

entrevista

A COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS INAUGURADA EM 1988 E O PAPEL DO ESTADO NA ESFERA PÚBLICA²²⁵

Revista de Ciências do Estado:

Gabriel Afonso Campos²²⁶

João Victor Moura de Medeiros²²⁷

Raquel Cristina Possolo Gonçalves²²⁸

Yago Condé Ubaldo de Carvalho²²⁹

Menelick de Carvalho Netto²³⁰

Revista de Ciências do Estado: Como o senhor vê o interesse de alguns grupos da sociedade em uma nova constituinte no contexto que temos vivido hoje?

Menelick de Carvalho Netto: Eu acho que essa é uma questão bem interessante. Até porque ela coloca, talvez no meu ponto de vista, uma esperança excessiva na questão do próprio processo constituinte. E eu gostaria que a gente focasse um pouquinho nele. Afinal, o que é um processo constituinte? O que uma constituição constitui, afinal? Acredito que a constituição de 1988 coloca muito isso pra nós. Inclusive pra podermos avaliar o processo, que, de uma certa forma – aliás, acredito que até mais que ela – é que o processo constituinte que a gerou deflagrou uma.... Se eu tomo a própria história do conceito de constituição, ela guarda algumas potencialidades. Acredito que uma questão básica para se pensar nesses 30 anos é mesmo algo a respeito da doutrina constitucional, a parte mais acadêmica, que mudou

²²⁵ Entrevista realizada em 7 de setembro de 2018, em Belo Horizonte, Minas Gerais.

²²⁶ Graduado em Ciências do Estado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

²²⁷ Graduando em Ciências do Estado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

²²⁸ Graduada e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

²²⁹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

²³⁰ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor na Universidade de Brasília (UnB).

muito na questão da avaliação. Acredito que há uma série de autores que, há algum tempo, já vêm focando nesse problema do constitucionalismo. O constitucionalismo e as constituições. Se eu teria algo que me permitisse avaliar as próprias constituições, e acredito que o constitucionalismo seja a resposta a isso: uma determinada tradição que me permite – sem recurso a direito natural, a concepções metafísicas – avaliar processos constituintes, constituições e entender algo que mudou muito aí.

Acredito que uma constituição, como a de 1988, produziu mais do que uma constituição só. Ela produziu o que o Dworkin, por exemplo, chamaria de uma comunidade de princípios. Desde lá, mesmo antes um pouquinho, já havia, é possível ver – você liga aí uma dimensão bem mais significativa – a questão dos direitos fundamentais (igualdade, liberdade) como mais do que fundamentos: *descalçamentos* da nossa ideia de liberdade e igualdade. Ali começa uma questão que eu acho que é muito importante para nós hoje: o problema da igualdade como direito à diferença. E que é profundamente constitucional, desse ponto de vista. Nós estamos falando do problema contramajoritário, da questão que vai caracterizar a democracia como um processo de aprendizado. A democracia representativa, ou até diríamos hoje, deliberativa, como a participação grande da sociedade civil - aberta a essa participação -, um público que não se restringe mais a Estado. Enfim, toda uma complexidade muito maior que, acredito, a constituição inaugura, abre.

E, nesse sentido, com Dworkin, eu prefiro ver muito mais o que a Constituição produziu, até porque eu vou ter problemas, como o golpe de Estado, a Constituição não nos imuniza contra potenciais golpes e coisas desse tipo. Eu não sei se isso acaba com a Constituição: acredito que não. Mais do que nunca, mesmo em momentos adversos, como esse momento que vivemos - nada entusiasmante -, e, por isso mesmo, é mais preciso do que nunca não perder a crença na Constituição. E por Constituição eu estou entendendo essa comunidade de princípios, essa possibilidade de permanente luta por direitos. Mas, entender que essa luta por direitos, e mesmo conquista de direitos, se dá de uma forma tão complexa, que é sempre perpassada pelo pluralismo. Se olharmos para o passado Constitucional, vemos que ele foi bem diverso disso. Eu tinha um direito da mulher bastante monolítico, um direito de minorias que podiam ser tratadas de uma forma bem massiva. Se eu pego o período do Estado social, terei o direito do trabalho, a previdência social, uma série de direitos sociais, mas eles são todos massivos.

Hoje, a gente vive um momento bem mais complexo. Há um processo de pluralidade que até chega a colocar em risco muitas dessas questões - e quando eu digo risco é, pra mim,

num sentido bem sério -, todas as ameaças a essa base que a gente considerava tranquila, de sobrevivência material e que o direito cobraria até bem mais do que isso só. É um dos aspectos da nossa Constituição que eu acho complicado. Por exemplo, a própria organização sindical, isso não foi revista na Constituição como deveria ter sido, ao meu modo de ver. Ali, de uma forma ou de outra, havia posições bem interessantes, mas que não venceram e, no texto, acabou prevalecendo uma aliança entre direita e esquerda e a preservação dos currais eleitorais. Isso não foi resultado da obrigatoriedade da vinculação sindical e a artificialidade dessa representação maior impedindo o surgimento de uma organização sindical mais forte, plural, vinculada efetivamente à opção dos trabalhadores. Essa massificação da estrutura organizativa herdada que cerca seus currais foi mantida. Então, de certa forma, nesse campo, acredito que o pior da organização getulista, da forma corporativa de pensar, foi mantida, foi preservada em tensão com uma série de outros avanços. Mas agora mais do que nunca. Isso se prova, a meu ver, bastante arriscado, até porque uma das marcas desse pluralismo mais complexo da ordem constitucional de 1988 me parece muito o problema da possibilidade de negociação desses direitos, que é uma das flexibilizações havida no paradigma. Isso requer sindicatos fortes. Isso pra ficar só em um tema mais complicado da Constituição, a meu ver desde a promulgação dela, mas, de todo jeito, eu acho que, em termos globais, nós temos muito o que comemorar ainda.

