

**Perspectivas
do Discurso
Jurídico:**

Argumentação,
hermenêutica
e cultura

ORGANIZAÇÃO

Alejandro Montiel Alvarez,
Anderson Vichinkeski Teixeira
e Wagner Silveira Feloniuk

Perspectivas do Discurso Jurídico:

Argumentação,
hermenêutica
e cultura

PORTO ALEGRE

2015



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Perspectivas do discurso jurídico : argumentação, hermenêutica e cultura / Alejandro Montiel Alvarez, Anderson Vichinkeski Teixeira e Wagner Silveira Feloniuk (organizadores). – Porto Alegre: DM, 2015.

Vários autores

Bibliografia

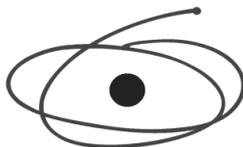
ISBN: 978-85-68497-02-9

1. Direito : coletânea 2. Hermenêutica 3. Multiculturalismo
I. Alvarez, Alejandro Montiel. II. Feloniuk, Wagner Silveira. II-
I. Teixeira, Anderson Vichinkeski

CDU- 34

Bibliotecária Responsável

Cristiani Kafski da Silva
CRB 10/1711



C A P E S

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, arquivada ou transmitida de nenhuma forma ou por nenhum meio, sem a permissão do autor.



Editora DM

R. Jandyr Maya Faillace, 365/306

Porto Alegre RS

CEP 91240-010

Tel: (51) 3347-5666

dm.editoralivraria@gmail.com

PREFÁCIO

A obra que tenho a grata satisfação de prefaciá-la reúne artigos organizado pelos professores Alejandro Montiel Alvarez, Wagner Feloniuk e Anderson Vichinkeski Teixeira. Dentre os autores estão presentes notáveis juristas, acadêmicos e professores de Direito e Sociologia destacados na academia gaúcha.

Na conjuntura geral dos temas tratados, três grandes vetores condicionam a variedade de perspectivas apresentadas: o multiculturalismo, resultado da crescente sintonia entre identidade e reconhecimento, o constitucionalismo, em evolução institucional ímpar na defesa das liberdades, e a sociedade, berço das transformações aludidas.

O fator multicultural é uma realidade transnacional cada vez mais latente, sobretudo n'um mundo em que o encontro entre culturas catalisa clivagens ou avizinhamentos impensáveis para as gerações pretéritas. A proliferação de diásporas e a transmigração de comunidades tornaram-se fenômenos correntes no século XXI, não apenas pelo impacto profundo que a ciência e a tecnologia promoveram na facilitação de deslocamentos, senão pela busca comum do ideal de cidadania universal, em que os sujeitos reivindicam a potestade sobre o próprio destino e o *direito a ter direitos*, nas palavras de Hannah Arendt.

A extensão da cidadania para além das fronteiras do Estado pós-nacional terminou por diminuir o aparente de conflito de cosmovisões, aproximando os espaços e as supostas intransigências culturais. Sim, pois impeliu os Estados à construção de um novo edifício constitucional, propício para a defesa e promoção de direitos e liberdades que não se limitavam aos cidadãos locais, mas voltados para todo ser humano. A mutação constitucional pela qual passaram os Estados constitucionais no limiar do século XXI é tributário, em grande medida, do avanço progressivo do direito internacional e das instituições comunitárias designadas para a preservação e difusão dos valores humanitários.

A posição estratégica que cada unidade soberana de poder político passa a ter no cenário global deve-se, em ampla medida, ao grau de absorção interior quanto aos direitos humanos. É nesse particular que reside a junção entre o constitucionalismo e o multiculturalismo. As paredes enrijecidas do direito constitucional passam a reformar suas estruturas de modo a acalentá-las ao sabor da diversidade, do compromisso com os direitos e da busca por reconhecimento.

A tensão instaurada na sociedade contemporânea ocidental pela emergência de novas (e ricas) identidades sociais obrigou o direito político a forjar um aparato hodierno de instituições, capazes de viabilizar o reconhecimento político e moral das comunidades identitárias, como também garantir a preservação dos direitos e liberdades já conquistados.

O tema do direito cultural, ou mais precisamente, a aliança entre o direito e a cultura tem como um de seus principais escopos a flexibilização das estruturas jurídico-políticas frente às exigências de um mundo progressivamente multicultural. A variedade de visões –por vezes antagônicas– atuantes na esfera pública reflete um confronto de fundo, ocultado nas profundezas da sociedade e que se reflete de dois modos: na política, pela luta por reconhecimento; e na cultura, pelo entrelaço entre imaginários sociais narrativos. No primeiro caso, estamos diante da necessidade de uma reabilitação do espaço público das democracias constitucionais, que devem sopesar a busca pelo reconhecimento da identidade com a manutenção da diversidade e, consequentemente, a preservação de todas as comunidades em um clima de *igual consideração e respeito*, para falar com Dworkin. No campo cultural, a variedade de formas de vida boa presentes em cada comunidade deve coincidir com bens básicos, compartilhados por todas as culturas. Esse compartilhamento mostra-se imperioso, como uma válvula de escape para os conflitos. As diferenças de narrativas sociais ínsitas a cada comunidade identitária, embora preservadas no interior de cada grupo social, devem ser temperadas quando do acesso ao espaço público comum, de modo a não comprometer as possibilidades de consenso e cooperação nas “causas comuns”.

O caminho para a paz e concórdia nas sociedades democráticas do século XXI, portanto, está na indispensável unidade de esforços entre o constitucionalismo, a busca por reconhecimento e a preservação das identidades sociais em igualdade recíproca de consideração. A reconfiguração do Estado constitucional e dos processos democráticos, assim, devem percorrer os trilhos da “unidade na diversidade”, com vistas ao diálogo multicultural. A existência histórica e concreta do ser humano passa a ser contemplada por sua inserção na esfera política, lócus de autorealização e de união entre a subjetividade de sua personalidade cultural e a objetividade de sua cidadania.

Por *Marcus Boeira*¹

¹ Marcus Paulo Rycembel Boeira. Professor-adjunto do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor e Mestre em Direito pela USP.

SUMÁRIO

ARTIGOS

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

1. Crítica e metacrítica ao universalismo dos direitos humanos a partir de visões do multiculturalismo13
José Alcebiades de Oliveira Junior
2. Multiculturalismo, universalismo e direitos humanos27
Vicente de Paulo Barretto
3. América Latina e espaço cultural: a constituição como ciência da cultura e a construção da identidade.....35
Emerson de Lima Pinto
4. Diálogo intercultural: desafios e limites na efetivação de direitos universais no cenário cultural global.....53
Aline Andrighetto e Joseane Mariéle Schuck Pinto
5. Identidade cultural, conhecimentos das comunidades tradicionais locais e multiculturalismo: análise da situação sócio-jurídica dos povos indígenas no Brasil.....69
Amanda Siqueira da Silva e Giselda Siqueira da Silva Schneider
6. A necessidade de mecanismos para a efetividade dos direitos humanos em uma sociedade multicultural87
Lenara Giron de Freitas
7. O diálogo entre Habermas e Taylor111
Maria Eugênia Bunchaft
8. Separação entre Igreja e Estado: debates contemporâneos em línguas anglo-germânicas.....133
Gustavo Castagna Machado

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

9. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial..... 161
Luis Fernando Barzotto
10. A justiça como administração equilibrada do *phármakon*: uma reflexão sobre Direito, Experiência e Cultura 187
Josué E. Möller
11. A Natureza no Direito é uma Natureza Política ou uma Natureza Biológica? 205
Alejandro Montiel Alvarez
12. Entre Objetivismo e Subjetivismo: um (possível) reencontro entre Hermenêutica e Argumentação 217
Daniel Ortiz Matos
13. A derrotabilidade do direito diante de resultados sub-ótimos. Quanta injustiça individual é tolerável em um sistema de regras? 231
Patricia Graeff
14. Notas sobre as perspectivas da teoria do direito no Brasil: uma reflexão sobre as epistemologias envolvidas 245
Jaci Rene Costa Garcia

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

15. O monopólio estatal do Direito: um mito da modernidade 265
Alfredo de J. Flores
16. Panfletos pelo constitucionalismo: a cultura política popular no Brasil de 1820 e a Constituição de Cádiz 281
Wagner Silveira Feloniuk
17. Uma antropologia da instância paterna e a lei jurídica 307
Gerson Neves Pinto
18. Nótulas sobre o arquétipo jurídico alemão da Escola Histórica do Direito: codificação, cultura e ciência do Direito..... 321
Kenny Sontag

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

19. O terrorismo na era global como instrumento de afirmação
identitária de minorias opressoras351
Anderson Vichinkeski Teixeira
20. Crime e cultura: introduzindo a criminologia cultural no
estudo da criminalização.....371
Álvaro Filipe Oxley da Rocha e Simone Schuck da Silva
21. Discriminação cigana no Holocausto: um paralelo entre as
estratégias de dominação colonial e nazista por meio do racismo387
Alex Sandro da Silveira Filho e Bianka Adamatti

Parte V – Meio Ambiente, Direito e Cultura

22. Multiculturalismo e sustentabilidade: reflexões para o Direito
no século XXI395
Ana Cristina Bacega De Bastiani e Mayara Pellenz
23. Meio ambiente e cultura: o patrimônio cultural e os projetos
sustentáveis para revitalização de centros históricos.....415
Cristiane Penning Pauli de Menezes e Isabel Christine da Silva de Gregori

RESENHAS

1. A governança por meio do crime: como a guerra contra o terror
transformou a democracia americana e criou uma cultura do medo.....435
Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires e Brunna Laporte Cazabonnet
2. Modernidade líquida: a liquidez, inconstância e incerteza nas
relações da atualidade441
Aquiles e Silva Maciel
3. Direitos reais em *A Utopia*, de Tomás Mórús.....447
Eduardo Moraes Bestetti

PARTE I

Direitos Humanos e Multiculturalismo

CRÍTICA E METACRÍTICA AO UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE VISÕES DO MULTICULTURALISMO

José Alcebiades de Oliveira Junior*

Sumário: Introdução. 1. Aspectos das diferenças entre Oriente e Ocidente. 2. Enfoques da discussão acerca da noção sobre Cultura. 3. Emergência, multiplicação e universalização dos DH. 4. Do universalismo ao multiculturalismo nos DH e metacrítica da crítica ao universalismo dos Direitos Humanos. 4.1. Mais argumentos da problemática do multiculturalismo. 4.2. Advertências. 4.3. Questão principal de crítica e metacrítica ao universalismo dos DH. 4.4. Debatendo com Boaventura Souza Santos. Considerações finais. Referências.

