

MARGINALIZAÇÃO, PODER E CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-OBJETIVA DE *CAPITÃES DA AREIA*

MARGINALIZATION, POWER AND CONSTITUTIONALISM: A CRITICAL-OBJECTIVE ANALYSIS OF *CAPITÃES DA AREIA*

JOÃO PEDRO LOPES FERNANDES¹
MATHEUS CORREA DE SOUSA HELENO²

Resumo: O presente trabalho parte da obra *Capitães da areia*, de Jorge Amado, para tratar do problema da marginalização social de menores empreendida por uma Administração Pública cada vez mais armada, tecnocrata e auto-programada. Começando com uma reconstrução que se vale tanto de uma história da teoria social quanto dos paradigmas jurídicos, em sentido habermasiano, chega-se a uma necessária crítica genealógica desses processos históricos de disputa. Nunca perdendo de vista a questão de método tratada na segunda seção, ressalta-se a inserção de tal trabalho no marco de uma “Teoria Crítico-Reconstrutiva da Constituição com ressalvas genealógicas”. Portanto, se bem que aqui se seja incapaz da ingenuidade perigosa de várias densas de uma filosofia da história, também não aceita o ressentimento obscurantista de uma negação de qualquer razão na história.

Palavras-Chave: Estado de Bem-Estar Social; *Capitães da areia*; Reconstrução; Genealogia

Abstract: This work starts from the book *Capitães da areia*, wrote by Jorge Amado, to treat the social marginalization of minors undertaken by an Administration more and more armed, technocrat and self-programmed. Beginning with a reconstruction that rely on a history both of social theory and of the legal paradigms, in a habermasian sense, it arrives in a fundamental genealogical critique of these historical processes of dispute. Never losing sight of the methodological question that is treated in the second section, it is emphasized the insertion of this work in the framework of a “Constitutional Critical-Reconstructive Theory with a genealogical proviso”. Therefore, while here we are incapable of the dangerous naivete that

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, MG, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5416664558992051>. E-mail: joapedrolopesf@gmail.com.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, MG, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5335488773240454>. E-mail: correamatheus06@gmail.com.

otherwise justify the heavy assumptions from a philosophy of history, neither we accept the obscurantist resentment of a denial of any reason in history.

Keywords: Welfare State; *Capitães da areia*; Reconstruction; Genealogy

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o Direito na Literatura, isto é, integra-se ao ramo de Direito e Literatura que perscruta as formas sob as quais o Direito é representado na Literatura (Schwartz, 2006, p. 53). Na enunciação não taxativa que Germano Schwartz empreende na sua obra “A Constituição, a Literatura e o Direito”, aproxima-se do item *d*, isto é, da análise “[do] tratamento que o Direito e o Estado dispensam às minorias ou grupos oprimidos [...]. O problema histórico-constitucional aqui especificado a partir da obra *Capitães da areia*, escrita no ano de 1937 pelo escritor baiano e comunista Jorge Amado, é o tratamento que o Direito e o Estado *efetivos* dispensam a grupos marginalizados, tais como os “bandos” de crianças de rua retratados no livro de Amado, encarado a partir de uma perspectiva fortemente crítica inserida no marco de uma Teoria Crítica da Constituição com ressalvas genealógicas (Cattoni de Oliveira, 2017). Tal tratamento, esta é a hipótese primária, configura uma “fraude” à Constituição pelo aparato jurídico-estatal do Estado Social. Por questões de uma inflação da autonomia privada por meio do clientelismo do Estado Social, a efetividade, em sentido hegeliano, se perde no Direito ao passo que reforça, produz e reproduz a exclusão da auto-representatividade normativa no âmbito jurídico-estatal que esses grupos deveriam ter. Como hipótese secundária, contudo, defende-se que a constatação de fraude à Constituição não deve conduzir a um obscurantismo que negue necessariamente qualquer espécie de racionalidade histórica, mas antes que as tradições podem e devem ser resgatadas uma vez constatadas e remediadas estas corrupções históricas.

2 UMA QUESTÃO DE MÉTODO

Axel Honneth, rememorando a classificação de Michael Walzer sobre os modelos de criticismo social, destaca dois tipos como sendo aqueles de maior popularidade: o

modelo construtivo e o modelo reconstrutivo. Aquele é sem dúvidas predominante (Honneth, 2009, p. 47), bem representado por um autor como John Rawls, abarca aquelas abordagens que, partindo de um procedimento com validade geral, seja ele real ou fictício, leva finalmente a normas justificadas (Honneth, 2009, p. 4-6). Já o procedimento reconstrutivo, por Walzer também chamado de “interpretação”, dada a sua concepção particularmente hermenêutica deste método, ancora na realidade social a crítica social; neste particular o *standpoint* normativo da crítica social deve ser buscado por meio do desvelamento das normas morais já cristalizadas nas práticas sociais de uma dada sociedade (Honneth, 2009, p. 46-47). A versão, por assim dizer, frankfurtiana da crítica reconstrutiva é, acima de tudo influenciada pelo hegelianismo de esquerda, e pela sua premissa fundamental de que a reprodução social ocorre por meio de formas de prática social que incorporam as conquistas racionais da humanidade; a história da humanidade é lida como um processo de realização da razão que avança a cada nível de reprodução social (Honneth, 2009, p. 50). A experiência do nazismo e da fraude à Constituição de Weimar foi extremamente traumática para os teóricos da Escola de Frankfurt: desperta-se para a possibilidade de que os ideais morais reconstruídos tenham seus significados atuais diferenciados daquele que possuíam originalmente; é então que além de buscar princípios normativos disponíveis na realidade social mesma e que, adicionalmente, representem a corporificação da racionalidade social, atenta-se para a necessidade de colocar em questão se esses princípios normativos possuem ainda seu significado original (Honneth, 2009, p. 51-53).

