletivas, que a equidade serve para alguma

coisa, e que a Constituição é norma das normas, e tem aplicabilidade directa em muitos casos (...) Isso para nem falar em Direito natural, que seria já, em muitos casos, um desperdício igual ao de margaridas ante porcos (...).<sup>85</sup>

A nosso ver, aí se encontra a diferença entre as duas decisões judiciais. A de primeira instância reflete um pensamento que desvincula a aplicação da norma jurídica ao seu contexto prático, realizando a subsunção do fato à norma sem considerar o longo período de luta dos Pyelito Kue em se manter na posse da terra objeto do litígio. Apesar de discorrer dizendo que “cabe ao órgão de assistência aos índios promover, sem mais demora, os estudos tendentes à demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas naquela região”, entende inclusive ser “irrelevante para o deslinde da questão a afirmativa de que a posse dos índios sobre a região debatida remonta a tempos imemoriais”.

Diante da repercussão do suposto anúncio de suicídio, a Conselho Indigenista Missionário (Cimi) interveio com uma nota de esclarecimento na terça-feira: “Os Kaiowá e Guaraní falam em morte coletiva (o que é diferente de suicídio coletivo) no contexto da luta pela terra, ou seja, se a Justiça e os pistoleiros contratados pelos fazendeiros insistirem em tirá-los de suas terras tradicionais, estão dispostos a morrerem todos nela, sem jamais abandoná-las. Vivos não sairão do chão dos antepassados.”<sup>86</sup>

É considerando a ameaça dos índios exposta pela Carta e buscando alcançar uma paz na região, que a Desembargadora decide

84 TRF 3ª Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

85 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 24.

86 CARNEIRO, J. D. Carta sobre “morte coletiva” de índios gera comoção e incerteza. *BBC Brasil*. 24 out. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121024\\_indigenas\\_carta\\_coletiva\\_jc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121024_indigenas_carta_coletiva_jc.shtml)>. Acesso em: 11 fev. 2014.

por proteger valores como a manutenção da vida e da ordem. Ao citar trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça,

(...) clama a observância ao *princípio da adequação judicial*, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, (...) pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.<sup>87</sup>

A nosso ver, a Desembargadora levou em consideração a necessidade de se ponderar o fato e seu relativo contexto com a hipótese de incidência correta a ser subsumida, enquanto que a decisão de primeira instância desconsiderou a questão contextual com fim de analisar estritamente o fato e a norma a que se remete. Não nos parece, pela fundamentação do Juiz Federal, que seu julgado seria alterado na essência da decisão mesmo se antes já houvesse sido divulgada uma carta com conteúdo aparente, ou seja, que demonstrasse o comprometimento dos índios em permanecer na terra mesmo diante da iminência de um conflito que dizimasse a comunidade. Já a Desembargadora, com esse novo fato, adotou postura em considerar mais do que a dignidade humana dos índios, mas sim o



87 TRF 3ª Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

direito à vida e a respectiva urgência em se indeferir o pedido liminar diante do contexto do caso concreto. Tal decisão remete a uma interpretação do direito que vai ao encontro de uma hermenêutica jus-humanista normativa e de aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando não só o texto da lei, mas também a doutrina, a jurisprudência e os direitos humanos.

Isso porque, conforme Thiago Lopes Matsushita,

(...) o jus-humanismo normativo prevê que a decisão mais justa é aquela que acontece da intersecção do texto com o meta-texto e o intra-texto que, em outras palavras, quer dizer que é da interconexão entre o direito positivo, com os direitos humanos e o realismo jurídico é que se chegará à decisão que trará a verdade.<sup>88</sup>

Assim, neste sentido, cabem as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

Ainda com relação ao modo de aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, para encerrar essa ligeira apresentação dele, vale ressaltar que, assim como ele pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um procedimento decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado – e, também, institucionalizado – de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. *Especial atenção*

88 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 166.

*merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida. (destaque nosso)*<sup>89</sup>

Por isso é que, em outro momento, Guerra Filho vai discorrer que:

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer, pelo direito, é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito. Isto ocorre principalmente pela “ponderação” (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*).<sup>90</sup>

Desta forma, cabe agora apresentarmos brevemente a teoria jus-humanista normativa e a aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante linha de pesquisa adotada por Thiago Lopes Matsushita.

### 3. Breve análise da teoria jus-humanista normativa.

Conforme nos leciona Matsushita,

O jus-humanismo normativo é uma teoria de filosofia do direito, que a princípio, foi criada para a sistematização

do direito econômico, mas que, por sua característica universal e transversal deve ser aplicada como Teoria Geral do Direito, porque sem dúvida produz a melhor solução jurídica possível entre a multiplicidade das soluções conforme cada uma das visões filosóficas do direito.

Em outros dizeres, a teoria jus-humanista normativa tem como objetivo claro a inquestionável satisfação universal do ser humano, no que é correspondente à dignidade da pessoa humana em suas dimensões objetivas de democracia e paz. Baseando-se sempre nos Direitos Humanos imanescentes da sociedade fraterna, que é expressão secular da alma divina que pauta a fé cristã de que mais do que iguais, somos irmãos.<sup>91</sup>

O jus-humanismo normativo busca adensar, na interpretação e aplicação do direito, o realismo jurídico, ao jus-positivismo e aos direitos humanos, a fim de adotar uma postura mais integral de todo o direito para uma decisão que tenha em seu bojo a busca pela concretização do direito objetivo da dignidade da pessoa humana. Para tanto, adota a teoria de Eduardo García Maynes, “que numa visualização é dada pela intersecção de três círculos, onde o primeiro deles é o direito positivo, o segundo o direito natural e o terceiro é dado pelo realismo jurídico”.<sup>92</sup>



(MATSUSHITA, 2012, p.179)

89 GUERRA FILHO, Willis S. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 117. Apud MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo*: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese – PUC/SP, 2012, p. 187.

90 GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese e autoimunidade. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

91 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo*: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese – PUC/SP, 2012, p. 27.

92 *Ibidem*, p. 179.

Esta figura representa sete possíveis soluções ao caso concreto, onde, para o jus-humanismo normativo, a mais correta será aquela do momento da intersecção dos três círculos, ou seja, onde são considerados concomitantemente o realismo (considerando também, neste âmbito, a doutrina, consoante Matsushita), os direitos humanos e o direito positivo.

Importante esclarecer que tal teoria partilha do viés do culturalismo jurídico que,

(...) deve ser entendido “como uma concepção do direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em razão dos graus de evolução social”. Reale admite que o culturalismo “se concilia plenamente com a ideia de um Direito Natural conjectural”. Isso significa, como bem percebeu Adeodato, que “Reale defende algo mais do que a verdade intradiscursiva. Não esconde a pretensão de ter a conjectura abrindo caminho para um conhecimento mais firme do que ela própria, na direção de uma certeza peculiar às ciências”.<sup>93</sup>

Partindo da teoria quântica para explicar que há um elemento comum a tudo e a todos, da cosmologia da teoria do *Big Bang*, denominado também de “partícula de Deus”, “baseando-se sempre nos Direitos Humanos imanentes da sociedade fraterna, que é expressão secular da alma divina que pauta a fé cristã de que mais do que iguais, somos irmãos”<sup>94</sup>, Sayeg e Balera vão afirmar que

Analisada a ordem jurídica sob este prisma quântico percebe-se que, sendo

materia e energia dois aspectos de um único elemento essencial, que varia conforme a densidade, há que relacionar-se o direito positivo à matéria, os direitos humanos à energia e o realismo à densidade. Sob esta perspectiva, Telles Jr. afirmou que o “direito natural é sempre o direito positivo”. Assim, o método quântico confirma que a composição elementar da norma jurídica positivada é o direito natural sedimentado, e que os direitos humanos constituem o direito natural universalmente admitido.<sup>95</sup>