Introdução

Hoje em dia, muitos são os dados e elementos que justificam um Congresso sobre as relações entre Direito e Cultura. Por isso mesmo, gostaríamos de primeiramente cumprimentar o seu organizador, Prof. Alejandro Alvarez, pela excelente iniciativa. E um exemplo notável que pode servir de apoio ao que dizemos é o de que perto de 3 (três) bilhões de pessoas habitam hoje em territórios proibidos e de criminalização de opções homoafetivas (AGÊNCIA O GLOBO, 2013), dado que muito impressiona quem dele tem conhecimento.

Mas, por outro lado, felizmente são cada vez mais presentes medidas judiciais em defesa dos direitos dos homossexuais, quer pelo STF, quer pelo CNJ quanto aos casamentos civis de pessoas do mesmo sexo realizados em cartório, e que servem como exemplos da luta pela efetividade dos direitos multiculturais.

Com efeito, estamos diante de um tema muito sério e que merece ainda muitas discussões e esclarecimentos, a fim de que barreiras culturais homofóbicas ou racistas sejam derrubadas e passe a reinar a paz, a igualdade e o respeito entre todos os seres humanos.

E é no intuito de contribuir com o debate que trazemos uma vez mais ponderações sobre o tema do multiculturalismo, especialmente no que tange ao problema do enfrentamento que geralmente ocorre entre posições universalistas dos Direitos Humanos (doravante DH), tidas como

* Prof. Titular da Faculdade de Direito da UFRGS, Pesquisador 1D do CNPq. Líder dos Grupos de Pesquisa "Direitos Fundamentais e Novos Direitos" e "Sociologia Judiciária", UFRGS-CNPq.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

conservadoras, e posições relativistas próprias dos defensores do multiculturalismo, tidas como progressistas. Para tal, resgataremos pontos de vista já expressos por nós sobre as tensões entre Oriente e Ocidente, sobre a noção complexa de cultura, sobre a universalização dos DH, para então finalizar com um debate sobre universalismo e relativismo no âmbito desses direitos, realçado por argumentos defendidos por ambos os lados.

1. Aspectos das diferenças entre Oriente e Ocidente

Sempre que volto a tratar do tema do multiculturalismo, parto de um inegável dado histórico que é o enfrentamento entre o Oriente e o Ocidente quanto às suas diferenças culturais, e que geralmente eclodem em tentativas frustradas de aproximação, quando não na ocorrência de choques e guerras violentas e injustificáveis, de ambas as partes. Para se ter uma ideia desse conflito, tomemos uma afirmação de Edward W. Said, importante pensador palestino, de Jerusalém, que estudou no ocidente e que escreveu um dos livros mais notáveis sobre esse confronto, intitulado “Orientalismo”(2007):

Reflexão, debate, argumentação racional, princípios morais baseados na noção secular de que o ser humano deve criar sua própria história – tudo isso foi substituído por ideias abstratas que celebram a excepcionalidade americana ou ocidental, denigrem a relevância do contexto e veem as outras culturas com desprezo e descaso.

Ora, o que podemos depreender das palavras de Said? Certamente muitas coisas, mas uma que tem a ver com sua posição crítica ao colonialismo e ao pós-colonialismo, europeu e norte-americano. Muito poderia ser debatido sobre isso. De todo modo, é certo que assim como existem porta-vozes do ocidente contra o oriente, o inverso também é verdadeiro.

Por outro lado, quando olhamos pelos óculos do ocidente, como é o caso da obra de Ian Buruma e Avishai Margalit, *Ocidentalismo* (2006) e que é considerada – embora não faça nenhuma referência - como uma resposta à obra de Said, o que vemos em epígrafe:

O ódio a tudo o que as pessoas associam ao mundo ocidental, personificado pela América, ainda é muito intenso (...) Os preconceitos são parte da condição humana. Porém, quando a ideia de que os outros são menos que humanos adquire força revolucionária, leva à destruição de seres humanos – Ian Buruma e Avishai Margalit.

Como se vê das duas epígrafes, justificadas ou não, os conflitos entre modelos de vida e sociedades ideais é bastante real. Contudo, é sempre bom termos cautela ao abordar o tema, pois como se observa da obra de Domenico de Masi, 2014, elementos que compõem as sociedades orientais são encontrados em larga escala no âmbito do ocidente e vice-versa, a tal ponto de observar-se a importância da religião em praticamente todas as sociedades, influências econômico-capitalistas em sociedades democráticas, socialistas e comunistas etc., o que não retira, e muito menos nega, a existência de confrontos no interior dessas sociedades e entre as diferentes sociedades em sentido amplo. Dito isso, avancemos um pouco mais sobre a noção de cultura.

2. Enfoques da discussão acerca da noção sobre Cultura

Por outro lado, do amplo espectro daquilo que se entende por cultura e aproveitando-nos do que escreveu Hervé Juvin² sobre o tema, trata-se

[...] do modo de se relacionar consigo mesmo, com os outros e com o mundo. Modo de expressar ou de fugir. Modo de estar aqui e agora; ser, ao mesmo tempo origem e projeto, palácio de cristal e canteiro de obras. Aquilo que constitui a verdade, aquilo que dizemos e aquilo que não dizemos; aquilo que faz com que os semelhantes se reconheçam. Entre o que faz um e o que faz o outro. Origem das sociedades humanas, em sua singularidade, em seu diálogo e na diferenciação que possibilita a paz. Mas também, como assinala Hervé Juvin, aquilo que a globalização pretende ser (...) aquilo cujo nome poderia ser crise (...) a crise na qual o regime de mercado nos faz imergir e que também poderia ser visto como uma crise cultural...etc.

Como dissemos anteriormente, também aqui é preciso ver que o elemento cultura, em suas diversas manifestações, no oriente ou no ocidente, não está infenso às possibilidades de cooptação ideológica, podendo, em alguns casos, ser a origem mesma de determinadas formas de existir; mas nada impede que a cultura possa também se tornar discurso nessas mesmas sociedades ou em outras. Sei que é arriscado dizer isso, mas cito como exemplo o fato de que hoje as ditas sociedades de consumo atravessam o planeta, de tal modo que seria difícil dizer que o Oriente Médio, a Índia, a China e tantas outras aglomerações associativas não estariam próximas desse fenômeno, tal e como as sociedades europeias ocidentais ou norte-americanas.

² “Cultura e globalização”, in “A Globalização Ocidental, controvérsia sobre a cultura planetária”, p. 69, 70 e segs.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Por derradeiro, o problemático a nosso juízo é ver a cultura a partir de uma suposta essencialidade. O maniqueísmo não é a melhor maneira de tratar o assunto, assim como por exemplo ver a cultura tão somente pelo seu lado supostamente positivo e que se expressa com dizeres do tipo a cultura é uma forma de “polimento” dos indivíduos, assim como supor que a cultura seja unicamente o fruto da vontade de alguns indivíduos que pretendem sobrepor-se a outros. O tema a nosso juízo é bem mais complexo.

3. Emergência, multiplicação e universalização dos DH

Pois bem, neste relato, cabe enveredar agora sobre algumas ideias acerca do que se denomina de universalização dos direitos humanos. E Norberto Bobbio explica muito bem essas razões, senão vejamos: em “A Era dos Direitos” (2004) tem acentuado vários dos aspectos da problemática desses direitos, dentre os quais se sobressaem discussões sobre os fundamentos, as gerações, a multiplicação e a efetividade de sua proteção. Como muito bem tem acentuado Celso Lafer em seus escritos (BOBBIO, 2004, p.11), Bobbio tem destacado etapas na construção do estado democrático de direito, dentre as quais a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação dos direitos humanos. E é nesta última etapa que assistimos à passagem de uma visão abstrata dos sujeitos para uma visão concreta, situada, o que, se por um lado é altamente positivo, por outro torna extremamente complexa e muitas vezes conflitiva desde um ponto de vista normativo, a tutela desses direitos, tal como se pode observar na proteção dos idosos, das mulheres, das crianças e dos portadores de deficiência, numa tortuosa dialética que se vai estabelecendo “pari passu” desde as iniciativas e também a inércia do legislativo aos remédios de um judiciário pressionado, como escrevi em outros momentos. Pois é em meio a essas especificações que ocorre o debate entre universalismo e relativismo ou multiculturalismo.