A genealogia, que remonta a Nietzsche (Honneth, 2009, p. 52), aqui é utilizada principalmente a partir da leitura crítica de Michel Foucault, mas harmonizada com uma leitura reconstrutiva. Explicamos: por genealogia, significa-se a tentativa de criticar a ordem social por meio da demonstração histórica de que as ideias normativas hoje naturais nesta realidade já foram instrumentos de legitimação para práticas repressivas ou disciplinares (Honneth, 2009, p. 48). Isto é, uma crítica de caráter local que se efetua por meio de “reviravoltas de saber”, ou seja, pela insurreição de saberes sujeitados que estavam latentes nos conjuntos sistemáticos e que foram reativados pela crítica de modo a torná-los livres ao mesmo tempo em que se denuncia a violência da pretensão normativa dominante (Foucault, 2018, p. 7-11). Isso se torna especialmente relevante para o objeto deste trabalho, pois a constitucionalidade não é aqui entendida em termos

de uma oposição entre “ideal” e “real”. Na verdade, uma constituição só será legítima e efetiva enquanto o sentido de e da constituição for objeto de disputas interpretativas e políticas na esfera pública, disputas sobre o que é efetivamente o direito, contendas que possuem como pano de fundo uma exigência de integridade no interior da sociedade e que, exatamente por isso, é consciente dos limites do Direito e da necessidade de mobilização social constante contra a possibilidade sempre presente de fraude à Constituição (Cattoni de Oliveira, 2017, p. 109-111). Entende-se assim o sentido performativo da prática constitucional que deve ser objeto das ressalvas genealógicas: o sentido de e da constituição está sempre em disputa na esfera pública. Quando alguém grita “*é inconstitucional!*” nas ruas contra o aprofundamento de uma política higienista está reafirmando a própria normatividade da Constituição, e que a despeito da Constituição ter sido lançada contra si mesma naquela medida, ela pode e deve ser resgatada discursivamente em seu potencial racional contra essa fraude (Cattoni de Oliveira, 2017, p. 109-116), e não abandonada sob a justificativa do abandono da racionalidade na história. Abandonar uma concepção de razão histórica, que agora obviamente não possui o sentido forte de uma *Vernunft* hegeliana, é abandonar qualquer possibilidade de emancipação humana.

E é por meio da exposição do método genealógico que fica claro que esse tipo de procedimento sempre exige uma justificação posterior de por que a disciplina social ou a repressão política deve sempre ser moralmente reprovável, e é então que concluímos que a genealogia é, de certa maneira, um método de crítica social sempre parasitário, uma vez que pressupõe uma justificativa normativa que não é capaz de, ela mesma, dar (Honneth, 2009, p. 48). Em verdade, a questão será antes *quando* a disciplina social é ilegítima. E a resposta será: tão somente quando o princípio democrático, que é a especificação funcional do princípio do discurso, compreendido como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões (Cattoni de Oliveira, 2014, p. 37), for atendido. Mas o que é a reconstrução, neste trabalho?

O sentido desse método é aquele dado por Habermas em sua obra de 1992, *Faktizität und Geltung*. Embora Habermas não se dedique ali o que significa pelo método, elege como objeto da reconstrução a tensão entre facticidade, sua forma impositiva, e validade, exigências de legitimação democrática (Silva; Melo, 2012, p.135).

Essa reconstrução se dá tanto de maneira interna à prática jurídica, quanto de maneira externa, quando é confrontada com as exigências cada vez maiores dos demais âmbitos da vida social em uma sociedade complexa (Silva; Melo, 2012, p. 135). Reconstruir para Habermas significará procedimentalizar a práxis jurídica em cada aspecto singular, institucionalizando processos de formação política da opinião e da vontade em vez de conteúdos concretistas e, exatamente por isso, expor as instituições às exigências de legitimação radicalmente democráticas (Silva; Melo, 2012, p. 135-137). O trabalho teórico realizado por meio da reconstrução interna e externa da tensão entre facticidade e validade produz uma articulação inovadora entre teoria do direito e teoria da sociedade, resultando na elaboração do paradigma procedimental que, além de tudo, também possui o sentido de um diagnóstico de tempo (Silva; Melo, 2012, p.136; Habermas, 1998, p. 437), mas que não possui as implicações concretas dos paradigmas social e liberal, que continuam na verdade, no seio do paradigma procedimental, a disputar a realização dos direitos concretamente, bem como a delimitação do sentido e dos limites das autonomias pública e privada em cada caso (Habermas, 1998, p. 437-438).