Exatamente essa possibilidade, que continua em curso, de afirmação da igualdade como direito à diferença. E percebendo isso, que nesse processo, mesmo com as conquistas havidas, é importante a gente ver como essa complexidade é afirmada todo tempo. E, por isso mesmo, há várias vias que colocam uma certa centralidade, talvez, poderia dizer, das expectativas em relação ao judiciário e que, portanto, também abrem possibilidades de abusos nesse campo. Até porque todos cobram do judiciário algo que certamente não é só dele. Ou que, aliás, quando ele expressa – inclusive se eu tomo a própria questão do casamento gay, que eu acho que é uma decisão interessante para mostrar isso. Se eu analiso os votos ali, mesmo os três votos colateralmente divergentes, que na verdade eram aqueles três ministros, se eu leio os votos fica claro que não aceitavam, mas não aceitavam e vão dizer que isso deveria ser matéria do legislativo. Lewandowsky, por exemplo, chega a transcrever os anais da constituinte para dizer que o próprio constituinte estava dizendo que nós não éramos a Inglaterra, que não admitíamos o casamento gay. Transcreve um trecho grande dos anais sobre isso e não faz nada com isso. Acho que é muito importante que a gente pense essa

questão contramajoritária ali mesmo: é necessário que ele externe o preconceito. Não basta jogar isso para o passado, até porque preconceitos do passado não regem o presente.

Então, uma das questões básicas do Dworkin é essa mesma da Constituição como comunidade de princípios viva, que é essa agora. Ela é relida o tempo inteiro, é ressignificada. Ainda mais uma Constituição de mais de 200 anos como a deles. A nossa é bem mais recente, mas já tem uma história de vida desse tipo. Esse caso, acho, mostra isso claramente. Pouco adianta eu ir aos anais: nossa comunidade de princípios mudou. E mudou ao ponto que deles é exigido que externem seu preconceito e reconheçam, como a maioria vai fazer, ainda a possibilidade de negar tal pretensão. Então, certamente aquilo que era uma vedação (§3 do artigo 226), como esse parágrafo terceiro originalmente era uma vedação, virou um tipo. Todos os votos estão falando de um tipo de união estável, não exclui a união homoafetiva, pois ela é só um tipo e, é claro, há outros também. O aspecto vedatório se perde e, dificilmente, eu poderei recuperá-lo. Ou melhor, acho que até esses três votos mostram isso: é impossível recuperá-lo. O argumento histórico não vale nada. Um texto constitucional não aprisiona o futuro: pelo contrário, releituras são possíveis e a tendência é essa. Não há como usar o texto para impedir o alargamento da esfera de direitos plurais, básicos, desses direitos fundamentais básicos.

Então, acredito que isso revela muitos problemas estruturais de uma Constituição como comunidade de princípios dinâmica. Mas ainda revela esse caráter plural de todas essas possibilidades: eu dificilmente poderei falar de um direito gay, por exemplo, vinculado a uma rede social somente. Grande parte dessas conquistas foram judicialmente conquistadas pelos “gays caretas”. Então, boa parte dos gays. Mas certamente não é o gay do movimento. O gay do movimento não quer família de tipo nenhum. Pelo contrário: é muito mais explosivo, mais detonante dessa instituição tradicional. E isso não é só uma questão de parceiros plúrimos, é a própria instituição fixa como tal. Parceiros mais estáveis ou qualquer coisa desse tipo. É bem mais libertária nesse campo. Mas, sem dúvidas, você tem “gays caretas”. Gays que querem constituir famílias, que a adoção é importante. Ou até muitas vezes, a fabricação de filhos que o desenvolvimento da medicina hoje permite. Enfim, uma complexidade de pluralidades de vidas que tem origem lá no vínculo com o judiciário, na questão da AIDS e que coloca em xeque a família tradicional, a ausência de apoio às pessoas marcadas por uma doença que durante muito tempo foi muito vinculada à opção sexual e marcava profundamente tudo isso. Então vou ter muito avanço no campo do judiciário, é ele quem vai garantir. No entanto, com decisão sobre o casamento gay, são eles que são tutelados também.

Se eu tomo os grandes defensores, professores de direito civil, constitucional, que são progressistas no direito civil, colocam mesmo esse qualificativo civil-constitucional. Se eu pego Fachin, Tepedino... Todos eles se sentiram profundamente ultrajados com a decisão do Supremo sobre o casamento gay. Porque a palavra casamento deveria ser reservada para os heterossexuais. Então por isso mesmo, tinha sentido ainda aquele parágrafo terceiro. A conversão em casamento é da união estável heterossexual, não poderia ser homossexual. Acredito que a questão propriamente constitucional emerge ali no Supremo e supera tudo isso. Os três votos demostram isso. Eles até votam a favor, mas exatamente para dizer que deveria ser regulado pelo legislativo. O que revela bem essa questão contramajoritária e majoritária, tensões que podem existir sempre. Então, a regulação por parte do legislativo possibilitaria vedações, tudo bem admissível, mas não pode adotar. Como se *gayzisse* pudesse ser transmitida por aí, relação familiar, coisas desse tipo. E acredito que o desfecho final foi até interessante, mas se eu acompanho também a discussão que houve a esse propósito no Conselho Nacional de Justiça, fica claro como a ministra Peduzzi, por exemplo, toma muito para que esses três votos acabassem sendo preponderantes na visão no CNJ, e perdeu. Acabou não tendo qualquer limite. Adoção é possível, não precisa de regulamentação do Congresso *etc.*