Mas é essa realmente a grande luta que coloco em coro com muitos setores da sociedade. No âmbito do processo de globalização e aproximação das culturas existentes, ocorre como que uma multiplicação das situações e de possibilidades dos sujeitos, abrindo leques de possibilidades cada vez maiores e que tornam cada vez mais distantes políticas públicas suficientes para a satisfação das necessidades, atingindo essas políticas quase que somente aspectos sociais dos habitantes em seus territórios. Os problemas multiculturais, no mais das vezes, têm ficado mesmo em segundo plano.

Assim, para uma ativa proteção dos direitos humanos cada vez mais os poderes judiciais se tornam chave nesse processo. Comentaria

agora para os senhores neste evento, dois aspectos que nos parecem importantes: (1) a falta de um esclarecimento ainda maior acerca da importância das ações afirmativas, de ações positivas do Estado em seus diferentes níveis de poder; (2) a necessidade de um enfrentamento mais direto ao discurso que sustenta a inadequação estrutural dos direitos sociais e culturais e que tem conduzido a uma suspeita sobre a “exigibilidade (imediata) desses direitos”, problemática que ao fim e ao cabo tem conduzido a pertinentes discussões de teoria constitucional (ABRAMOVICH & COURTIS, 2011, p. 143-284). Enfim, avancemos para a discussão teórica de fundo que ao fim e ao cabo justifica nossa fala e nossa escrita nesse importante Congresso sobre Direito e Cultura.

4. SD universalismo ao multiculturalismo nos DH e metacrítica da crítica ao universalismo dos Direitos Humanos

4.1 Mais argumentos da problemática do multiculturalismo

Hoje em dia há como que um alargamento razoável das informações sobre aquilo que se entende por multiculturalismo, pois os seus problemas e propostas ao despertarem polêmica, geram interesse da mídia que por seu turno, tem se encarregado de tornar mais visíveis os confrontos entre os grupos sociais no mundo globalizado³.

Sobre esse tema temos refletido muito nos últimos anos⁴ e a pensadora italiana Carla Faralli⁵ esclarece um ponto que nos parece importante: “embora controversa, a expressão multiculturalismo pode ser entendida, numa acepção sociológica, como correspondente a discursos descritivos de certos tipos de sociedades integradas por grupos culturais diferentes, bem como, numa perspectiva filosófica ou normativa, pode ser entendida como correspondente a discussões em torno a ideais de justiça a serem alcançados, mormente com a presença dos poderes político-jurídicos constituídos”. Aponta, assim, simultaneamente, para uma descrição e para um projeto de luta contra a discriminação a grupos minoritários, no plano nacional e internacional⁶. Em síntese, trata-se de uma discussão sobre raça, etnia, sexualidade, gênero, minorias, excluídos, deficientes e tantos outros. E uma das questões centrais do multiculturalismo é a do respeito à *diferença*, ao *diferente*, ao “*outro*” (VORRABER COSTA, 2007).

³ Ver de Tahar Ben Jelloun, “O Islamismo explicado às crianças”. Trad. Constancia Egrejas. SP:Edit. Unesp, 2011. Essa pequena obra nos coloca diante do seguinte paradoxo: o Islamismo é terrorismo, tal como fazem crer as principais mídias?

⁴ Ver “FACES do Multiculturalismo”, Santo Ângelo, Ediuri, 2007; Verbete já referido sobre Multiculturalismo no “Dicionário de Filosofia Política”, organizado por Vicente Barreto, 2010.

⁵ “A Filosofia Contemporânea do Direito”, 2006, p.67-83.

⁶ Boaventura Santos, 2003.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Tomando o núcleo da discussão multicultural quanto ao problema da identidade e diversidade dos sujeitos, várias são as correntes de pensamento que tratam do assunto, destacando-se o debate entre liberais como John Rawls e Ronald Dworkin, p.ex., e comunitaristas como Michael Walzer e Charles Taylor. Existem também discussões importantes na Escola de Frankfurt, com destaque para Jürgen Habermas e Axel Honneth⁷. Além disso, temos a proposta de uma “hermenêutica diatópica”, inserida no projeto emancipatório de Boaventura de Souza Santos, autor cujas ideias debateremos em alguns dos seus aspectos aqui.

E a questão do multiculturalismo é polêmica, porque seus avanços e recuos dependem do poder político, que varia de acordo com orientações liberais ou comunitaristas, os primeiros procurando distanciarem-se da discussão acerca do que é melhor culturalmente para a sociedade, defendendo tão somente a não discriminação; os segundos que o problema do confronto cultural exclui setores, e que por causa disso o Estado deveria atuar no sentido da inclusão social. Como já externei, o ideal multicultural retoma e coordena ambas as instâncias por entender que a proteção e o reconhecimento das tradições culturais dos grupos, presentes nas modernas sociedades pluralistas, é de fundamental importância para a liberdade do indivíduo e suas possibilidades de desenvolvimento pleno⁸. Para Charles Taylor, os cidadãos pertencentes a essa cultura marginalizada, serão prejudicados se não forem amparados pelo Estado, pois terão de lidar com a imagem depreciativa de si mesmos. Se assim é, os indivíduos têm interesse essencial num *reconhecimento público da sua própria cultura*⁹.

Enfim, sobre reconhecimento e multiculturalismo Axel Honneth possui hoje um estudo muito respeitado sobre “a gramática moral dos conflitos sociais”, no qual defende que o problema da identidade plena dos sujeitos depende do desenvolvimento de sua autoconfiança, autorespeito e autoestima, o que é muito difícil nas sociedades atuais fundadas muito mais nos conflitos do que no entendimento, como, aliás, supôs Jürgen Habermas(2007).¹⁰

4.2 Advertências

A discussão sobre universalismo e relativismo no âmbito dos DH requer muita atenção e cuidado principalmente por esse assunto ter rece-

⁷ Ver Pluralismo e Justiça distributiva de Gisele Cittadino, 1999.

⁸ Faralli, op. cit., p. 67-83.

⁹ Charles Taylor, 1994, p. 45-94.

¹⁰ Ver também a “Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos”, de Axel Honneth.

bido abordagens que se constituem em verdadeiros reducionismos ideológicos do problema, tanto à direita quanto à esquerda. No primeiro caso, lembraria os que negam por completo as possíveis diferenças em relação aos outros, ou ao Outro, e avaliam situações concretas de desigualdade a partir de preconceitos; e, no segundo caso, aqueles que radicalizam a diferença, não admitem nenhum tipo de universalidade abstrata a partir da qual se pudesse pensar em um diálogo entre as culturas, sem que de algum modo resultasse como consequência um amplo prejuízo para as culturas não hegemônicas.

Pois bem. Com efeito, alguém, de sua consciência poderia admitir ou aceitar que DH e multiculturalismo são antagonicos? Ou que um discurso que se pretenda como direito humano poderia se legitimar negando a existência da diversidade cultural e por via de consequência negando o direito à defesa de todos aqueles que tiveram sua autonomia e identidade cultural atingida por quem quer que seja?

Existe ainda hoje um forte dissenso entre essas distintas posições. Ditos defensores dos DH fazendo pouco caso da “diferença cultural” e sustentando que essa é uma questão privada (liberais); e ditos multiculturalistas que entendem que toda e qualquer generalização (abstração) sobre o humano contém implícita dominação ideológica, sendo então necessárias ações afirmativas por parte dos Estados (comunitarismo). Em outras palavras, liberais e comunitaristas parecem não se entender...

Diante disso, gostaríamos de defender aqui, mesmo que em caráter exploratório, a necessidade da retomada de um diálogo entre esses diferentes pontos de vista, o que não é nenhuma novidade, mas que de sua ocorrência sempre resultam contribuições para a paz e o processo civilizatório.

4.3 Questão principal de crítica e metacrítica ao universalismo dos DH

No Cap. 14 (quatorze) de sua obra “O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas”, Vicente Barreto (2010), presente neste Congresso, coloca a seguinte questão da qual gostaríamos de partir para realizarmos nossas reflexões:

“Uma das indagações mais relevantes e recorrentes no debate político e na teoria do direito refere-se ao universalismo dos direitos humanos. Os direitos Humanos constituem-se numa categoria ético-jurídica com abrangência universal? Ou para serem considerados como direitos devem responder somente às exigências de eficácia e validade, garantidas por um estado soberano?”

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

E como diz o professor Barreto,

[...] “o argumento mais usualmente aceito contra a universalidade dos direitos humanos tem sido o elaborado pelas correntes relativistas, que se socorrem de uma leitura redutora do *multiculturalismo* – entendido como a coexistência de diferentes culturas em um país ou mesmo no plano internacional, cuja ideia consistiria em afirmar que nada pode atender ao bem-estar de *todos* os seres humanos de igual maneira, porque eles não seriam semelhantes em nenhum aspecto”.