O sentido já referido de diagnóstico de tempo dos paradigmas será especialmente importante para nos permitir acessar a “imagem implícita de sociedade”, bem como as estruturas, conquistas, potenciais e perigos daquela na sociedade, naquele momento, na sua tarefa de realizar o sistema de direitos (Habermas, 1998, p. 389), passo importante não só para interpretarmos a obra *Capitães da areia* no sentido pretendido, como também para empreender a crítica reconstrutiva e entender em que sentido a crítica genealógica se insere nesse projeto. Publicada primeiramente em 1937, a obra situa-se num período interessante do constitucionalismo brasileiro: entre a Constituição de 1934 e a Carta de 1937. O Brasil, assim como vários países do mundo, viveu uma ditadura pouco tempo após a conquista de uma Constituição inserida no paradigma social. Como especialmente na temática mais bem retratada pela obra de Jorge Amado, aquela do Estado Policial, a crítica reconstrutiva e a crítica genealógica podem contribuir para explicar este fenômeno?

3 UMA ABORDAGEM CRÍTICO-RECONSTRUTIVA DO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL: PRIMEIRO PASSO

Com a crise do Estado Liberal, com o surgimento de um capitalismo monopolista, bem como com o advento da Primeira Guerra Mundial, inicia-se o período do Constitucionalismo Social (Cattoni de Oliveira, 2014, p. 76). A sociedade do pós-Primeira Guerra Mundial é a “sociedade de massas”, *ainda cindida com relação ao Estado*, mas esta sociedade civil é agora conflituosa, dividida em grupos, coletividades, classes, partidos; não mais, enfim, atomizada em indivíduos proprietários formalmente iguais (Cattoni de Oliveira, 2014, p. 76). No Direito, a mudança de paradigma foi primeiro notada no Direito Privado: trata-se do processo de materialização do Direito Privado (o corpo desse sistema jurídico agora parecia ir além do seu papel clássico de salvaguardar a autodeterminação individual, passando também a servir à realização da justiça social por meio de considerações sócio-éticas que encontravam espaço no Direito por meio de cláusulas gerais (Habermas, 1998, p. 396-398).

Para fins reconstrutivos, é preciso notar que o princípio da liberdade legal, ligado ao Direito Privado Clássico, reclama que o indivíduo tivesse direito ao maior grau possível de liberdade para fazer aquilo que desejasse com relação às possibilidades legais e fáticas (Habermas, 1998, p. 399). O Paradigma liberal assumia uma interpenetração imediata entre o princípio da liberdade legal e o direito universal à igualdade (Habermas, 1998, p. 401-402) por meio da forma jurídica abstrata (igualdade formal). Essa ideia incorreu inevitavelmente em algumas pressuposições econômicas: existência de liberdade de empreender e da soberania dos consumidores; também incorreu em assunções sociológicas acerca da distribuição da riqueza, além de pressupor uma distribuição aproximadamente igual do poder social, o que deveria assegurar oportunidades igualitárias para o exercício dos poderes assegurados pelo Direito Privado: todas essas assunções, é claro, tornaram o paradigma liberal uma presa fácil para a crítica empírica (Habermas, 1998, p. 402).

Desde logo é preciso notar que os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista (*productivist image*) de uma sociedade de capitalismo industrial (Habermas, 1998, p. 407; Cattoni de Oliveira, 2014, p. 79), objetivando a realização da autonomia privada: com o paradigma liberal, pressupunha-se alcançado o objetivo pelo próprio aspecto formal do Direito; com o paradigma social, nasce a necessidade de

materialização do Direito, bem como de prestações sociais para a realização atual das iguais liberdades individuais, já que numa sociedade cada vez mais complexa, cada vez menos os titulares de direitos possuem a base material necessária para o exercício dos mesmos sob o seu controle (Habermas, 1998, p. 403). Visualiza-se o nó górdio do Estado Social precisamente agora: se de um lado, como seu antecessor, perde-se de vista o necessário nexos interno entre autonomia privada e autonomia pública, para piorar, o pano de fundo não é mais de uma sociedade de indivíduos-proprietários, regulada sutilmente por um Estado guardião da sociedade civil. Emerge, ao contrário, a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, com domínios funcionalmente especializados de ação (sendo a Administração Pública somente um desses sistemas de ação), lançando os indivíduos na posição de “clientes” à mercê da contingência de sistemas que operam de maneira independente (Habermas, 1998, p. 404). Além disso, há a expectativa que essas contingências possam ser normativamente domesticadas pelo Poder Administrativo (Habermas, 1998, p. 405).