Mas, sem dúvidas, acho que a gente vive um período que requer que vejamos isso, essa visão que deposita muita esperança no Supremo é sempre muito perigosa. É preciso resgatar as demais instituições, compreendendo os limites delas. E compreendendo também os riscos que esse Supremo representa. E, para mim, esses riscos estão, sobretudo, no campo de fixação de políticas: grandes políticas que deveriam ser fixadas pelo Legislativo, e não propriamente em defesa contramajoritária de direitos à igualdade - aí acho que é o campo próprio dele mesmo, até mesmo porque não é eleito por ninguém, então pode, estruturalmente, é seu papel. Mas, sem dúvidas, acredito que a gente avançou muito em aspectos que, se eu volto em 1988, não eram imagináveis. Falei de casamento gay, mas podemos falar de coisas como comunidades quilombolas, mais de 300 comunidades quilombolas reconhecidas pela Fundação Palmares, como tais, em processo. E dessas 300, muito poucas foram efetivadas em termos de proteção. Há até uma orientanda fazendo esse levantamento para um artigo, ficou de me passar. Esses dados já saíram, publicados pela própria Fundação Palmares e isso até 90 ou mais. Até essa data foi a Fundação Palmares que controlou esse processo. Depois foi passada para o INCRA, e aí o ritmo diminui imensamente. Sobretudo no efeito da titulação, são pouquíssimas as comunidades

quilombolas efetivamente tituladas (20 e poucas). Mas, o reconhecimento como comunidade tradicional que ocupa o território chega ao número de 300 e tantas. Eu sou péssimo de números, gente! O número é impressionante. Quando esse dispositivo das Disposições Constitucionais Transitórias foi aprovado, ninguém esperava que ele pudesse ter um impacto desse nível e que revela muito do que a Constituição de 1988 alterou nessa comunidade de princípios, incluindo aí diferentes povos, diferentes tradições. A diversidade do nosso patrimônio histórico que ela protege. Todas essas diferentes histórias derrotadas na própria história oficial são recuperadas como direitos, como identidades.

Ainda que eu pegue a questão contramajoritária, ela sempre é plural. Projetos de vida diversos, uma sociedade extremamente complexa. E acho que isso a gente conquistou. Em tempos de Bolsonaro, com todos esses riscos que falamos, é muito importante que não deixemos de resgatar essas conquistas o tempo inteiro e que a luta continua. Acho que ela não pode parar. Acho que a gente vive uma época de embate constitucional. Ocupa hoje a Presidência da República um professor de direito constitucional e que acredito, talvez, sejam as pessoas mais perigosas se eu penso num direito constitucional que reduzia a questão à posse do Estado. Para mim é profundamente inconstitucional. Se eu pensar em pessoas com pensamentos perigosos, eu não posso excluir o campo constitucional. Acho que o Manuel Gonçalves Ferreira Filho é perigosíssimo e o nosso próprio Presidente não é menos. Aquela visão totalizante, totalitária do direito constitucional e que tende a reduzi-lo a controle de Estado e da maioria. Um horror às minorias e, acredito que politicamente, a gente está enfrentando algo no campo mesmo que o objetivo é destruir essas conquistas, reduzindo a questão da Constituição a uma folha de papel que teria dono. Acredito que seja bem mais complexo e que a gente tem que comemorar em 2018 e continuar a lutar é pela comunidade de princípios e sua complexidade. E compreender isso, que o pluralismo está presente o tempo inteiro. Mesmo quando a gente fala em direitos de minorias, são plurais, são complexos, não há uma única forma, um estilo de vida ou um delineamento de princípios que marquem tal ou qual projeto de vida exclusivamente.

Qualquer um desses que eu pegue dá pra ver isso bem, não é? Pegamos os gays, podemos pegar as mulheres. É claro que o projeto de vida das mulheres hoje é plural. Eu vou ter *n* lutas por afirmação de direitos e que passam, refletem hoje na própria biografia. A importância de uma Judith Butler, da visão das opções da mulher como opções que são constitutivas da condição de mulher, e que, portanto, marcam também um pluralismo. Eu posso ver esse pluralismo em todos os momentos, a questão da negritude e clivagens que

passam por todas essas conquistas bastante recentes. Questão de opção sexual, questão do próprio gênero problematizado, questão da negritude (a dívida história que temos para com isso com ações afirmativas) e mudanças muito substantivas que afetam toda uma série de políticas públicas.

Então acho que se eu comparo o rosto dessa comunidade de princípios de hoje com a inaugural, lá em 1988, uma distância nos separa não só em termos temporais, mas em termos mesmo qualitativos. O tamanho dessa comunidade, a diversidade dessa comunidade, inclusive internamente aos próprios grupos que conquistaram seus lugares. A forma de conquista vai ser bem diferente do passado, vai ser plural, aberta, possibilitando ainda mais pluralidade de formas de vida. Não sei, mas muito por aí...

REVICE: Eu queria retomar um pouco, professor, quando o senhor falou um dos riscos que se apresentam hoje, e ouvir o que o senhor pensa e como interpreta a EC 95/2016, que limita os gastos públicos por 20 anos. Se o senhor acha que ela poderia representar uma ruptura do nosso projeto constituinte retomado em 1987/88 ou como o senhor vê essa Emenda Constitucional.