Os direitos humanos, o realismo e o direito positivo vão se integrar na norma a partir do que Sayeg e Balera chamam de princípio da complementariedade, onde:

(...) aplicando de forma complementar o raio de eficácia do direito positivo (texto) ao raio de eficácia dos direitos humanos (intratexto) e com a indispensável adequação mediante o raio de eficácia do realismo jurídico (metatexto), a intersecção das três esferas de efetividade dará resposta adequada ao caso concreto – sem paralelismo e sem sobreposição, mas com sincronismo e sinergia.<sup>96</sup>

Adota, por fim, para a aplicação do direito, o pressuposto da Lei Universal da Fraternidade, que diz respeito à máxima de que “a inteligência humana há que aplicar a norma não escrita no núcleo da essência elementar daquela que dispõe a lei positiva, a fim de garantir que se faça o bem e se evite o mal”<sup>97</sup>. Tal máxima implica:

(...) a concretização universal dos direitos humanos em todas as suas dimensões, com vistas à satisfação da dignidade da pessoa humana. Sua

93 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 105.

94 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 27.

95 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 120-121.

96 *Ibidem*, p. 123.

97 *Ibidem*, p. 123.

lógica impositiva é a de que o planeta será tanto melhor quanto maior e mais abrangente for a real concretização multidimensional daqueles direitos e o respeito a esta dignidade, o que não significa paternalismo ou demagogia.<sup>98</sup>

Os direitos humanos nada mais são, afinal, do que os direitos compartilhados universalmente por toda a humanidade, tanto plural como globalizada. Cabem as palavras de Dardo Scavino:

Así entendido, un mundo es un conjunto de significaciones, de saberes, de valores, de gustos, de certezas: una pre-interpretación o una “pre-comprensión”, como la llamaba Heidegger. De ahí que para este filósofo no habitamos un territorio natural, como los animales, sino un mundo, un lenguaje o una cultura. El “espíritu de un tempo” (...).<sup>99</sup>

Neste sentido, Sayeg e Balera teorizam a forma ideal para a aplicação de tal Lei Universal pelos julgadores:

A sabedoria do povo aponta seis passos para a aplicação da Lei Universal da Fraternidade, os quais devem ser percorridos pelo magistrado no exercício da prestação jurisdicional. São eles: (1) considerar todas as partes envolvidas, tendo em mente que são pessoas humanas, revestidas de dignidade; (2) buscar perceber a aflição em que se encontram diante do caso concreto; (3) ouvir, com atenção, a versão e as razões de cada uma delas; (4) colocar-se na situação em que elas se encontram; (5) interagir com elas; e (6) aplicar a decisão mais fraterna, que será a que satisfaça a dignidade de todas as pessoas envolvidas, sendo misericordioso onde houver miséria.<sup>100</sup>

98 *Ibidem*, p. 94.

99 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 41.

100 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 127.

#### 4. Princípio absoluto da proporcionalidade.

Conforme já foi dito no final do capítulo primeiro do presente artigo, as normas jurídicas não deixam de ser promessas internalizadas pelo sistema jurídico, com a função de gerar estabilidade, segurança (expectativa de cumprimento) quanto às regras consentidas por uma determinada sociedade. Gerar esses sentimentos e o cumprimento das regras é o que garante a dimensão perlocucionária das normas jurídicas, ou seja, sua eficácia na produção de respostas conforme a intenção da norma.<sup>101</sup>

Na lição de Paulo de Barros Carvalho, acompanhada por Thiago Lopes Matsushita, temos que:

Lembre-mos que o direito é algo extremamente complexo, abrangendo, a um só tempo, (i) uma linguagem prescritiva, (ii) *um substrato sociológico expresso pela vida comunitária que manifesta seu consentimento em relação àquela linguagem* e (iii) um aspecto axiológico, sua dimensão de idealidade, imanente à natureza de objeto cultural. (destaque nosso)<sup>102</sup>

O direito, como diz Celso Fernandes Campilongo, tem muita relação com as seguintes “reações funcionais ao longo do tempo” ou “expectativas normativas”: “reações de desconformidade com o ocorrido, tendentes à não aceitação dos fatos e à manutenção do teor inicial da promessa, do ajuste ou da regra”.<sup>103</sup>

101 Intensão da norma considerando que “toda norma jurídica, enquanto significação prescritiva (voltada à finalidade de disciplinar condutas), traz um valor, devido à força com que o dado axiológico está presente na linguagem do direito.” (CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 511)

102 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 172-173.