As consequências, ao menos a partir de uma leitura funcionalista, são distópicas e desconcertantes mesmo para os dias atuais. Limitando-nos ao espaço temporal da obra analisada, contudo, fica ainda mais fácil perceber porque o projeto do constitucionalismo social degenerou em ditaduras: a pressão cada vez maior por prestações sociais, assim como pela redução de riscos socialmente criados levam o Estado Constitucional a aumentar seu campo de ação e a se armar ao ponto de se tornar um “Estado de Segurança” (*Sicherheitsstaat*), e isso se torna plenamente justificável precisamente porque o argumento é que a finalidade do Direito é garantir a autonomia privada (Habermas, 1998, p. 431-436). Em verdade, os modelos de Estado de Bem-Estar Social assumem uma competição entre dois sujeitos por campos de ação, o Estado e aqueles a ele sujeitados (Habermas, 1998, p. 436). Se algum dos sujeitos ganham espaço de ação, o outro necessariamente perde. A forma do Direito cede à Política não porque o Direito deva seguir atrelado aos princípios ultra-formalistas do Paradigma Liberal de Direito, mas porque a gênese do Direito foi abandonada à agenda de uma Administração Pública auto-programada (Habermas, 1998, p. 429-430). Mesmo sob um aspecto interno à própria autonomia privada, percebe-se um grave problema: atuações *normalizadoras* que restringem a liberdade (Habermas, 1998, p. 413) são extremamente comuns justamente pelo déficit democrático desse modelo e, embora o exemplo mais largamente

trabalhado por Habermas seja a normalização de gênero (Habermas, 1998, p. 418-427), poderíamos facilmente perceber esse tipo de atuação nas tentativas contemporâneas de normalização no Direito Penal. Com a crise do Estado Liberal e o intenso crescimento industrial e demográfico, além do êxodo urbano e das próprias disfuncionalidades do sistema capitalista, a ordem emergente via na estabilização de expectativas um desafio cada vez mais difícil (Bittencourt, 2018, p. 163). Foi em resposta a esses problemas que foram cada vez mais institucionalizadas as teorias preventivo-especiais da pena: esse tipo de teoria busca também evitar a prática do delito, mas em vez de agir sobre a prática em si, como no caso da prevenção geral, age sobre o indivíduo delinquente para que ele não volte a delinquir por meio seja da *intimidação*, da *correção* ou da *inocuidade* (Bittencourt, 2018, p. 163-164). A pena assume o sentido de uma defesa da ordem emergente, e o delinquente a ameaça, tornando-se um perigo social, um *anormal* (Bittencourt, 2018, p. 163). Sob o signo de um Estado intervencionista, acha-se a ideologia positivista, o controle social seria exercido por meio da ciência, introduzindo-se também a noção de que existiriam sujeitos perigosos e não perigosos, e ainda entre os perigosos, haviam os curáveis e incuráveis, dicotomia a partir da qual decidir-se-ia aplicar medidas *ressocializadoras* ou *inocuidadoras* (Bittencourt, 2018, p. 164).

4 CRÍTICA GENEALÓGICA: A ENTIFICAÇÃO DO MENOR INFRATOR ENQUANTO “FRAUDE” À PROMESSA CONSTITUCIONAL

No início do texto *Nietzsche, a genealogia, a história*, de 1971, Foucault nos revela um dos principais objetivos do método genealógico: negar (ou desconstruir) supostas verdades históricas. Para isso, o filósofo francês afirma a necessidade de se opor ao imaginário teleológico da história, no qual esta é interpretada como uma lenta progressão de eventos lineares. Assim, é possível inferir que, ao contrário de Hegel, o genealogista repudia o ideal de finalidade histórica, isto é, a própria Filosofia da História. Para ele, não há uma racionalidade inerente ao processo de desenvolvimento das categorias no tempo cronológico, visto que este é construído frente a diversas rupturas.

Em suas obras, Nietzsche visa a responder como se dá a origem de valores morais objetivos, afastando todo imaginário sobrenatural da questão. Não há espaço para justificações naturais, religiosas ou racionais (como elemento a priori das condutas desejáveis do ponto de vista moral, como quer Kant) sobre o tema. Nietzsche é claro: o

bem e o mal são produções humanas permeadas pelo *modelo da guerra*. Mas o que significaria esse pressuposto? Para o filósofo alemão, o modelo da guerra poderia ser explicado como uma série de contendas entre dominantes e dominados que perpassa pela história. Os vencedores impõem seus interesses e crenças aos derrotados, moldando assim os valores morais que tornar-se-iam uma força extraterrena não tematizada numa dada sociedade.

Porém, poder-se-ia perguntar: “como Nietzsche é capaz de rejeitar uma busca pela origem da moralidade, pois isso é o cerne da genealogia, ao passo em que promove um estudo sobre a origem dos conceitos de bem e de mal?”. A isso, Foucault responde no texto de 1971:

Por que Nietzsche genealogista recusa, pelo menos em certas ocasiões, a pesquisa da origem (*Ursprung*)? Porque, primeiramente, a pesquisa, nesse sentido, se esforça para recolher nela a essência exata da coisa, sua mais pura possibilidade, sua identidade cuidadosamente recolhida em si mesma, sua forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo. Procurar uma tal origem é tentar reencontrar “o que era imediatamente”, o “aquilo mesmo” de uma imagem exatamente adequada a si; é tomar por acidental todas as peripécias que puderam ter acontecido, todas as astúcias, todos os disfarces; é querer tirar todas as máscaras para desvelar enfim uma identidade primeira. Ora, se o genealogista tem o cuidado de escutar a história em vez de acreditar na metafísica, o que é que ele aprende? Que atrás das coisas há “algo inteiramente diferente”: não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo que elas são sem essência, ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas [...] O que se encontra no começo histórico das coisas não é a identidade preservada da origem - é a discórdia entre as coisas, o disparate (Foucault, 2006, p. 17-18).