MENELICK: Estruturalmente, o direito constitucional pretende controlar o futuro. E, na verdade, controlar futuro e passado. Uma ruptura com o passado para que ele não volte e eu possa inaugurar o novo. Até isso acredito que a gente tenha aprendido que é um tanto precário. Embora eu possa ter uma teoria do Poder Constituinte ainda prevalente em uma série de aspectos, certamente, em razão de toda a resposta anterior a gente matiza isso numa série de sentidos. É possível que o passado reentre, o risco é esse sempre, então temos que estar atentos. Por outro lado, essa comunidade de princípios que a Constituição instaura tende a reler esse próprio texto em um sentido muito mais aberto e impensável para a época em que foi feito. Uns dos problemas centrais é que o direito moderno não só se dá a conhecer por texto, seja no *civil law*, seja no *common law*... Mas é em razão disso, por se tratar de uma sociedade complexa e que essa complexidade vem crescendo.

Acredito que uma ilusão como a da emenda - que eu possa controlar o futuro nesse nível de detalhe - é muito mais uma jogada política do momento do que propriamente uma esperança de que isso possa efetivamente se dar. Até porque a qualquer momento ela pode ser desfeita. Eu não vinculo futuro a esse ponto de “em 20 anos eu não posso me diminuir”. Claro que posso, claro que posso me dar e, obviamente, pode ser descumprido.

Acredito que é uma tentativa de resolução do problema do momento, não dos 20 anos efetivamente. E, como tal, busca no mínimo arrefecer essa luta, e aí eu não sei se tem sucesso. Aí eu acho que é muito mais avaliado por aí... não é tanto, acredito, que quem faz uma emenda dessa pretenda efetivamente controlar nesse nível ou tenha essa ilusão de que esse controle é possível e que ele não pode ser obstado com aprovação de outra emenda. É claro que isso requer alguma mobilização, se for importante, porque, como nós estamos falando aqui, a Constituição é mais do que folha de papel. Ela pode ser atropelada em outros níveis, não é isso?

Mas não acredito que possa ter essa força que se pretendeu. Aliás, o constitucionalismo como um todo, se for pensar... eu só posso controlar esse futuro de uma forma tendencial, não de uma forma assim. Aliás, pelo contrário, eu estou forçando a barra para ser revisto mesmo, para ser alterado, modificado. Acredito que dificilmente a gente possa controlar a própria vida nesse nível de detalhe. E as dificuldades de imposição normativa condicional são imensas nesse nível, se eu pretendo esse âmbito de controle. Aliás, toda a discussão aqui tem sido bem essa, que acredito que outra vez volta a ela: o problema dessa comunidade de princípios que a Constituição instaura. Eu não há emenda que seja capaz de aprisionar isso num sentido tão denso quanto pretendido. A tendência é que seja estourada mesmo, pelos limites da própria Constituição.

Não acho que a Constituição sirva para controlar o futuro dessa forma. Acredito que possa abrir caminhos, possa abrir tendências, possa dificultar outras até, no máximo, e mesmo as dificuldades tendem a ser superadas. Acho que texto é uma pretensão desse tipo de constitucionalista tradicional, que, na verdade, para mim, é muito mais uma jogada de momento do que propriamente uma intenção de agrilhoar o futuro dessa forma. Mas tenta atender a demandas que são imediatas e que podem funcionar muito melhor bloqueando o futuro, ou nessa tentativa de bloqueá-lo.

REVISE: Sobre esse período de transição política entre o regime autoritário para um Estado Democrático no Brasil, no campo da justiça de transição, leem-se alguns autores que compreendem que a nossa transição ainda não está findada, que ainda não terminou, porque faltariam alguns dos mecanismos tradicionais, como a responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade e a reforma institucional do Judiciário, por exemplo. O senhor acha que essas falhas na transição

brasileira poderiam estar acarretando algum tipo de influência nas nossas crises de hoje?

MENELICK: Pergunta extremamente interessante.

Acredito que o termo *justiça de transição* seja um termo extremamente interessante, mas, sobretudo, se eu exorcizá-lo desse risco que você matizou bem. Como se uma transição pudesse ser eterna. Aí não estou transitando de coisa alguma para coisa nenhuma. Eu vou ter pontos complicados, em qualquer história constitucional eu vou ter isso. No nosso caso brasileiro, acho que a questão com o passado, ela é bem problemática e potencialidades dessa comunidade de princípios são postas a todo o momento.

O próprio caso da Lei de Anistia, se eu for olhar a ação [ADPF nº 153/2010] - como foi proposta, por quem foi proposta, o que se pretendia quando foi proposta -, sem dúvida nenhuma, eu vou encontrar toda uma visão de história e de ruptura institucional, a meu ver muito mais adequada e coerente com a ordem internacional em geral do que alguém de esquerda com história bem marcada pelo posicionamento antitidatura, como o ministro Eros Grau, que paradoxalmente foi o relator dessa decisão horrorosa. Uma decisão que nega o próprio papel da Constituição de 1988 e que vai vincular... Há narrativas em disputa e acredito que esse seja um campo em disputa e que foi lidado de uma forma que requer que a gente o visite um pouquinho.