103 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 74.

Tanto o direito como os movimentos sociais encadeiam expectativas normativas. Porém, no direito, fala-se de uma função de “generalização congruente de expectativas normativas”, que são atreladas a limites de variedade normativa (constitucionalidade, legalidade...), codificação comunicativa específica (conformidade/desconformidade face ao direito) e programas de comunicação do tipo condicional (hipótese/consequência; se/então; ilícito/sanção);<sup>104</sup> enquanto que nos movimentos sociais fala-se de “expectativas normativas generalizadas congruentemente”, “que esbarram na concretização incompleta, deficiente ou irrealizável”,<sup>105</sup> apesar de nada disso descaracterizar a índole jurídica da expectativa, revelando problemas de operacionalização interna do sistema jurídico.<sup>106</sup>

Protesta-se, por exemplo, em razão da ineficácia de direitos inquestionavelmente válidos. Protesta-se, também, pela afirmação de uma interpretação alternativa ou original de direitos controvertidos, ambíguos ou situados numa zona de “penumbra”. (...) Em todas essas situações, quando o protesto dos movimentos sociais é levado aos tribunais, submete-se às exigências temporais, sociais e materiais do procedimento judicial.<sup>107</sup>

Os princípios têm um papel primordial nessa função de garantir expectativas. Isso porque “aparecem como linhas diretas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.<sup>108</sup>

(...) princípio é palavra que frequenta com intensidade o discurso filosófi-

co, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. (...) tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados).<sup>109</sup>

Assim, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*.<sup>110</sup> (destaques do original)

Os princípios podem ser divididos em implícitos e explícitos. Explícitos são aqueles em que logra “o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação”<sup>111</sup>. Implícitos, por sua vez, são aqueles que “ficam subjacentes à dicção do produto legislativo, suscitando um esforço de feitura indutivo para percebê-los e isolá-los”.<sup>112</sup>

Cabe porém salientar, pelas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho, que

Tal distinção entre princípios expressos e implícitos, no entanto, (...) deve ser adotada com a devida advertência, já que todo enunciado assim o é porque comporta uma significação e toda significação é implícita (...). Nestes termos,

104 *Ibidem*, p. 74.

105 *Ibidem*, p. 75.

106 *Ibidem*, p. 65.

107 *Ibidem*, p. 75.

108 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 266.

109 *Ibidem*, p. 264.

110 SILVA, Virgílio A. da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25. *Apud* MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 181.

111 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 266-267.

112 *Ibidem*, p. 267.

chamamos de “princípios expressos” aquelas significações (proposições), construídas a partir dos textos do direito positivo que, quando enunciadas, correspondem identicamente a algum enunciado jurídico e “princípios implícitos” aquelas significações que, quando enunciadas, não demonstram tal correspondência, justamente por serem construídas a partir de um conjunto de enunciados jurídicos.<sup>113</sup>

Princípio, pois, “é o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.<sup>114</sup>

As Constituições modernas, nas palavras de Campilongo, “incorporam múltiplas visões de mundo. Manter o pluralismo significa não se definir por nenhuma delas”.<sup>115</sup> Acrescentamos que significa também, por outro lado, na nossa perspectiva, se definir por todas elas. Plural tendo em vista que a própria Constituição Federal estabelece no seu artigo 231 que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Daí a importância do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade está no ordenamento jurídico na forma implícita, “pela abertura sistêmica permitida pelo art. 5º, §2º, conforme estudo feito por Willis Santiago Guerra Filho”,<sup>116</sup> e é princípio que se presta a adensar, proporcionalmente, no caso concreto, todos os princípios e regras que se encontrem em hipótese de colisão, não permitindo a supressão de quaisquer direitos no conflito de normas. Se difere do princípio da

razoabilidade no sentido de que neste não há a compatibilização, mas sim a opção por determinado princípio ou regra para a aplicação concreta do direito. São duas posturas em face do direito e do objeto da lide opostas, sempre tendo em vista que “princípios colidentes são invocados, e o sistema jurídico não pode se furtrar a decidir sobre esses conflitos”.<sup>117</sup>