Tendo em vista o trecho anterior, afere-se que, para Nietzsche, a relação sujeito-objeto não é desinteressada, ou seja, o observador molesta, interfere, violenta a percepção do objeto estudado. Daí nasce o ideal foucaultiano de saber e poder. Também se percebe que essa origem idílica se transforma em verdade, isto é, em axioma inquestionável que guarda consigo a “proliferação milenar dos erros” (Foucault, 2006, p. 19). Segundo Foucault, portanto, a verdade negligência “como inacessíveis todos os episódios da história” (Foucault, 2006, p.19). Cabe a genealogia, pois, interpretar a história a partir de suas rupturas próprias, ou seja, de admitir o seu caráter contingencial.

Foucault resume a genealogia como “a análise da proveniência” (Foucault, 2006, p. 20) que se atém à “articulação do corpo com a história” (Foucault, 2006, p. 22), ou

seja, a genealogia “deve mostrar o corpo inteiramente marcado pela história e a história arruinando o corpo” (Foucault, 2006, p. 22). Daí infere-se que o filósofo francês credita a formação do indivíduo (ou do *sujeito*, no mais *lato sensu* possível) às contingências históricas, estas aguerridas pelo *modelo da guerra* nietzschiano, que pode ser traduzido nas relações de poder que permeiam a história da humanidade. Portanto, a dita origem, a verdade, não é gratuita, mas serve à dominação, à imposição de crenças, saberes e interesses, dos vencedores sobre os perdedores.

O filósofo francês interpreta a história como uma peça de teatro, na qual os bastidores vivem em conflito para influenciar a sociedade. O que vem ao palco é apenas o resultado de tais pejejas, sempre positivado como querem os colonizadores do tempo cronológico. Aqui reside a semente da chamada *inversão da máxima de Clausewitz*. Enquanto o antigo militar russo dizia que a guerra seria a política continuada por outros meios, Foucault afirma exatamente o contrário. Dizer que a política é a guerra continuada por outros meios é reconhecer a parcialidade do Estado e do direito frente aos interesses e crenças de determinado grupo social. Em outras palavras, o filósofo francês acredita que o aparato jurídico-estatal é uma ferramenta de dominação na infundável *guerra de bastidores*.

Inspirado pelo modelo da guerra nietzschiano, Foucault traz consigo um pessimismo quanto à emancipação humana frente às relações de poder. Assim como o *Übermensch*, o filósofo do futuro de Nietzsche, é a expressão do homem como criador de si, isto é, aquele capaz de deixar de ser o que sempre foi e tornar-se algo novo ao compreender a dessacralização das crenças e da moral, o homem, para Foucault, é capaz de redesenhar seu papel na sociedade ao aceitar que a *guerra de bastidores* é eterna.

Em suas próprias palavras:

A humanidade não progride lentamente, de combate a combate, até uma reciprocidade universal, em que as regras substituiriam para sempre a guerra; ela instala cada uma de suas violências em um sistema de regras, e prossegue assim de dominação em dominação (Foucault, 2006, p. 25).

Valendo-se do conceito de história “efetiva” (*wirkliche Historie*) de Nietzsche, Foucault opõe-se, qual sua inspiração maior, à Filosofia da História. Mais do que negar uma suposta linearidade histórica, sempre presente nesse tipo de esforço teórico,

Foucault baseia-se em Nietzsche para cunhar o sentido histórico como objeto da genealogia, isto é, repudiar qualquer fundamento absoluto para a história.

Ele explica:

A história tem mais a fazer do que ser serva da filosofia e do que narrar o nascimento necessário da verdade e do valor; ela tem de ser o conhecimento diferencial das energias e desfalecimentos, das alturas e desmoronamentos, dos venenos e contravenenos. Ela tem que ser a ciência dos remédios (Foucault, 2006, p. 30).

Então, para ambos, Nietzsche e Foucault, o sentido histórico só pode alcançar a totalidade dos fatos da história ao desprender-se de qualquer fundamento absoluto. Assim, eles reforçam o caráter contingencial da história e a tese da imposição contínua de crenças e interesses como produtora das discontinuidades históricas.

Foucault transporta, ainda, seu pessimismo frente à emancipação humana (relativa às relações de poder) para o estudo da história. Para o filósofo francês, a dominação é eterna e, por isso, o *sujeito* deve se apropriar dos mecanismos de dominação para fazer valer a sua vontade. O mesmo ocorre com a história. Segundo Foucault, só é possível uma genealogia da história ao se dominar o sentido histórico e colocá-lo contra seus próprios pressupostos. Isso significa que o autor interpreta a história como um conflito de ideais que resulta na dominação.