Isso criou um imenso constrangimento internacional, o não reconhecimento de uma série de tratados que o Brasil subscreve e que é comprometido com eles e uma história que não é nova. Ela ocorreu no Chile, ocorreu no Uruguai, ocorreu na Argentina, e nós somos um dos últimos países do cone Sul a seguir o caminho dos nossos compatriotas. Não acho que seja só automático, mas sem dúvida uma história marcada por constrangimentos que acabam forçando o reconhecimento de que abusos institucionais de poder não podem ser objeto de anistia. É um princípio internacional básico que requer, sim, que eu possa rever a história, possa ver inclusive... no meu escritório mesmo eu tinha um cartaz, um bonde cor-de-rosa cheio de caras lá dentro e que dizia “anistia já”, e que era da época da luta pela anistia mesmo. Quando a gente brigava por isso e a vitória foi uma imensa derrota, no sentido de que ela significou o que era a palavra de ordem nossa - “anistia ampla, geral e irrestrita” -, obviamente para aquelas vítimas do regime, e não para perpetradores das atrocidades do regime. E ela saiu com esse paradoxo.

Agora, alguém como Eros Grau voltar para dizer que isso que marcou, abriu a Constituição de 1988 e que deve nortear a leitura dela mesma... acho que é um absurdo. Na

verdade, nosso grupo sempre defendeu a ideia de que a ruptura não vai se dar nas eleições, ela se deu no Processo Constituinte. E no Processo Constituinte muito devido a um acidente, a morte de Tancredo. Se não, nossa história constitucional teria sido muito semelhante à anterior: uma transição pelo alto, sem grande envolvimento popular. Tivemos um Processo Constituinte único da nossa história que mobilizou essa comunidade de princípios. Forçou a elaboração de um texto que, pela primeira vez na nossa história constitucional, toda ela bastante elitista, bastante pelo alto da sociedade, bastante excludente... mas que possibilitou um nome, um telefone, um endereço do *centrão*, por exemplo, uma posição absolutamente majoritária nesse Congresso conservador que ganhou função constituinte, foi eleito de uma forma muito complicada também. O Plano Cruzado terminou no dia da eleição desse Congresso Constituinte. Nós vivemos no melhor dos mundos aqui, essa casa, toda aquela parte de baixo, piscina... foi feita com dinheiro de um professor universitário na época desse maravilhoso Plano Cruzado, que rendeu... consegui acabar a casa, coisa que tinha 20 anos que não acabava. Mas enfim, há um custo alto porque elegemos um dos congressos mais conservadores, extremamente conservador. Mas, pela primeira vez na nossa história, vai aparecer, por exemplo, uma expressão como essa: “centrão”.

Esse grupo conservador vai ganhar nome, vai ser pressionado e muita conquista vai ser feita, certamente com apoio de um debate público que cercou esse processo constituinte de tal forma que o centrão foi uma facção muito forte, sem dúvida nenhuma ganhou vários pontos ali, mas perdeu muitos também. Embora seja difícil explicar até como perdeu. Como provar coisas totalmente fora... mas esse processo remete para essa ideia já funcionando do que é uma Constituição, o que que ela faz e produz, essa comunidade de princípios, e como questões contramajoritárias ganham força. Dificilmente, nesse embate público, eu posso sustentar preconceitos sem que eles se denunciem, se fragilizem.

Então, desde lá eu acho que é isso que foi inaugurado e que é muito importante que a gente resgate. Problemas de adequação com o direito internacional, de revisão da nossa história... acho que isso tudo é processo de luta interna, continua sendo por afirmação dessa comunidade de princípios. E eu posso ver todo esse evento como uma luta que perdemos, mas no mesmo ano a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos vai lavar a alma e jogar uma série de problemas que não deixaram de repercutir em ganhos, se eu for pensar do ponto de vista constitucional. Eu tinha um problema que afetou diretamente a estrutura de Estado, uma posição do Supremo, que não foi uma posição certamente autônoma do Ministro Eros Grau, acredito que deva ter influência inclusive do próprio Lula e do próprio governo, do

Executivo, sem dúvida nenhuma. Mas, por outro lado, também eu vou ter toda uma atuação que ganha uma densidade muito maior em atitudes concretas de reparação dos danos à vítima, de avanço no terreno do pedido de desculpas, da indenização das torturas e tudo isso. A questão da anistia avançou muito, por um lado, no terreno do reconhecimento de que usar o aparato de Estado contra cidadãos importa indenização. Então acho que não dá para a gente dissociar, sobretudo se eu penso em um mesmo período estatal, como se a coisa tivesse uma posição decisiva aí em compensar de alguma forma, até para a esfera internacional, a decisão judicial, além de vários ministros novos terem declarado que se a questão volta ela vai ser vista de outra forma. Também não duvido disso não. Dificilmente vou poder... até porque aquela ali teve toda essa injunção. Sem um Ministro como o Eros Grau, não teria havido aquela decisão. Alguém com uma história individual concreta profundamente contrária à própria decisão, mas que se permitiu tomá-la.

REVICE: A nossa revista se chama REVICE (Revista de Ciências do Estado) e está vinculada ao curso de Ciências de Estado, que está completando 10 anos, dentro da estrutura da Faculdade de Direito, mas como um curso autônomo, com um perfil epistemológico e metodológico autônomos. O senhor é provavelmente o maior especialista no Brasil sobre a Teoria do Estado clássica, sobretudo a do final do séc. XIX na Alemanha, na transição para o séc. XX. Gostaríamos de ouvi-lo sobre o problema do Estado. Daquele momento inicial em que uma Teoria do Estado se constitui como tal, passando pela ruptura significativa com a emergência de uma Teoria da constituição, até chegar aos dias de hoje, o que mudou? Hoje, como o senhor enxerga o problema do Estado, tanto no Brasil como no mundo? O Estado como problema e o problema do Estado.