Com efeito, essas colocações do professor citado são significativas para iniciarmos o aspecto central de nossas reflexões, e, muito embora coincidamos eu e o prof. Barreto na direção de que é possível se pensar numa superação desse conflito entre o multiculturalismo e os DH, muito provavelmente os caminhos que percorreremos para construir nosso entendimento sejam diversos. Para o professor Barreto, deveria se proceder em duas etapas: a *primeira* corresponderia em identificar valores morais universais, encontrados em todas as sociedades: a identidade humana, a dignidade humana, o valor humano, a promoção do bem-estar humano, a igualdade, etc; a *segunda* procuraria realizar a intermediação de valores morais nas sociedades multiculturais, sem que aqueles percam seu caráter de universalidade. E isso requereria procedimentos negativos e positivos. Os primeiros, relacionados à defesa de um mínimo moral de proteção do ser humano, e os segundos, a construção de garantias positivas que assegurem bens básicos, cuja função já vem sendo cumprida pelas declarações de direitos das Nações Unidas e os pactos que lhes correspondem (BARRETO, 2010, p. 254 e segs.)

4.4 Debatendo com Boaventura Souza Santos

Não obstante as afirmações do Prof. Vicente Barreto, vejamos agora algumas das posições de Boaventura de Souza Santos, um dos mais severos críticos da universalidade dos DH, a partir de um texto seu intitulado “Para uma concepção intercultural dos DH”, (SARMENTO et alii, 2008, p.12 e segs.), para estabelecermos um breve debate exploratório neste Congresso, consideradas também as ideias de François Jullien (2009) sobre o tema “do universal ao multiculturalismo”.

Para Boaventura, os DH poderiam ser vistos e praticados de duas maneiras: ou como localismo globalizado ou como cosmopolitismo subalterno insurgente. Em outras palavras, como globalização hegemônica, ou como globalização contra-hegemônica.

E diante disso, obviamente sua posição visaria discutir em que medida os DH poderiam se constituir em uma forma de globalização contra-hegemônica. E a sua tese é a de que, “enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, os Direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado, e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, os DH têm de ser reconceitualizados como interculturais...”, pois senão tenderiam a funcionar como uma arma do Ocidente contra o resto do mundo.

Passando aos comentários breves que desejamos tecer, a tese da interculturalidade versus a ideia de universalidade trazida por Boaventura faz bastante sentido em um plano histórico e, portanto, merece ser discutida. É inegável que em várias épocas e, principalmente na modernidade e pós-modernidade, a universalidade dos DH tem servido aos propósitos de dominação de uma cultura supostamente superior a outra supostamente inferior e menos desenvolvida, e acredita-se que necessário se faz manter-se trincheiras de resistência argumentativa, enquanto armas para se lutar contra a uniformização cultural, danosa a culturas não hegemônicas. O funcionamento ideologizado de um localismo globalizado pode esconder a defesa de um capitalismo desenfreado e consumista, destrutivo das culturas nativas, e que se enfrenta com as culturais locais fundadas em outros bases de sustentação, com larga vantagem e poderio econômico, características explícitas das grandes corporações europeias ou norte-americanas.

Contudo, essa preocupação não afasta, como salienta François Jullien (2009) em sua obra, a necessidade de se levar a sério uma discussão sobre a importância dos pressupostos universais do conhecimento construídos ao longo de muitos anos, e que poderiam de modo efetivo encaminhar um mais profícuo diálogo multicultural ou intercultural, na medida em que possibilitam a superação de casuísmos empiricistas. Jullien refere, por exemplo, a conquista do pensamento abstrato (da matemática), da conquista da lógica formal como instrumento de transcendência das experiências sensíveis e dos casuísmos concretos e situados. Também esteve em Kant a discussão sobre a importância do “transcendentalismo”, isto é, uma discussão sobre as condições do conhecimento possível, enquanto instrumento de aproximação de discursos que se pretendem universalizáveis, do forjar de princípios do tipo “se queres ser respeitado pelo outro, respeite-o também”, e que poderiam ser generalizáveis e universalizáveis (JULIEN, 2009, p. 19-28).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Voltando ao pensador português Boaventura Souza Santos em outro momento de sua obra, observa-se que ele faz outro questionamento que também merece nossa atenção. Diz ele:

“Mas serão os DH universais enquanto artefato cultural um tipo de invariante cultural ou transcultural, ou seja, parte de uma cultura global?” E sua afirmativa peremptória é que não. Em sua opinião, o único fato transcultural é a relatividade de todas as culturas”(SANTOS, 2008, p. 14 e segs.).

E tal como prossegue,

“(…) a relatividade cultural (não o relativismo) exprime também a incompletude e a diversidade cultural. Significa que todas as culturas tendem a definir como universal os valores que consideram fundamentais. O que é mais elevado ou importante é também o mais abrangentemente válido. Deste modo, a questão específica sobre as condições de universalidade numa dada cultura é em si mesma, não universal. A questão da universalidade dos DH é uma questão cultural do Ocidente. Logo, os DH são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos DH trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo”(BOAVENTURA, 2008, p. 14 e segs.).

Passando novamente aos comentários, a resposta que entendemos cabível ao questionamento feito poderia ser *sim* e *não*. De fato, existem culturas que nem sequer falam em DH. E outras, como as ocidentais em geral, que os colocam. Não obstante, o que interessa mesmo é dizer com base em Jullien (2009) que desde sempre culturas diversas mesmo que informalmente interagiram e continuam a interagir. E nesse sentido, trazemos Jürgen Habermas (2007) para assinalar que o fundamental talvez não fosse “proteger” ou “resguardar” as diferentes culturas a sete chaves, senão que desenvolver as instituições políticas até um estágio que considere prioritário à institucionalização de espaços para uma ampla discussão acerca de como deveriam acontecer esses encontros interculturais, que certamente necessitam o que o pensador alemão denomina de uma “ética do discurso” ou “democracia deliberativa”, estabilização necessária para esse diálogo intercultural. Mais do que continuar fazendo vistas grossas e desconsideração recíproca (como acontece muito no Brasil) e que permitem confrontos desastrosos pelos espaços urbanos e pelos campos, como por exemplo, o que frequentemente ocorre entre indígenas e pequenos agricultores, é preciso que o Estado atue por meio de políticas públicas adequadas a essa institucionalização, a fim de que a proteção dos setores não hegemônicos se realize.

Por outro lado, embora Boaventura afirme a não homogeneidade das culturas, no entanto suas palavras ao rechaçarem como dominação a própria interação entre culturas hegemônicas e subalternas, passam a impressão de que as culturas devem se manter homogêneas e voltadas unicamente para a reprodução de suas comunidades, no estágio em que elas se encontram. A história, no entanto, tem se mostrado de maneira diferente. E o exemplo mais notável, como também mostra Jullien (2009, p. 19-28) é que o que é denominado de cultura europeia e entendido como mundialmente hegemônica, nasceu num tempo e lugar bem particulares, a Grécia antiga, tendo interagido com a cultura Romana, com os estrangeiros de vários matizes, muçulmanos e outros, sendo vista mais contemporaneamente como o resultado de uma dialética que Hegel veio denominar em sua obra de “fenomenologia do espírito”, que embora criticada em seu idealismo por Marx, segue seu importante curso acadêmico.

Assim, é preciso dizer que os DH são a expressão de valores de conteúdo cultural que variam tanto quanto variarem as culturas, mas, sobretudo, o que deve ser dito é que eles para além de aspectos empíricos frutos de uma serie de práticas que relacionam homens e naturezas, eles são compostos também por ideias, bens abstratos, elementos simbólicos, procedimentos lógicos, matemáticos até, e que estão expressos nos códigos culturais do ocidente e do oriente. Garantias e procedimentos abstratos, lógicos e linguísticos servem não somente a uma totalidade “a priori” de supostos dominadores, mas também aos grupos não hegemônicos e de desfavorecidos, pois o não reconhecimento dessa condição transcendental e “a priori” da razão, deixaria um espaço ainda maior a lei do mais forte. E é a partir de argumentos dessa natureza que a sociedade internacional tem conseguido combater contradições de vários países capitalistas ou socialistas ao longo do tempo, mormente no que diz com a proteção da diversidade, cultural ou biológica. Lamentavelmente, o tema é vasto demais para que consigamos dar conta plenamente no curto espaço desta manifestação. Por isso, passemos de imediato a algumas considerações finais.

Considerações finais

Para encerrar, em primeiro lugar gostaríamos de ressaltar que a luta pela efetividade dos direitos humanos e da diversidade cultural e ambiental, depende de um Estado social forte e com políticas públicas adequadas, o que acreditamos já estar ocorrendo em parte no Brasil, mas com muitas dificuldades em função do avanço do neoliberalismo e que

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

tem imposto uma severa lógica de enquadramento dos estados nação ao subjugo das grandes corporações.

Por outro lado, a defesa de Boaventura Souza Santos deve ser vista como extremamente válida, sobretudo enquanto crítica ao neocolonialismo, no qual as “Coroas” seguem exercendo grande influência sobre as “Colônias”.

Não obstante, os alertas de François Jullien sobre as conquistas da humanidade anteriormente referidas, são no mínimo instigantes e muitas delas se encontram universalizadas constitucionalmente, tal como pode ser encontrado na Constituição Federal brasileira de 1988. Porém, em tom de advertência, isso em nada pretende desautorizar os alertas de Boaventura sobre o colonialismo e o neocolonialismo. Muito antes pelo contrário!