Ainda em *Nietzsche, a genealogia, a história*, Foucault traz à tona a oposição ferrenha que o uso genealógico do sentido histórico faz aos três usos comuns da história, identificados por Nietzsche. Para o filósofo francês, o conhecimento passado não serve mais para exaltar o presente, mas para criticá-lo, desconstruí-lo enquanto verdade. Além disso, a história seria encarada como uma paródia de si mesma, sendo a genealogia o instrumento de sátira do passado a fim de romper com o respeito às continuidades pretéritas. Por último, o sentido histórico demonstraria a contingência dos fatos históricos e a validade da inversão da máxima de Clausewitz. O resultado da crítica genealógica não pode ser outro além da construção de uma *história do presente*.

Mas esse aparato teórico não estaria em dissonância com a proposta frankfurtiana de uma racionalidade interna às categorias da politicidade como o caminho para uma proposta de emancipação humana? A princípio, sim. Contudo, como abordado nas seções anteriores, o presente trabalho transforma o método reconstrutivo habermasiano em coluna, cabeça e coração, enquanto toma ressalvas genealógicas foucaultianas de

alimento para manter-se criticamente vivo. Em outras palavras, não há motivos para corroborar com a negação de uma racionalidade histórica se o objetivo primeiro da metodologia articulada neste texto não passa de tomar de empréstimo o caráter crítico do passado da genealogia foucaultiana a fim de que se compreenda o presente em sua conformação conflituosa no seio da esfera pública. Não se trata, pois, de abraçar o irracionalismo defendido por Foucault e Nietzsche, mas de reconhecer que a crítica genealógica dispõe-nos um arcabouço teórico poderoso para compreender, além da inevitabilidade da disputa do conceito de Direito no interior da esfera pública mesma, a maneira pela qual a anatomia das sociedades capitalistas pós-tradicionais favorece, quando desprovida das rédeas do procedimentalismo habermasiano, as já abordadas fraudes à Constituição, isto é, a não efetivação das categorias da politicidade em vista da impossibilidade dos indivíduos em se reconhecerem na normatividade jurídica.

Dadas as aduções, deve-se demonstrar como a entificação da figura do menor infrator, qual disposta em *Capitães da areia*, corrobora com as tão mencionadas fraudes às promessas constitucionais. Para isso, recorreremos à uma leitura imanente de “O Sujeito e o Poder”, texto publicado por Michel Foucault em 1984.

O filósofo francês inicia seus escritos alertando-nos sobre o objeto de sua filosofia genealógica: a constituição dos sujeitos inseridos nas mais diversas contingências históricas. Isso implica em se estudar o poder (de forma analítica e não teórica), pois, para Foucault, a história “efetiva” (*wirkliche Historie*) é gerada em meio a relações de poder qual os próprios sujeitos. Portanto, Foucault acredita que todas as variáveis que constituem um sujeito, como seus desejos e comportamentos, são construídos socialmente, dentro dessas relações de poder. Como trazido em *História da sexualidade*, o filósofo francês credita uma espécie de *etiquetismo* (um reforço do ideal de que rótulos e status atrelados a um indivíduo são constituídos socialmente, em meio à contingência histórica, por relações de poder que servem à dominação) ao tratar de determinadas figuras sociais, qual o homossexual (produto do século XIX).

A filosofia genealógica de Foucault opõe-se, portanto, ao ideário de formação dos sujeitos por meio da linguística, do trabalho e da naturalização do senso comunitário. Ora, se o sujeito, para ele, forma-se mediante relações de poder, nada mais coerente que repudiar a Filosofia da Linguagem, a teoria marxiana e o *zoon politikon* aristotélico. Contudo, esse esforço teórico que visa à compreensão da objetivação dos sujeitos através

das relações de poder (claro legado nietzschiano), obriga Foucault a contrariar a maneira majoritária de se tratar o poder, isto é, o modelo institucional, jurídico, que indaga a legitimidade do poder e encara-o como mera repressão à originalidade idílica (*Ursprung*) dos indivíduos. A posição foucaultiana acerca do poder, na verdade, não é expressamente negativa, visto que, por um lado, o poder serve à dominação social e, por outro, à própria constituição dos seres humanos como sujeitos.

Foucault, ao tratar da especificidade das relações de poder, revela-nos três características muito importantes para se compreender tal categoria: a) o poder, ou melhor, o exercício do poder, pressupõe a ação de homens sobre outros homens; b) o poder só existe enquanto ação; e c) o poder não está vinculado à manifestação de consentimento ou consenso. Conclui-se, pois, que as relações de poder são ações sobre outras ações, sejam elas presentes, futuras, eventuais ou atuais. Isso significa que o poder “opera sobre o campo de possibilidade onde se inscreve o comportamento dos sujeitos ativos” (Foucault, 1995, p. 243). Em outras palavras, Foucault acredita que o poder interfere nas diversas ações que um sujeito poderia tomar, subjugando-o enquanto o objetiva como sujeito mesmo. Assim, o filósofo francês infere que a especificidade do poder não está na violência (*stricto sensu*) e tampouco na seara jurídica (como o contrato e a aliança voluntária), mas no governo (*lato sensu*), isto é, em “estruturar o eventual campo de ação dos outros” (Foucault, 1995, p. 244).