MENELICK: é uma questão extremamente interessante. E ela coloca todo um processo de aprendizado histórico. Acredito que, por exemplo, se tomamos a Teoria Geral do Estado, o nascimento dela naquelas monarquias germânicas de meados do séc. XIX, antes mesmo da fundação do Império Alemão, com a Constituição de 1871, a gente já pode ver todo um influxo bastante peculiar dessa tradição. Sem dúvidas, nem na época, uma tradição tributária do marco teórico preponderante no séc. XIX, uma visão liberal, mas que dava um peso muito mais decisivo ao Estado, seja monarquia, seja república. Mas um peso muito mais decisivo.

Isso vai fazer com que a própria Teoria Geral do Estado que nasce nessas monarquias tenha um aspecto bastante peculiar. Joseph Barthélemy, por exemplo, tem um artigo, na época lá, 1870 e poucos, sobre essa peculiaridade germânica e é extremamente interessante como ele marca isso como uma peculiaridade. No séc. XX isso vai se tornar base para todos os desafios desse Estado Social forte. Sem dúvida, o Estado vai se tornar a figura central com o reforço da ideia de público. Até se eu for olhar paradigmaticamente, eu acredito que, tanto no paradigma preponderante no século XIX, quanto no do século XX, público é compreendido como estatal. A seta valorativa é que vai se inverter: privado é interesse egoístico e público, estatal. E eu passo a ter uma valoração máxima do Estado, agora no paradigma preponderante do século XX, do Estado Social. E essa valoração era o inverso no século anterior.

Agora, acredito que para a gente, mesmo se eu pego a segunda década do século XX, quando Carl Schmitt vai escrever a *Teoria da Constituição*, por exemplo, certamente, ele está inaugurando uma nova forma de ver, para além do Estado, exatamente porque ele acha que a questão do Estado no momento de uma sociedade de massas, não é que ela não seja central, mas é importante mais a fundo, naquilo em que está arraigada a própria concepção de política dele, política como a relação amigo-inimigo e que um líder tem que constituir. Só a ideia de Estado, eu tenho uma influência ainda grande das doutrinas anteriores que ele quer romper. E poder pensar a questão do Estado mais do que ela, mas como a base dela mesma. Aquilo que o constitui. Se a ideia de Schmitt é essa no início e se eu tomo a Teoria da Constituição de Schmitt, ela é muito uma crítica às ideias liberais e uma tentativa de uma nova ideia de Constituição. Um discípulo do Schmitt, como Karl Löwestein, por exemplo, vai tomar o mesmo problema, mas pensando a Constituição como uma base muito mais complexa. E é nesse sentido que eu acho que vai ter sucesso. Que hoje é muito mais proveitoso eu pensar a questão da Constituição para falar diretamente da complexidade de que a nossa sociedade se reveste.

Mas uma reflexão acerca do Estado, ela continua sendo tão importante quanto, sobretudo se não dispensa essa trajetória. Certamente eu vou ter que falar de uma esfera pública, mais do que a propriamente de um Estado. Eu não entendo o Estado hoje – até toda a questão da anistia e da nossa própria história – o tempo inteiro nós falamos, na verdade, de uma esfera pública e até mundial, não só nacional.

Condições de possibilidade de discurso estão na base de tudo isso. É claro que abusos sempre vão ser possíveis, como no exemplo que a gente viu. É claro que eu tenho que escolher um ator bom, como foi o Eros Grau, um perfil que não era tão comum. Mas até isso é

possível e eu estou tentando usar esse exemplo para ver como é que a gente pode usar constitucionalismo em geral e até pra pensar isso. Na verdade, eu tenho uma esfera pública, e esse Estado é o centro dessa esfera pública, então ele não é desimportante de forma nenhuma, mas eu não posso ter a visão anterior, de que ele é o ápice. Se ele é o centro da esfera pública, é porque eu preciso de uma sociedade civil organizada que possa fiscalizá-lo o tempo inteiro para garantir que ele tenha um aspecto realmente público.

A gente aprendeu, com o estado social, que a burocracia tende a privatizá-lo. Ele pode ser colonizado, ele tende a ser colonizado a todo o momento. A complexidade disso é imensa e a gente tem instrumental hoje para lidar com esta complexidade. Sobretudo, para a gente não desfocar do tema, os 30 anos da Constituição, é muito importante que a gente não perca o desafio de se manter o que Constituição criou, a comunidade de princípios. Portanto, esta comunidade é que pode assegurar o papel constitucional do próprio Estado. Mas que ele tende a atrair esse papel a todo o momento, isso é possível. Se eu não tiver uma organização da sociedade civil, pouco adianta uma Constituição de 1988, que prevê conselhos participativos pra tudo, uma participação da sociedade civil que pode ser colonizada também. Membros da sociedade civil que integravam o Conselho Municipal da Criança em Montes Claros, que já tem em torno de 20 anos, simplesmente exploravam prostituição infantil, um caso horroroso e que nunca me esqueço e capaz de provar que abusos são prováveis nas situações menos pensáveis, que você nunca iria imaginar que as pessoas que estão encarregadas, pela sociedade civil, para a proteção de tais interesses, pudessem traí-los a este ponto. Acho que isso não pode de forma alguma, acho que essa é a luta dos constitucionalistas, porque eu só tenho o direito, porque ele pode ser descumprido. O direito não regula condutas necessárias nem impossíveis. Possibilidade de descumprimento há sempre... para o próprio Kelsen, o mais formalista dos juristas, o mínimo grau de efetividade, inserção, observância há de se requerer do direito, se não nem direito não é. Se não tiver a menor inserção, cumprimento, nem para ele seria.