Enfim, não podemos parar na denúncia da existência de um confronto cultural ou multicultural, mas, como propõe a clássica sociologia, buscar um repensar das possibilidades de “integração social”. E é nesse sentido que não se torna possível esconder o fato de que o repensar das ordens interna e internacional quanto ao reconhecimento e a proteção multicultural, passa por um necessário rearranjo do jogo de forças internacional, situação que a nosso juízo ainda se encontra distante, se é que algum dia se possa concretamente pensar nela. Pedindo licença ao grande pensador Max Weber, acreditamos que nessa seara não há contradição em se falar em uma “sociologia militante”, expressa por colocações como a de que a exclusão social e, por conseguinte a opressão do ser humano é algo inaceitável.

Referências

AARNIO, Aulis. Who Are We? On Social, Cultural and Legal Identity. In: STUDNICKI, Tomasz Gizbert e STELMACH, Jerzy. *Law and Legal Cultures in the 21 st. Century. Diversity and Unity*. Warszawa: Oficyna, a Wolters Kluwer business, 2007.

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis?* Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

AGÊNCIA O GLOBO. PIU, Marcelo. Rio de Janeiro.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos humanos: um conflito insolúvel? In: *Direitos Humanos e sociedade cosmopolita*. Coordenador César Augusto Baldi. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BIELEFELD, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 2004.

BURUMA, Ian. MARGALIT, Avishai. *Ocidentalismo: O ocidente aos olhos de seus inimigos*. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Edit. Lumen Juris, 1999.

COSTA, Marisa Vorraber. *Babel e uma conversa sobre diversidade e multiculturalismo*. Núcleo de Estudos sobre Currículo, Cultura e Sociedade – NECCSO. Disponível em: <www.ufrgs.br/neccso>. Acesso em: 30 ago. 2007.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Trad. Candice Premaor Gullo; revisão da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Trad. George Sperber, Paulo Soethe e Milton Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. De Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

JELLOUN, Tahar Ben. *O Islamismo explicado às crianças*. Trad. Constanca Egrejas. São Paulo: Edit. Unesp, 2011.

JULLIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas. Do universal ao multiculturalismo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2009.

JUVIN, Hervé e LIPOVETSKY, Gilles. *A Globalização Ocidental. Controvérsia sobre a cultura planetária*. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2012.

KYMLICKA, Will. *Cidadanía multicultural*. Trad. Carme Castells Auleda. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.

MASI, Domenico. *O Futuro Chegou. Modelos de vida para uma sociedade desorientada*. Trad. Marcelo Costa Sievers. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

MILLER, David y WALZER, Michael. (compiladores). *Pluralismo, Justiça e Igualdade*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. UFRGS, Porto Alegre, vol. 25, p. 109-120, 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *Faces do Multiculturalismo*. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *Direitos Fundamentais e Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SAID, Edward W. *Orientalismo*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, Edição de Bolso, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos. In SARMENTO, Daniel et al (Org.). In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel et al (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru, São Paulo: EDUSC, 1999.

TAYLOR, Charles. et alli. (org). A Política de reconhecimento. In: *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

WALZER, Michael. *Da Tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MULTICULTURALISMO, UNIVERSALISMO E DIREITOS HUMANOS

Vicente de Paulo Barretto*

O grande desafio para o entendimento das questões relativas à diversidade de culturas e sistemas políticos numa sociedade globalizada reside, antes de tudo, na fraca conceituação sobre o que estamos falando. Assim, a palavra multiculturalismo encobre diversos significados, que negariam, por exemplo, a ideia de universalismo e em consequência a consideração dos direitos humanos como uma categoria de direitos dotados dessa universalidade.

Para tanto desvendar o que se encontra por detrás da palavra multiculturalismo, talvez seja relevante distinguir as palavras “universal”, “uniforme” e “comum”. Universal é uma palavra inventada pelos gregos, como um conceito e um modo de ver a realidade; é uma palavra que expressa abstratamente um aspecto lógico, aquilo que se estende para além de culturas. E, também, expressa um aspecto jurídico, por meio da concepção do direito romano de cidadania e tem um aspecto teológico, na visão de São Paulo de “uma religião para todos os povos”. “Católico” é um termo grego que significa precisamente “universal”. Por sua vez, “uniforme” tem a ver com a identificação de costumes, hábitos e valores resultantes do processo de globalização. Nas palavras de François Julien, o “uniforme” é o duplo pervertido do universal e disseminado pela globalização.¹¹ Por fim, o “comum” é um conceito propriamente político, que não trabalha com categorias abstratas, mas refere-se à nossa experiência como membros de comunidades, que se abre para integrar número crescente de indivíduos. Mas como toda a comunidade pode tornar-se excludente e em vez de abrir-se a mais participação torna-se excludente sob a forma do “comunitarismo”.

O multiculturalismo, por expressar a diversidade de culturas, crenças, ideologias, sistemas políticos, econômicos e sociais encontrados na sociedade contemporânea, pressupõe a existência de normas que perpassem esses diferentes modos de pensar e de conviver. Os conflitos

* Livre-docente em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Pós-doutor pela *Maison des Sciences de l'Homme*, Paris. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decano da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

¹¹ JULIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 19-43.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

sociais, as guerras e a violência, comuns nas sociedades contemporâneas, ameaçam a chamada “difícil tolerância”, virtude social imprescindível para a convivência e a própria sobrevivência de uma sociedade global.¹²

Em virtude dessas negações, os direitos humanos assumiram o papel relevante de paradigma moral e jurídico para a construção de uma sociedade democrática global. Uma das indagações mais relevantes e recorrentes no debate político e na teoria do direito refere-se ao problema do universalismo dos direitos humanos. Os direitos humanos constituem-se numa categoria ético-jurídica com abrangência universal? Ou para serem entendidos como direitos devem responder somente às exigências de eficácia e validade, garantidas por um estado soberano?

Na história dos direitos humanos sempre esteve presente a indagação sobre a sua natureza ética e jurídica. Desde as proclamações revolucionárias do século XVIII, passando pelos debates sobre as relações do estado nacional com valores e direitos que se pretendem universais, durante os séculos XIX e XX, o tema tem-se constituído em referência central e obrigatória para a teoria ética, política e jurídica contemporânea. Esse debate tem servido, também, como arsenal ideológico para justificar e promover revoluções políticas e sociais. A teoria dos direitos humanos, que procura construir uma fundamentação racional para essa categoria de direitos, constitui-se, por outro lado, em etapa essencial e necessária no processo de sedimentação desses direitos. E o argumento central dessa teoria tem a ver com a sua fundamentação, pois será por meio dela que poderemos situá-los no contexto de uma sociedade multicultural, atribuindo-lhe ou não caráter universal.

Trata-se de responder a essas indagações de caráter ontológico, mas levando-se em conta que os direitos humanos não são manifestações abstratas da inteligência humana, mas encontram-se inseridos na situação histórica de cada cultura. Quando falamos de uma teoria dos direitos humanos, podemos estar fazendo referência a dois tipos de análise: em primeiro lugar, à teoria jurídica dessa categoria de direitos, que analisa o conjunto de tratados, convenções e legislações sobre o tema, bem como a regulação dos mecanismos, internacionais e nacionais, garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana; podemos também estar tratando na teoria dos direitos humanos da análise dos fundamentos desses direitos, tema que se torna central no contexto de uma sociedade planetária multicultural. A teoria dos direitos humanos implica, assim, na complementaridade necessária entre a reflexão teórica e a prática, pois não

¹² ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância – a coexistência de culturas em regimes democráticos*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

teria sentido a análise teórica e abstrata, que não levasse em consideração os problemas reais que afetam quotidianamente a pessoa humana neste início de século (discriminações sociais, políticas e religiosas, violação da liberdade, limpeza étnica, miséria, analfabetismo etc.). E, por outro lado, também, em aceitar como verdade última, universal e acabada, as injustas situações sociais do mundo contemporâneo. Torna-se, portanto, irrelevante o argumento de que a prática é o que importa na avaliação dos direitos humanos, pois esta se acha vinculada a argumentos teóricos, que sempre impulsionaram a concretização histórica dessa categoria de direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948, primeira formulação universal dos direitos humanos, foi antecedida por uma série de consultas a um grupo de filósofos, cientistas, juristas e intelectuais, que independente de crenças religiosas ou filiações políticas, concordaram sobre a redução do debate sobre os direitos humanos aos problemas referentes aos mecanismos garantidores desses direitos. Isto porque, como escreveu Jacques Maritain (1976), relator do texto final apresentado pela UNESCO às Nações Unidas, não poderia haver uma concordância a respeito dos fundamentos dos direitos humanos entre concepções religiosas, culturais e políticas diversas sobre a natureza da pessoa humana e da sociedade. O acordo entre culturas diferenciadas somente seria possível em torno de um conjunto de direitos mínimos e, principalmente, de mecanismos de controle garantidores dos direitos consagrados pelos estados signatários da Declaração.