Em Matsushita,

Com efeito, a linha que a proporcionalidade tem característica própria que não permite a supressão de qualquer direito no conflito de normas, mas sim a sua condensação, compressão, sem exclusão nenhuma. Diante disso a possibilidade de se confundir a proporcionalidade com a razoabilidade é muito tênue, pois é desse confronto que o direito pode ou não ter a sua melhor solução possível ao caso.<sup>118</sup>

Para Matsushita, opção da qual compartilhamos, o princípio da proporcionalidade carrega consigo o adjetivo de absoluto. A nosso ver, além dos argumentos elencados pelo autor em sua tese de doutorado, também porque cabe elevá-lo ao *status* de um princípio epistemológico-jurídico, pois “colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do direito”,<sup>119</sup> já que a tarefa cognoscente depende de tal princípio, pela própria pluralidade de opções axiológicas do sistema jurídico, como instrumento para se sopesar regras e demais princípios e adensá-los na forma deôntica final, ou seja, na norma jurídica *stricto sensu*, na compatibilização com a conduta intersubjetiva em questão.

Sobre seu sentido “absoluto”, Matsushita leciona que

113 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 508.

114 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 261.

115 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 91.

116 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 188.

117 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 91.

118 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 190.

119 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 259.

A proposta de se usar a terminologia “absoluto” para o princípio da proporcionalidade vem da importância e necessidade de transmitir a sensação de equivalência entre o princípio da proporcionalidade com a dignidade da pessoa humana.

(...)

Mas aqui o absolutismo defendido tem no seu âmago a ideia de que não prevalecerá qualquer direito sobre o outro mas sim a sua compatibilização com a preservação, mesmo que seja em uma mínima parte, de todos os direitos envolvidos, pois a defesa é pelo absoluto, mas o absoluto da proporcionalidade.<sup>120</sup>

O princípio absoluto da proporcionalidade leva o julgador não somente a sopesar regras e princípios para a decisão da lide, mas também a adensar todos eles em sua decisão, na busca incessante de garantir aplicabilidade a todos, a partir do momento em que todos têm validade e devem ser aplicados no caso concreto.

## 5. Conclusão.

A garantia das expectativas normativas, inerente ao sistema jurídico, clama pelo princípio absoluto da proporcionalidade, pois a promessa, dimensão perlocucionária do sistema, demanda atenção ao adensamento de todos os reclames da sociedade, clamores estes incorporados no ordenamento jurídico pátrio e convolados pelo intérprete na forma de normas jurídicas. Importa salientar que a sociedade está em permanente mudança, sua dinamicidade axiológica é intrínseca e carrega consigo valores surgidos com o passar do tempo de maturação da sociedade democrática contemporânea, valores estes que não devem ser deixados a segundo plano. Tais valores, muitas vezes, não são incorporados ao direito positivado simplesmente porque a estrutura

jurídica da sociedade não é capaz de acompanhar a mutação intrínseca da própria sociedade, complexa, plural e dinâmica da qual fazemos parte. Daí a necessidade de revelarmos e incorporarmos ao trabalho hermenêutico os direitos humanos que, apesar de não positivados, “estão encapsulados no intratexto do direito positivo, demonstrando o destino a ser perseguido pela eficácia da positivação no que tange à satisfação da dignidade humana e planetária, via de consequência revelando o jus-humanismo normativo”.<sup>121</sup>

A importância dos movimentos sociais é singular na busca por transformações no próprio direito. Adotam posturas muitas vezes radicais que exigem uma releitura do sistema jurídico e de decisões adotadas que se conformam no ambiente de manutenção da ordem e de segurança jurídica, e provocam um exercício de interpretação pragmática do texto legal, que analise a lide mediante o contexto de luta constante a que estão naturalmente submetidos.