O contrário da tradição, é não dizer que não temos Constituição, que há um problema setorial. O golpe contra a Dilma é um exemplo claro disso. Sem dúvidas não foi impeachment, não só pelo resultado final, não é isso? Tanto que será candidata a senadora, mas, todo o processo. Não houve crime para que pudesse haver um impeachment. A prática a qual ela foi acusada, recorrente anteriormente, não só por ela. O dia que foi glosado e questionado pelo Tribunal de Contas, ela nunca mais praticou. Não posso falar de crime quando todo mundo praticava aquilo. Então a fragilidade foi imensa, o que se tinha era uma

perda de maioria no Congresso, uma má espécie de *parlamentarização*, até pela mínima observância do próprio processo jurídico. Acho que marca bem o problema, de como eu posso lidar com os desafios ao constitucionalismo, que coloca em xeque até dispositivos expressos. Desde o texto originário constitucional, há vários textos problemáticos, no ponto de vista do constitucionalismo.

E o que eu acredito é que seja possível fazer a crítica sim, exigir aprimoramento, mas mais do que isso, não posso perder de vista o que a Constituição constitui. Uma comunidade de princípios, viva e atual, com a possibilidade de avançar, naquele ideal que são as exigências de igualdade e de liberdade para todos. Algo um tanto implausível, mas que só paulatinamente pode ser tematizada. E se eu tomo a história constitucional, eu vejo que ela é uma afirmação da igualdade como direito à diferença. Diferenças que eram naturalizadas, excluídas, mas que passam a reivindicar inclusão. Essa história complexa a gente não só adentrou, mas aprofundou bastante, e, nesses trinta anos, já temos uma história bem rica, de alargamento dessa comunidade, com pessoas que se consideram livres e iguais, nas suas diferenças, inclusive internamente, naquelas lutas contramajoritárias. Não temos mais uma perspectiva massiva, mas cada uma dessas diferenças se afirmam como igualdade, seja no campo da mulher, da negritude, da opção sexual... Há uma complexidade crescente em todas elas.

E isso aponta, sem dúvida, para duas coisas: tanto para a dificuldade do momento que atravessamos, uma tendência mundial e que tende a se agravar ainda mais, quando a história é tributária de uma série de precariedades em processos inclusivos. Mas como professor universitário, nós podemos ver isso claramente nas salas de aulas. Como todas as expressões são plurais, autênticas e irrefreáveis, acredito que aqui seja a mesma coisa. Desde as manifestações de amor, forma de vestir, forma de tratar, a negritude plenamente assumida, na defesa intransigente da mulher, às vezes até excessiva... um ato público de desagravo a uma ex-aluna que se suicidou em função de um abuso de um professor. O ato foi um ato feminino. Não permitiram que ninguém que não fosse mulher participasse, mas nós escolhemos participar. Como professor de constitucional é que a gente tem que ver, que não preciso ser mulher, gay, negro, para defender os direitos de minorias, como diferença e como igualdade.

Como Dworkin, que parece muito interessante... que é, simplesmente, respeito. O risco permanente me parece esse, os pensamentos autoritários e totalitários, sempre pensam em amor. O amor é uma esfera privada, e o que estamos falando é respeito, uma esfera

constitucional. E eu só quero isso, respeito. E respeito exige respeito à diferença. Eu não preciso ser mulher para respeitar mulher, algo tão plural hoje na sociedade. Como, por exemplo, restringir isso a um órgão genital me parece ridículo. Até porque há muitas mulheres que pensam muito além disso. Na verdade, eu não estou entendendo o direito da mulher, que, afinal, é tudo constitucional. Inclusive que internamente terei que praticar. Apesar de gays, do movimento gay, possam ficar horrorizados com a opção de outros gays para uma vida familiar, adoção de filhos e o “escambau”, eles têm que respeitar, só isso. Não são obrigados a viver dessa forma.

Acho que hoje mostra-se claramente que o constitucionalismo penetra inclusive no âmago desses movimentos, não dá ainda para tentar pasteurizar. Há de se reconhecer o pluralismo como as diferenças. Acredito que o constitucionalismo seja importante para entender o papel limitado do Estado, que é o centro da esfera pública, se a sociedade for organizada, zelosa de seus direitos, para impedir a burocracia de privatizá-la. Se eu penso em soluções habermasianas, as participações da sociedade civil, em conselhos, para tratar de todas as políticas, toda a segunda parte da Constituição, todas requerem a participação, até isso.

É um problema do federalismo também. Claro que ele pode ser um mecanismo democrático, de participação, que tende a regionalizar e localizar o exercício do poder, mas este mesmo, se eu não tenho uma sociedade civil forte, é um mecanismo de *coronelização*, *feudalização*. Acho que Minas [Gerais] é um exemplo claro disso, dessa tensão. Tanto tenho municípios que realmente são controlados por esse fluxo, como também que nem existem, que são feudos, funcionam como feudos. O constitucionalismo requer toda essa complexidade, não se pode tratar sem interdisciplinaridade. Tudo isso que a Constituição porta, que profetiza o Estado como centro da esfera pública, por bem ou por mal. Ele pode privatizar a própria esfera pública. Se não há participação e controle, e aí pelo menos é uma leitura do Habermas, acho que ele alerta muito para esse aspecto mais arriscado. Existe uma racionalidade comunicativa, sem dúvidas. Aliás, ela é essencial para que o poder instrumental se reproduza, ele precisa afirmar a racionalidade comunicativa, até para colonizá-la. E tende a colonizá-la, mas a sociedade civil ativa pode atuar contra a tendência.