Os autores da Declaração de 1948 rejeitavam, portanto, a possibilidade de haver um conjunto de direitos humanos universais, válidos, que fossem independentes de sua consagração nos textos constitucionais dos diferentes estados. Essa concepção teve como consequência reduzir o debate contemporâneo sobre o tema às indagações sobre a sua eficácia, como pretende Norberto Bobbio.¹³ O cerne da questão residiria para esse tipo de interpretação na eficácia ou não desses direitos, na capacidade de os estados fazerem respeitar o que se acha determinado nas declarações internacionais e nos textos constitucionais. Direitos humanos seriam, assim, princípios que perpassariam diferentes culturas, mas somente poderiam ser considerados como direitos, na medida em que fossem incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas foi enriquecida por pactos políticos e sociais, que acrescentaram número significativo de direitos políticos e sociais ao documento de 1948. Enquanto aumentava o número desses direitos, proclamados nos docu-

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-26.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

mentos internacionais, cresceram também as sistemáticas violações dos mesmos pelos próprios estados signatários da Declaração Universal e dos pactos subsequentes. Essa a razão pela qual, o tema dos fundamentos dos direitos humanos, até então considerado como superado, ainda que não resolvido, tornou-se obrigatório na agenda do pensamento social, político e jurídico contemporâneo. Verificou-se que o debate sobre a fundamentação racional e, portanto, sobre a natureza e validade universal dessa categoria de direitos, encontrava-se intimamente relacionado com a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema dos direitos humanos.¹⁴

A questão da legitimação universal dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata, e passou a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia. A razão nuclear para que se considere o problema dos fundamentos dos direitos humanos no mesmo patamar de importância analítica da sua positividade, encontra-se, portanto, no fato de que a eficácia dos direitos humanos se encontra ligada à sua fundamentação. Essa fundamentação, entretanto, não irá depender de sua positividade jurídica-institucional, mas de sua legitimação em função de suas raízes éticas. A dificuldade em justificar-se a universalidade dos direitos humanos em face da sociedade multicultural contemporânea, encontrada na teoria do direito reside, assim, em dois argumentos. O primeiro versa sobre a natureza mesma do direito, que no caso é identificada como a manifestação da vontade estatal; o segundo argumento procura elidir a importância dos valores éticos na construção dos laços de solidariedade como base da sociedade.¹⁵ O respeito aos direitos humanos ocorre, assim, em diversas etapas de sua positividade, sendo que a primeira, e que irá definir o escopo dentro do qual serão ou não respeitados, encontra-se na análise da sua fundamentação ética.

Um dos principais argumentos favoráveis à tese de que os direitos humanos não são universais, baseia-se na constatação empírica da existência de uma grande diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos. A pluralidade cultural, que se expressa nessa diversidade, tornou-se o nó górdio da leitura dos direitos humanos dentro de uma perspectiva universalista. O debate sobre o multiculturalismo e os direitos humanos, por sua vez, passou a repercutir na arena das controvérsias políticas da atualidade, em virtude de, na cultura Ocidental, a exclusão religiosa, social, econômica ou política sempre ter refletido a violação dessa categoria de direitos. Essas violações, entretanto, não representam a negação e a

¹⁴ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 110-111.

¹⁵ BENHABIB, Seyla. *Claims of culture*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 16.

rejeição dos direitos humanos, nem, também, a sua redução a ideais abstratos sem qualquer relevância política e social. A história tem demonstrado como os direitos humanos são ideias-força, que ao serem negados constituem-se em argumentos poderosos contra os próprios atos de prepotência, que os negam. Aceitar o argumento de que a diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos, que regulam de forma diferenciada uma mesma categoria de direitos, implica em retirar o caráter universal dos direitos humanos, é consequência, assim, de uma leitura simplificada da questão.

O debate sobre os direitos humanos na sociedade pluralista tem dois parâmetros de referência, que se explicitam em duas linhas de argumentação: a primeira, identificada com as origens iluministas das declarações revolucionárias do século XVIII, baseia-se na proclamação da existência de valores da pessoa humana, válidos em todos os quadrantes do planeta, que constituiriam o núcleo de resistência aos absolutismos; a segunda nega a possibilidade da fundamentação universal dos direitos humanos, identificando-os como uma manifestação do estado nacional de direito, instrumento único para a sua positivação. A primeira vertente da argumentação recebeu duas versões teóricas, uma expressa pelo monismo moral – que afirma a possibilidade da razão humana determinar os valores determinantes da melhor forma de vida para o homem, válidas para todas as sociedades - e a outra pelo universalismo mínimo – que reconhece a pluralidade moral, mas sustenta que esses diferentes sistemas podem ser avaliados em função de valores universais.¹⁶

A superação das insuficiências de ambos os entendimentos exige que se procure uma fundamentação dos direitos humanos por meio de argumentos racionais, baseados na observação empírica das diversas comunidades humanas, que permita identifica-los como uma categoria universal de direitos. Esse desafio tem sido respondido na teoria social contemporânea por universalistas e relativistas. A construção de uma teoria justificadora dos direitos humanos, que possa fundamentá-los e situá-los diante de sistemas e práticas morais diversas, supõe a superação dessa dicotomia, com vistas a demonstrar como na sociedade multicultural podem ou não subsistir valores universais. Para que seja possível a construção de um argumento universalista, que não fique prisioneiro do monismo moral, torna-se necessário não se abstrair das realidades sociais.

Neste sentido é que a construção do argumento do mínimo universal passa pelo reconhecimento de que é possível chegar-se a algumas

¹⁶ PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 128-159.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

características comuns dos seres humanos, características essas que servem de fundamento para o estabelecimento de uma sociedade sedimentada nos laços de solidariedade. Esse processo do descobrimento, no seio das diferentes culturas e sociedades, de quais as características comuns dos seres humanos somente pode ser realizado por meio de um diálogo intercultural, a ser realizado no contexto de uma democracia deliberativa, como proposto por Benhabib.¹⁷ Resulta então o que Habermas¹⁸ chamou da dupla face de Janus dos direitos humanos, de um lado é direito positivo e de outro expressa valores morais, como a liberdade, a igualdade e a solidariedade, que perpassam por diferentes formas os sistemas jurídicos nacionais.

¹⁷ BENHABIB, Seyla. *Claims of culture*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 167.

Referências

BENHABIB, Seyla. *The claims of culture*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JULIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARITAIN, Jacques. Introdução. In: Id. *Los derechos del hombre*. Barcelona: Editorial Laia, 1976.

PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância – a coexistência de culturas em regimes democráticos*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

AMÉRICA LATINA E ESPAÇO CULTURAL: A CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA DA CULTURA E A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE

Emerson de Lima Pinto*

Sumário: Introdução. 1. Estados nacionais, América Latina e espaço cultural. 2. Teoria da Constituição e a cultura constitucional. 3. Sociedade Pós-nacional e Constituição como ciência da cultura. Considerações Finais. Referências

Introdução

Ao amanhecer do século XXI verifica-se que nosso *Tempo*¹⁹ é presentificado por meio de embates culturais e políticos que afetam o processo de produção/reconhecimento do direito de modo significativo; experiências por meio de antagonismo ou aflição deram origem mudanças significativas na representação “das diferenças”, que não devem ser compreendidas apressadamente, como puro reflexo de traços culturais ou étnicos pré-estabelecidos. Importa formar o cuidado necessário com o enfrentamento à (*in*)tolerância étnica²⁰ onde os híbridos culturais que emergem da transformação histórica sejam entendidos e reconhecidos por meio da tradição na alma dos povos.

A globalização pode significar, de certa forma, uma violação ou ainda uma transgressão, que ocasiona rompimento de fronteiras afetando

* Advogado. Doutorando em Filosofia UNISINOS. Especialista em Ciências Penais PUC/RS. Especialista em História da Filosofia UNISINOS. Mestre em Direito Público UNISINOS. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no Curso de Direito UNISINOS e CESUCA. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Especialização em Direito Público /UNISINOS.

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. BARRETO, Vicente de Paulo (Coordenador). In. Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/São Paulo: Unisinos, 2006. São Leopoldo/São Paulo, 2006, p. 800; 802-3. “Tempo: É a sucessão contínua de instantes nos quais se se envolvem eventos e variações das coisas. Para teoria dos Sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre o passado e o futuro. Relaciona-se com a temporalidade jurídica: formas singulares adquiridas pelo Tempo em relação às diversidades de manifestação, processualização e auto-observação do Direito. (...) Heidegger no século XX, para se citar um filósofo contemporâneo, intitula o seu principal livro de O Ser e o Tempo. Porém, a tese proposta neste texto é a de que o Tempo é uma instituição social e nesse sentido para a sua configuração, existência, depende do Direito. O Direito é uma estrutura da forma de sociedade e assim se configura a continuidade e a descontinuidade da evolução da ação social na forma de sociedade dominante até o advento da globalização. (...) Do ponto de vista dogmático o Direito é um mecanismo de controle de nosso passado, de garantia do nosso passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro.”

²⁰ WALZER, Michel. Da Tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 104-6.

as mais diversas áreas, em que cada uma atua de acordo com as suas próprias condições de operação, que produz as suas regras, procedimentos normativos e procura com isso neutralizar eventuais interferências de outros sistemas. E pensar sobre essa perspectiva também é urgente na tentativa de evitar a construção de abismos entre os seres humanos.

O sistema constitucional moderno apresenta-se como um sistema constituinte abarcado pela historicidade cultural, ou seja, a Constituição como cultura. Abrange muito mais que uma simples visão política de um Estado, mas sim se refere a temas que são de grande valia para o direito constitucional, tais como, as garantias dos direitos fundamentais, dos direitos humanos dos cidadãos abre-se a reflexão que envolve questões como os Estados Nacionais, o espaço cultural na América latina, bem como, a relevância da cultura no processo de construção da identidade e da Constituição como ciência da cultura como elementos conformadores de uma perspectiva crítica da Teoria da Constituição.