Explica-nos:

O termo ‘conduta’, apesar de sua natureza equívoca, talvez seja um daqueles que melhor permite atingir aquilo que há de específico nas relações de poder. A ‘conduta’ é, ao mesmo tempo, o ato de ‘conduzir’ os outros (segundo mecanismos de coerção mais ou menos estritos) e a maneira de se comportar num campo mais ou menos aberto de possibilidades. O exercício do poder consiste em ‘conduzir condutas’ e em ordenar a probabilidade (Foucault, 1995, p. 243-244).

Com base no que foi exposto, pode-se inferir que a figura do menor infrator nasce, como quaisquer outras, em meio a relações de poder, sob a forma de um signo, um rótulo capaz de abarcar os desajustados em frente a um aparato jurídico-estatal delimitado. As expectativas de vida ética produzidas e reproduzidas no interior do paradigma do Estado Social são responsáveis por objetivar, no contexto de *Capitães da areia*, Pedro Bala e sua gangue como sujeitos criminosos, alienígenas ao campo de possibilidade de ações disposto aos que se enquadram, como “bons cidadãos”, à lógica clientelista da década de

1930. Enquanto a mão de ferro do poder totalizante do Estado Social perde as rédeas de um grupo de indivíduos os quais pertencem àquela comunidade, só há uma saída: taxá-los com um estigma social permanente e discipliná-los, mais como exemplo para possíveis desvios de conduta do que como tentativa de reinserir os *Capitães da areia* em uma lógica jurídico-estatal incompatível com os seus anseios pessoais e com as condições materiais dispostas a eles.

Sob a desculpa de materializar o Direito e a autonomia privada, o Estado Social, então, se apropria dos corpos de todos os indivíduos, objetivando-os enquanto sujeitos, produzindo e reproduzindo condutas antagônicas entre si, sempre permanecendo alinhado a uma perspectiva moral comunitária para pelejar contra as expectativas comportamentais criadas no seio desse próprio aparato sistêmico. Se as ressalvas genealógicas do presente trabalho servem para nos atentarmos justamente à entificação de uma categoria específica de sujeitos, a saber, os menores infratores, o método reconstrutivo do qual nos valem tem como objetivo claro se apropriar do fato de que o conceito de Direito está sempre em disputa no âmbito da esfera pública, como qualquer outro conceito apoiado por um discurso, para revelar a racionalidade pela qual o sentido de e da Constituição, norte jurídico, deveria seguir pautada.

Faz-se clara a presença de uma fraude à Constituição, e conseqüentemente aos conceitos efetivos das categorias da politicidade, no tocante à exclusão dos taxados “menores infratores” da lógica de deliberação pública. Nesse diapasão, o Estado Social demonstra, no Brasil varguista, um rompimento brusco com quaisquer noções procedimentalistas que visariam a sanar o descompasso entre interesses público e privado por meio de um consenso discursivo. Portanto, percebe-se em *Capitães da areia* não somente a forma conflituosa pela qual os sujeitos de objetivam, mas também os artifícios com que a autoridade jurídico-estatal ataca os pressupostos necessários e contrafactuais de um processo legitimamente discursivo, ou seja, radicalmente democrático. Fato em verdade explicado pela incapacidade de fazê-lo em uma contingência cujo principal objetivo é a manutenção da autonomia privada através de uma materialização do Direito que não passa de uma venda de serviços públicos à clientela cidadã.

O *conduzir condutas* do Estado Social sobre os sujeitos, por assim dizer, só poderia ser substituído pelo *conduzir condutas* dos sujeitos sobre o aparelho jurídico-estatal em

um paradigma procedimentalista, no qual o emaranhado de razões que alimentam o fazer normativo, sejam estas pragmáticas, éticas ou morais, seja construído de maneira horizontal, inclusiva e não taxativa. Um paradigma que dê conta de abarcar as mais diversas ações em um espectro de *vida boa* construído pela interseção comunicativa desses *sujeitos ativos*.

5 UMA ABORDAGEM CRÍTICO-RECONSTRUTIVA DO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL: POR UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL POSSÍVEL SOB O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Se por um lado as críticas já dirigidas contra o paradigma do Estado Social poderiam sugerir uma espécie de “beco sem saída” para a democracia constitucional, é importante destacar que o crescimento da complexidade tanto das sociedades de capitalismo tardio quanto das tarefas da Administração Pública não implica automaticamente numa mudança do “*normativo*” para o “*cognitivo*” (Habermas, 1998, p. 435). Essa seria, sem dúvidas, a resposta de uma interpretação funcionalista do impasse, mas que não pode ser tão precipitadamente traduzida em termos de paradigmas jurídicos. Significa somente que as condições para a ação governamental *efetiva* coincidem com as condições essenciais de *legitimidade* (que só pode ser assegurada por meio do Direito) apenas no paradigma jurídico liberal (Habermas, 1998, p. 435). Contudo, o que isso anuncia é muito mais uma dissolução do modelo liberal clássico de divisão de poderes, devendo-se falar mais propriamente em divisão de funções do Estado (Cattoni de Oliveira, 2014, p. 77), e o fato de que o poder administrativo não pode ser dissociado das normas constitucionais sem consequências (Habermas, 1998, p.436). O paradoxo moderno da geração da “legitimidade através da legalidade” tem uma outra face: o aspecto de *legitimação* da forma jurídica só pode se dar por meio da estabilização de expectativas que seriam frustradas pela *performance* contraditória de uma Administração auto-programada (Cattoni de Oliveira, 2017, p. 67-77). A força legitimadora que a forma jurídica é capaz de emprestar ao Direito só pode ser alimentada, é claro, da gênese democrática desse.