Há outras leituras românticas da Ação Comunicativa, ele vai salientar isso, é um risco permanente, e é a tendência. A racionalidade instrumental tende a ser muito mais forte. Historicamente, racionalidade comunicativa nasceu para combater a racionalidade sistêmica, se eu tomo isso como Weber, ele vai descrever isso exatamente. Discutindo com Marx, ele

não deixa de dizer no final, vai existir esse tipo de afirmação da organização da política e do direito, mas que serão colonizados. A astúcia da história, mas Habermas está nesta esteira de discussão. E ele vai apostar nos movimentos sociais para explorarem a racionalidade comunicativa, para a preponderância dela sobre a instrumental, há essa possibilidade de exploração.

Eu vejo dessa forma a relação entre Constituição e Estado, se eu uso uma Teoria da Constituição e do Estado complexas o suficiente para lidar com os desafios da esfera pública, que tem seu centro e periferia. E essa relação é determinante para Constituição e limite do Estado. Acredito que a gente pode pensar isso de uma forma mais produtiva, enfrentar os desafios e não descabelar com os processos históricos, que sempre são muito complexos. Não reduzir a Constituição a uma folha de papel, mas trazer a complexidade que ela instituiu em 1988, e que muito se superou. É bem diferente já da comunidade de 1988, para o bem e para o mal, em termos de complexidade e de riscos.

Sem dúvidas, até pouco tempo atrás a gente não imaginava essa possibilidade de retrocesso tão grande, como a gente vive hoje. E discursos totalizantes, resgatando uma força do Estado, e, por isso mesmo, em um curso [de Ciências do Estado], como de vocês, é exatamente importante a crítica ao Estado, a noção de esfera pública e como o Estado pode funcionar bem. Estamos falando de gestores, e gestores públicos. É possível a privatização de gestores públicos? É o grande risco que o Estado Social demonstrou. Como eu posso lidar com esse risco? Como eu posso lidar com a acessibilidade o suficiente para ver que público vai muito além do Estado. Sem dúvida requer o Estado, ele é o polo central, ele que tem força interativa, mas ele só é público como setor permeado por essa periferia da esfera pública.

REVICE: Para encerrar nossa entrevista, professor, vamos aproveitar esse contexto da realização do Congresso “1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988”, na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. O que o senhor está achando deste evento em sua homenagem, marcando os 30 anos da Constituição, com seus orientandos, que hoje são professores em diversas universidades?

MENELICK: Nossa, primeiro que o Marcelo [Cattoni], o David [Francisco Gomes] organizaram a coisa de tal forma, que eu só soube pouco tempo atrás. Nossa, pra mim foi uma emoção imensa. E ver todo mundo reunido aqui, nossa... muito lindo! Essa homenagem é fantástica. Ela se dá de forma a mostrar aquilo que foi o resultado do meu trabalho. Claro que o valor individual de cada um foi gigantesco, mas o grande desafio de um professor é esse,

produzir professores. Contribuir para a construção de uma reflexão mais complexa, sobretudo em um país como o nosso. Aqui os desafios são imensos. Acredito que o papel do professor é fomentar e instigar a curiosidade que as pessoas já têm, já portam, já trazem. Como funciona isso né...

Um dos meus maiores orgulhos, que eu acho, é não ter “matado” nenhum deles. Cada um é cada um. Eles têm sua trajetória, tem uma forma complexa de pensar.

REVICE: Existe uma linha de pensamento que une todos os seus orientandos?

MENELICK: Isso sim, e você me desculpe, mas eu tenho o maior orgulho de exatamente disso, de poder ter contribuído para diferentes trajetórias, diferentes enfoques. Mostrar tudo isso, sair da caixinha, de certa forma. Não que eu não tenha uma caixinha, luto contra ela o tempo inteiro. Mas não vejo essa formação como uma prisão, ela te habilita a entrar em diálogo com outras visões, e os problemas que temos que enfrentar são complexos. Diferentes autores, diferentes perspectivas. Agora, mais velho, tenho feito muito isso. Pegando diferentes autores, com diferentes marcos, que mostram como posso enfrentar esses problemas.

E o principal problema de hoje é poder ver o caráter produtivo do pluralismo, não descabelar com isso: uma luta anti-Temer, essas tendências, que podem correr riscos, Bolsonaroistas, de totalitarismos fáceis. Vivemos em uma época muito conturbada, em relação a esses riscos. E que inclusive, tudo isso, o aspecto emocional é muito importante. A complexidade do constitucionalismo hoje, leva a gente a ver que a questão da emoção é fundamental, não é só a história constitucional, é muito pesada. Se você vê um Carl Schmitt, a questão de usar a emoção para domínio é uma lição que podemos aprender. Incluir os direitos, a defesa dos direitos... dificilmente vamos poder tratar a questão da mulher, do gay, da pluralidade sem levar isso em conta. Acredito que é uma questão infundável de possibilidades de problematizações. Acredito que hoje uma questão central é essa do pluralismo, em todas as dimensões.

E em se tratando dessa trajetória, de professor, que me marca, olhando para o meu passado dá para reconhecer isso, sim. Essa linha comum, de sempre ter orientado muito, mas fazia dessa orientação um processo de aprendizado meu. Cada orientando me ensinou muito. Essa relação de troca que a gente sempre tem, que é muito interessante, muito legal, faz com que um velhinho como eu possa se sentir novo. Tenha sempre o que aprender, é muito importante para o professor. Um professor que só ensina acaba ficando vítima da ficha

amarela, secando por dentro. Então acho muito importante que a gente nunca deixe de ter paixão por aquilo que nos levou a ser professor, o próprio processo de aprendizado. Ele é fascinante, faz com que a gente aprenda sempre. Sempre você pode se renovar, ser uma nova pessoa, sem trair o que você era anteriormente. Aprender com isso é muito bom, muito legal.