1. Estados Nacionais, América Latina e Espaço Cultural

A trajetória constitucional da América Latina é pensada por Moran²¹ que (re)lembra nossa limitada tradição histórica e jurídica em comparação à Europa.²² Desde Simon Bolívar existe uma tradição proto-constitucional e a necessidade da compreensão da construção constitucional como americanos de *países periféricos*,²³ que precisam resgatar ou (re)construir uma identidade continental que compreenda uma nova percepção das funções da Constituição deve ser construída no continente.

A transformação dos Estados Nacionais e a realidade do tempo dos *Estados pós-nacional*²⁴ trouxe como consequência prática o esvazia-

²¹ MORÁN, David Pantoja. La idea de Soberanía en el Constitucionalismo Latino-americano. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973, p. 87-8.

²² CANOTILHO, J.J.Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 201-3.

²³ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Quinhentos Anos de Periferia: Uma contribuição ao estudo da política internacional. 2. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade, 2000, p. 18-9.

²⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 284. Fala-se, com efeito, de “direito constitucional integrado”, “Estado nacionais supranacionais”, de “constitucionalismo pós-nacional”, de “estado constitucional cooperativamente aberto”, de “estados constitucionais abertos”. Por sua vez, as constituições dos estados “supranacionalizaram-se” ou “internacionalizaram-se”. Quer isto dizer, que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas dos Estados e das Constituições só lograrão reconhecimento jurídico e políticos se integrados no “direito constitucional internacional.”

mento teórico que era nutrido pela *consciência histórica efetual*²⁵ que deverá se (re)constituir como oposição argumentativa da *situação hermenêutica* que nos autoriza a (re)pensar nossa tradição constitucional americana. Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de início para avaliar determinados temas como Constituição e constitucionalismo, não há consciência hermenêutica pré-concebida. A constatação de que a *atual situação hermenêutica continental*²⁶ é caracterizada pela (in)existência de uma consciência histórica efetual *uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos* que ainda possa ser compreendida como verdade para o pensamento original dos países periféricos latino-americanos.

Garreton²⁷ (re)coloca com segurança o fato de que a cultura exerce papel conformador das sociedades por meio de sua atividade política, do entendimento, da expansão e universalização das identidades locais. O modelo de *modernidade do ocidente*²⁸ é acentuado de modo intenso e reprodutivo no continente latino-americano, referenciado na “ideia” e no “projeto” cidadão. Além de todas as identidades particulares, delineava-se a base a partir da qual se gerava a nação, o cidadão, que fazia a convivência de todas as diferenças era subsumido na realidade hegemônica. A modernidade ocidental afastou o Estado Social da *função de meio de inclusão social*²⁹ com a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentários, mas também, por meio da destruição, (des)conhecimento, exclusão, (des)valorização de culturas e identidades particulares. Os países

²⁵ FRUCHON, Pierre. O Problema da Consciência Histórica Gadamer. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998.

²⁶ STEIN, Ernildo. Aproximações Sobre Hermenêutica. Coleção Filosofia 40. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 67 “Situação hermenêutica é uma espécie de “lugar” que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático. Portanto, este lugar que cada investigador atinge, a partir do qual ele pode fazer uma investigação sistemática em um determinado amplo. Ela no fundo, ‘e a aspiração de qualquer pesquisador. Só que em geral nós não gastamos tempo a vagar para avaliar o “lugar” de competência que atingimos para abordar um determinado tema.”

²⁷ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coorditador) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 23-5. (...) En el caso latinoamericano, hubo un momento histórico largo en el cual política ocupó casi todo el espacio de la vida social, por supuesto con diferencias nacionales importantísimas que se referían al carácter institucional o supra institucional, representativo o movilizador, partidario o personalizado de esa política. Hoy, la política que ocupaba casi todo, há dejado de hacerlo. La cultura, en algún sentido, pareciera estar reemplazando a la política.

²⁸ IANNI, Octavio. A Sociedade Global. Civilização Brasileira, p. 70-1.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. A governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social. In. Entre Discursos e Culturas Jurídicas. Stydia Ivridica 89. Lisboa: Coimbra, 2006, p. 147-50.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

centrais têm conquistado e imposto uma noção de cidadão que subordina a essa enorme diversidade de identidades afastando-se de seu grande projeto de humanidade³⁰ que consagrava direitos universais.³¹

As transformações da América Latina³² neste século são analisadas por Garretón³³ na medida em que observam o mundo ser definido em função de blocos econômicos, políticos e, principalmente culturais, que tem proporcionado o ressurgimento da ideia de criação de um espaço cultural latino-americano vinculado em parte ao *ibero-americano*³⁴. Em razão das transformações que têm afetado a América Latina e os processos que modelaram a cultura ocidental hegemônica produtora de uma compreensão de Teoria da Constituição tem configurando os desafios para integrar-se a este mundo geocultural, entretanto, a atual cultura não se constitui mais em reflexo da *economia globalizada e da política*³⁵, mas sim em campo próprio de lutas para a construção de um modelo cultural e de sociedade que se institua por meio das Constituições originalmente americanas.

³⁰ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coeditor) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 25-7: “La cultura se recoloca, así, en la medida en que las identidades surgen y también en la medida en que la razón instrumental, tanto en su sentido más noble de la ciencia-tecnología como en las dimensiones tecnocráticas y de mercado, es la que entra a configurar los nuevos tejidos, las nuevas redes, y a definir lo que vale o no vale, o sea, lo que se incluye y lo que se excluye. (...) En la concepción predominante del desarrollo, hasta hace poco, tanto en la política como en las ciencias sociales, por muy diversas que fueran las teorías y políticas al respecto, no aparece una visión autónoma de la dimensión cultural. Esta visión sólo era parcialmente criticada con la idea de “factores culturales” del desarrollo. (grifo nosso)

³¹ BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. p. 231-2. FERRAJOLI, Luigi (Org.). In. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

³² LEÃO, Rebató Zerbini Ribeiro. Os Direitos Econômicos Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 59-60; 87; 92. O autor apresenta com propriedade o processo de transformação e reconhecimento de diversos direitos, inclusive, o cultural na América Latina e traz a preocupação com os Direitos Humanos de grupos sociais integrantes de nossa sociedade que apresentam um grande grau de vulnerabilidade frente ao processo de globalização nas recentes democracias americanas.

³³ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coeditor) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003. p. 42. Finalmente, la crisis del modelo de modernidad asociado a la modernización occidental y de cultura de masas norteamericana, predominante en nuestra cultura o, al menos, en las élites dirigentes, y el reconocimiento de fórmulas propias e híbridas de modernidad. (grifo nosso)

³⁴ VILLAR, Ernesto de La Torre & LAGUARDIA, Jorge Mario García. Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad nacional autónoma de México: México, 1976, p. 225; 235-6.

³⁵ FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 281-3; 291-2.

O futuro dos países latino-americanos Garretón³⁶ assevera o momento de dificuldade que as culturas locais atravessam diante da (des)agregação de valores nacionais e da construção de democracias políticas, a democratização social, a (re)formulação do processo de desenvolvimento e o dever de formar processos próprios de racionalidade dentro da modernidade. O tema da identidade latino-americana e de cada uma das sociedades da região tem sido uma forma de (re)constituir a dimensão cultural da sociedade, (re)conhecendo não apenas seu caráter autônomo, mas também gerador de ação histórica, oculta nas tramas institucionais. Sobre o tema Hall³⁷ assevera:

Para aqueles/as teóricos/as que acreditam que as identidades modernas estão entrando em colapso, o argumento se desenvolve da seguinte forma. **Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX. Isso está fragmentado as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, nos tinham fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais.** (...) Esta perda de um “sentido em si” estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento ou descentração do sujeito. **Esse duplo deslocamento - descentração dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural quando de si mesmos - constitui uma “crise de identidade” para o indivíduo.** (...) Esses processos de mudança, tomados em conjunto, representam um processo de transformação tão fundamental e abrangente que somos compelidos a perguntar se não é a **própria modernidade que está sendo transformada.** (grifo nosso)

Precisamos potencializar o dinâmico processo de construção da identidade latino-americana e o espaço destinado às pessoas de modo individual e coletivo, bem como, das instituições. Garretón³⁸ mostra a dificuldade anterior existente em razão dos ambientes caudilhescos e

³⁶ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coorditador) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 44-6.

³⁷ HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 9-10.

³⁸ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coorditador) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 57-8. Desde este punto de vista, el concepto de identidad se relativiza y desubstancializa, perdiendo su lastre ontológico y apuntando a una dialéctica continua de la tradición y la novedad, de la coherencia y la dispersión, de lo propio y lo ajeno, de lo que se ha sido y lo que se puede ser.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

autoritários e, principalmente, agora com a globalização que possui seu próprio processo universalista midiático onde a identidade é a expressão cultural do pertencimento a um espaço por parte de indivíduos e coletividades que não se fundam nos pressupostos configuradores do Estado dos clássicos da Teoria do Estado e da Constituição.