Isto posto considerando também que vivemos uma época em que a polarização política e o radicalismo são evitados pelos sistemas em prol da condição de uma maior estabilidade política e em nome da segurança jurídica, a fim de supostamente se manter um compromisso com a democracia. O esvaziamento do espaço jurídico como instrumento transformador, para um acordo de manutenção do status quo, é o que pregam vertentes negadoras do debate sobre o ativismo judicial. Dizemos isso pois, a nosso ver, tal debate é inócua se tomamos como ponto de partida a teoria jus-humanista normativa que pressupõe os direitos humanos como eminentemente judicializáveis (já que são direitos) e geradores de instâncias de produção normativa onde, em conflito com as normas positivadas, chegam a prescindir destas para a sua efetiva concretização. Muitas vezes a de-

120 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 191-193.

121 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 5.

finição de ativismo judicial abrange decisões que meramente reafirmam os direitos humanos em prol do direito objetivo da dignidade da pessoa humana.

Os movimentos sociais, inseridos neste contexto de esvaziamento do espaço jurídico (e porque não dizer, também do político), com menos espaço para contestação, terminam por cristalizar o sentimento de que nada ou muito pouco pode ser modificado na realidade contemporânea, o que termina, afinal, por fortalecer o conformismo há décadas estruturado em nosso país mediante poderosos instrumentos reafirmadores do individualismo e da descrença no poder judiciário enquanto concretizador dos direitos humanos.

Afinal, definir os movimentos de integração como movimentos que não estão abertos à contingência inerente às decisões judiciais, já que não têm uma “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto, conforme dito acima, nos parece que toca diretamente a definição da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann sobre o conceito de legitimidade. Isso porque, para este autor, consoante Adeodato,

A legitimidade passa a ser vista como prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma “(...) ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de *decepção rebelde* só que esta não é, de fato realizada”. (...) “A lei de uma sociedade se torna positiva, quando se reconhece a legitimidade da pura legalidade, isto é, quando a lei é respeitada porque feita por decisão responsável de acordo com regras definidas (...)”, e adiciona que, nesse caso, “enquanto questão central da coexistência humana, a arbitrariedade torna-se uma instituição”. (destaque nosso)<sup>122</sup>

122 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

Assim, ainda em Adeodato,

(...) o ideal é legitimar-se neutralizando as decepções, mas é também preciso ter os meios de violência para fazer valer as diretrizes institucionalizadas oficialmente. Uma vez que a neutralização dos descontentes é conseguida pela generalização e difusão das decepções sofridas, é preciso que o aparato estatal impeça a organização dessas decepções: *uma associação daqueles que se sentem prejudicados pela justiça, por exemplo, apresenta perigo para a legitimação pelo procedimento.* (destaque nosso)<sup>123</sup>

Essa postura teórica nos lembra os dizeres do cientista político Robert Putnam sobre o liberalismo clássico do início do século XIX:

Inspirados na rigorosa doutrina do *laissez faire*, os governos liberais da França, Itália e de outros países aboliram guildas, dissolveram entidades religiosas e desencorajaram a formação de quaisquer “combinações” sociais ou econômicas semelhantes. Para impor essa nova ordem, as autoridades francesas e italianas mantinham sob rígida vigilância (e não raro tentavam extinguir) até mesmo as mais inócuas manifestações de sociabilidade organizada (...).<sup>124</sup>

A “decepção rebelde”, no caso da postura da comunidade Pyelito Kue, acabou se configurando factualmente, numa condição que deslegitima o Poder Judiciário enquanto instância decisória, delimitando a decisão ou em prol do acatamento do direito ora reclamado, ou numa luta sanguinária que levará à extinção da comunidade.