Como conceber, a partir do paradigma procedimental, a legitimidade do Direito Moderno? Ora, é preciso compreender que os direitos subjetivos, estruturas de base dos ordenamentos jurídicos modernos, têm por sentido desobrigar os sujeitos direitos com relação aos mandamentos morais, na medida em que garantem um espaço para um agir de acordo com a preferência dos agentes (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 15). Um Direito talhado para sociedades complexas precisa abrir-se não só a razões morais, mas também a razões pragmáticas e estratégicas, além de poder tirar das pessoas grandes exigências motivacionais, cognitivas, organizacionais e funcionais que uma moral pós-tradicional exige dos agentes morais (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 15-16). Mas continua em aberto a questão central: o tombo do qual a humanidade jamais se recuperará, a perda das certezas, a perda do absoluto, a morte de Deus na cultura ocidental. Numa sociedade pós-tradicional, o Direito só pode obter legitimidade, como a Moral, da autonomia de todos os indivíduos envolvidos e atingidos (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 17), e é dessa constatação que nascerá o princípio do discurso. Ocorre que a positividade do Direito obriga a uma decomposição dessa autonomia em autonomia pública (relacionada aos indivíduos enquanto autores das normas jurídicas), e em autonomia privada (relacionada aos indivíduos enquanto destinatários das normas jurídicas; dois momentos que precisam ser mediados de maneira a clarificar a equiprimordialidade das autonomias pública e privada (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 17). A autonomia pública se expressa a partir do reconhecimento de direitos à comunicação e da alusão ao princípio da soberania popular, segundo o qual os indivíduos só se submetem a leis nas quais possam reconhecer-se como coautores (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 18-19). Então, a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático deve apoiar-se num arranjo comunicativo segundo o qual tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação para a criação legítima do Direito, assumindo que esse processo só possa ser cumprido justamente *por meio* dos direitos humanos que não se impingem de fora (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 18-19). Não está à disposição dos indivíduos que tomam parte nesse processo democrático, contudo, a livre escolha do “*medium*” através do qual eles efetivarão sua autonomia: este “*medium*” é necessariamente o Direito, no qual tomam parte enquanto sujeitos de direito (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 20). Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma uma

autonomia privada que esteja equanimemente assegurada e a partir da qual poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 20). Por outro lado, os contornos dessas “duas autonomias” têm que estar, eles mesmos, submetidos à discussão, que se dará em meio a procedimentos e pressuposições comunicativas capazes de fundamentar a legitimidade dos processos de aplicação e justificação do Direito (Habermas, 1998, p. 414). É então que se decidirá que o que é igual em todos os aspectos relevantes deve ser tratado igualmente, e o que é desigual deve ser tratado desigualmente, estando justamente a cláusula “aspectos relevantes” sempre aberta e a exigir justificação (Habermas, 1998, p. 414). Isso porque, não é demais ressaltar, o paradigma procedimental é resultado justamente da atividade reconstrutiva que submete à necessidade de legitimação democrática radical (e conseqüentemente à crítica na esfera pública) os conteúdos demasiado concretistas (e dogmáticamente naturalizados, engessados) dos seus antecessores, se bem que pressuponha justamente uma disputa acerca desses conteúdos por parte desses mesmos dois paradigmas. Essa disputa agora, contudo, torna-se reflexiva e consciente da necessidade de justificação pública de seus conteúdos concretos (Habermas, 1998, p. 392-395).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição não é capaz de garantir a sua não-violação, não possui por si nenhum poder místico, deve estar sempre aberta à possibilidade de sua própria violação, mas também deve poder ser resgatada discursivamente por aqueles que reconhecem que o projeto constitucional não é o que, em determinado momento, elites burocráticas, militares ou empresariais quiseram, mas continuou em disputa, tensionado contra uma esfera pública oficial que se fechava às influências da periferia. Nesse sentido, espera-se que as duras críticas aqui engendradas contra o Estado Social e suas contradições, tão agudizadas pelo estilo único e intenso de Jorge Amado, não levem o leitor a lamúrias sobre um momento talvez parecido, de profundo pessimismo com relação aos desígnios público-oficiais. Espera-se isso sim, que esta análise o leve à rua, a disputar, megafone na mão, o projeto constitucional, que é prática, *continuum* entre elementos normativos e simbólicos, um espaço de luta, não um lugar de chegada.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 296p
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 1*. 24. ed. São Paulo, 2018. 1032p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. 131p
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 176p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. 286p.
- HABERMAS, Jurgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1998. 631p.
- HONNETH, Axel. *Pathologies of Reason*. New York: Columbia University Press, 2009. 222p.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. 269p.
- FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 15-37.
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 231-249.
- SILVA, Felipe Gonçalves; MELO, Rúrion. Crítica e reconstrução em direito e democracia. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (org.). *Habermas e a reconstrução*. Campinas: Papirus, 2012. p. 135-167.
- SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 86p.