123 *Ibidem*, p. 92.

124 PUTNAM, Robert D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 148. Apud CAVALCANTI, Rodrigo de C. *Capital social e democracia na perspectiva da escola do capitalismo humanista*. In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Maringá: Jul. 2009, p. 4402. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/17\\_1434.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/17_1434.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

A promessa, sendo este o pressuposto de legitimidade por nós acatada, se confundida com o consenso em relação ao direito positivo, se mostra, neste caso, relativizada pelos indígenas. Por isso entendemos, como mostra o caso concreto, que a dimensão comissiva do sistema jurídico deve ser compreendida como diretamente ligada à observância dos direitos humanos pois é, afinal, condição sine qua non para o alcance da finalidade última do Direito, qual seja, a garantia aos seus destinatários do direito objetivo da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como nos mostra Dardo Scavino, “ni siquiera es evidente que la democracia pueda reducirse a la comunicación y el consenso”.<sup>125</sup> Conforme suas palavras,

Éstos pueden ser factores de convivencia no-violenta, es cierto, y hasta contribuir a la armonía social, como suele decirse. Pero sería erróneo, incluso peligroso, confundir esa armonía con la democracia. El propio Vattimo lo reconoce cuando sostiene que “las dictaduras modernas le dan un lugar cada vez más importante a las técnicas de organización del consenso”, ya que el “poder de dominación, si pasa por el consenso, es más seguro y estable”.<sup>126</sup>

Uma decisão, que fosse em prol da manutenção da liminar no caso concreto ao qual fazemos referência, seria o mesmo que requerer a extinção da comunidade Pyelito Kue, resultado do combate direto entre a força policial, responsável por fazer cumprir o referido mandado, e os indígenas. Tal decisão se apoiaria, afinal, na crença sobre o direito positivo como a solução definitiva para o conflito litigioso, sendo que este se resumiria à aplicação da lei sem uma interpretação que levasse em consideração valores não positivados e que pressupõem uma ética da tolerância e da compreensão do contexto de guerra a que está disposta tal comunidade indígena. Tal crença nos remete à significativa afirmação de Michel Foucault, consoante assertiva de Dardo Scavino:

“la prueba decisiva para los filósofos de la Antigüedad era su capacidad para producir sábios; en la Edad Media, para racionalizar el dogma; en la época clásica, para fundar la ciencia; en la época moderna, es su aptitud para justificar la masacres”. Los primeros, concluye este filósofo, “ayudaban al hombre a soportar su propia muerte, los segundos, a aceptar la de los otros”.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*.

2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 233.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 168.

## Referências bibliográficas.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de B. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTI, Rodrigo de C. Capital social e democracia na perspectiva da escola do capitalismo humanista. *In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Maringá: jul. 2009. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/17\\_1434.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/17_1434.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

GOHN, Maria da G.; BRINGEL, Breno M. (Orgs.). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese e autoimunidade. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Filosofia: uma introdução*. Teresópolis: Daimon, 2009.

MARON, Miguel; MENDES, Marina S. *Salvemos os índios Guarani-Kaiowá - Urgente!* Avaaz.

org. Petições da comunidade. 15 out. 2012. Disponível em: <[https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos\\_os\\_indios\\_GuaraniKaiowa\\_URGENTE/?atsQccb&external](https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos_os_indios_GuaraniKaiowa_URGENTE/?atsQccb&external)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012.

MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Judiciário brasileiro e costumes indígenas: por uma justiça pluralista e intercultural*. Congresso Internacional, VI, 2-6 de agosto de 2010, Lima. Lima, Brasil: RELAJU. 26 p. Português. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12617.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

“MORREREMOS por nossa terra”, dizem índios guarani-kaiowá. *Portal IG Último Segundo*, 31 out. 2012. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-10-31/morreremos-por-nossa-terra-dizem-indios-guarani-kaiowa.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PICOLOTTO, Everton L. Movimentos sociais: abordagens clássicas e contemporâneas. *CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, ano 1, ed. 2, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/download/358/332>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.