Mas, além da discussão sobre a essência de uma identidade, o que interessa neste aspecto é assumir a questão latino-americana, não apenas de um olhar externo dos efeitos da globalização, bem como de um olhar interno, e dos modos particulares e comuns de inserção naquela. E, como falar em identidade? Quais as condições em que tal debate se apresenta? E, nesse sentido, Hall³⁹ demonstra a complexidade do problema a ser enfrentado não encontram respostas seguras; e, nesse sentido, o autor esclarece que suas formulações são provisórias e abertas à contestação, mas que a opinião dentro da comunidade sociológica está ainda profundamente dividida quanto a esses assuntos e às tendências são demasiadamente recentes e ambíguas. O conceito de “identidade” é complexo, pouco desenvolvido e de compreensão reduzida na ciência social para ser definitivamente posto à prova. Aliás, como muitos outros *fenômenos sociais* são difíceis oferecer afirmações conclusivas ou fazer julgamentos seguros sobre as alegações e proposições teóricas que estão sendo apresentadas.

A identidade na América Latina⁴⁰ como elemento construtor de um paradigma cultural que pode ser relevante para o constitucionalismo periférico contemporâneo. Garretton traz a lume a multiplicidade e diversidade dos processos culturais envolvidos na “formação” de nossa história, o que resulta na problematização no que concerne à questão da identidade cultural Hall⁴¹ que explora três vertentes teóricas a respeito da *identidade*. E, neste processo conflitivo/cultural que precisa ser desenvolvido pelo constitucionalismo contemporâneo que deve trilhar caminho no sentido de uma identidade original. Os limites acerca da diferença cultural

³⁹ HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 9-10.

⁴⁰ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coeditor) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 59-60: “Lo cierto es que históricamente, desde la Conquista hasta hoy día, se há producido un largo y diversificado proceso de apropiación e integración cultural y no se puede, por lo tanto, hablar de un núcleo cultural endógeno incontaminado, puro, en estado virgen. Lo latinoamericano, pues, no es algo hecho o acabado, sino algo que estaría constantemente haciéndose.

⁴¹ HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 10.

não podem ser compreendidos como um problema para o processo civilizatório que o constitucionalismo busca afirmar, tampouco, esvaziando as funções de uma Constituição como cultura que (re)construa na unidade dentro das diversidades de uma sociedade.

2. Teoria da Constituição e a Cultura Constitucional

A cultura têm tanta possibilidade de ser consensual quanto conflituosa; pode trazer perturbação sobre nossas pré-definições de tradição e de modernidade, (re)alinhando os limites comuns entre o espaço público e o privado, bem como, desafiar as expectativas normativas de desenvolvimento e progresso que fazem parte da difícil teorização acerca da Constituição contemporânea normatizada cada vez mais a partir de princípios e valores superadores de uma antiga visão exclusivista que entendia existir uma visão global. A constatação do que ocorreu ou do que ocorre na realidade espalha pelo constitucionalismo e o significado da Constituição (como unidade) por toda uma parte uma dupla crise das programações e instrumentos teóricos onde o processo que determina um angustiante (des)aparecimento de princípios universais é um aspecto da situação presente, visto que não se é preparado a questionar modelos teóricos, e hoje se impõe pensar o plural de sistemas inter-relacionados ou sedimentados que apesar das lições de Heller-Häberle não tem sido (re)pensados pelos juristas tendo em vista nosso Estado pós-nacional (des)territorializado e cosmopolita.

A aproximação se faz necessária entre a cultura como processo transformador do modelo estatal/estatista que hegemoniza a cultura jurídica constitucional de modo tradicional a partir do modelo dogmático implícito ao monopólio de produção do direito que recai sobre Kelsen e seus discípulos frente à contribuição de Delmas-Marty⁴² no que se refere ao pluralismo por ela assumido como fonte do direito dentro a partir de uma perspectiva aberta. E, com o fenômeno da *estatização* da *Teoria da Constituição*,⁴³ a importância que a sociedade (re)conhecia na Constituição

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 110-1.

⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Almedina, 1998, p. 1246-7. “ **A Teoria da Constituição é, porém, mais do que uma teoria política e uma teoria científica do Direito Constitucional.** Aspira ainda a ser estatuto teórico de uma *teoria crítica e normativa da Constituição*. Isto num triplo sentido: (1) **como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma constituição nos momentos constitucionais;** (2) **como fonte de descoberta** das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários *modelos constitucionais;* (3) **como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais procurando evitar que os seus prejuízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos e éticos afetem a racionalidade e razoabilidade indispen-**

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

e no Estado Nacional Constitucional encontra-se obscurecida. Na origem da moderna forma estatal, tem-se que a transição do Medievo, para o Estado (moderno) só foi possível visto que houve uma ruptura política de carácter cultural substancial, sendo que tais mudanças foram, posteriormente, plasmadas, nas Constituições, destes Estados, os quais incorporaram as formulações de natureza cultural, política e econômica então consolidadas nas Cartas Políticas de modo histórico que se expressaram de modo *positivista-constitucional*,⁴⁴ que para aquela época foi uma conquista, hoje (in)suficiente para as nossas necessidades.

A constatação de que apenas sua previsão jurídica era (in)suficiente quanto elemento assegurador da realização destes mesmos direitos (que é verdade ampliaram os direitos e garantias individuais próprios da construção civilizatória observável no pensamento liberal para as demais gerações nos Estados Sociais, mas também no Estado Contemporâneo), bem como, a própria (in)suficiência no plano teórico, uma vez que tal processo limitou-se a (re)forçar a Constituição estatal e o constitucionalismo historicista como sendo suficiente sua ação sobre o Estado (no sentido de contê-lo ou de provocar-lhe a fim de garantir os direitos compromissários ao Estado garantidor) e abandonou a reflexão acerca dos fenômenos inerentes à sociedade que é destinatária da Constituição, e não se garantiu a esta um agir adequado à sua (in)corporação ativa de um contexto de transformação-ruptura a uma sociedade constitucional com maior protagonismo da sociedade civil estaria mais próximos da (re)construção de uma Constituição material.

O *pluralismo*⁴⁵ sempre existente na sociedade que não pode ser reduzido apenas quanto a regra democrática que garanta à diversidade de partidos políticos deixou de ser uma preocupação dos teóricos da Constituição, mas sim como *centro produtor do Direito*.⁴⁶ A cultura como elemento formador fundamental, e em disputa como valor primevo da Constituição, teve resgate em Bonavides⁴⁷ (2004 e Häberle,⁴⁸ contudo, ao nosso sentir, o momento de sua maior potencialização e sistematização foram

sáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito democrático-constitucional.” (grifo nosso)

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁵ CITTADINO, Gisele. Pluralismo Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 159.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um Direito Comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-7; 83-4.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta, p. 15-6.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos interpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.

durante o período de *Weimar*⁴⁹ e foi interrompido quando do falecimento de Heller, que demonstrava notável generosidade em seus pensamentos, detinha originalidade e embrionária contribuição sobre a (in)corporação da Ciência da Cultura como elemento formador da Teoria da Constituição e procurou refletir integrando a sociedade à Constituição de modo concreto, e não apenas abstrato-representativo nos apresentando a gênese de uma Constituição aberta.

3. Sociedade Pós-Nacional e Constituição como Ciência da Cultura

Nas sociedades pós-nacionais, compreende-se a *Ciência da Cultura*⁵⁰ como alternativa construtivista de uma Constituição aberta e adequada a compreender a complexidade de uma nova forma humana de convivência que prescinde das antigas fronteiras dos Estados Nacionais. A transnacionalização e a supra nacionalização pressupõem uma urgente reação humanista que poderá ser estabelecida a partir das Constituições dos Estados, desde que estes (re)fundem sua Constituição e, ao fazê-lo, introduzam uma cultura constitucional que não afirme no contratualismo liberal clássico sua única forma de existir no plano formal-textual, a partir da constatação de que a cultura como fator de produção da *identidade nacional* está em uma conjuntura (des)favorável.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185-8.

⁵⁰ SALDANHA, Nelson. *A Tradição Humanística: ensaio sobre filosofia social e Teoria da Cultura*. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Editora Universitária, 1981. "A cultura, quer no sentido sociológico e antropológico - conjunto integrado de elementos que perfazem o patrimônio vital de determinado grupo -, quer no histórico, como entidade portadora de um padrão existencial próprio e figurando como protagonista da evolução humana, cultura é sempre uma totalidade e é sempre algo ligado a valores: algo cujo "ser, ou cujo "significado" pode encontrar-se expressado em elementos materiais mas não se confunde com a materialidade destes" p. 37. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre JOU, 1968. p. 56-7 "O objeto da Ciência da Cultura é, pois, aquela parte do mundo físico que podemos considerar como formação humana para um fim. Nem toda a realidade que o homem põe em prática interessa aos Estudos das Ciências da Cultura, mas tão somente a que nos permite descobrir na mesma a marca da ação humana. (...) Este compreender característico das Ciências da Cultura constitui uma espécie singular da apreensão do objeto, e a sua singularidade consiste em que as transformações que tem lugar no mundo são concebidas do ponto de vista dos fins do homem. "Compreendemos a cultura só porque nós mesmos somos uns pedaços de cultura."; HÄBERLE, Peter. *Teoria de La Constitución como Ciencia de La Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 24-5. (...) Según una hoy ya clásica definición de E. B. Tylor, se entiende por **cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada. Otras definiciones hablaran a su vez de <<legados sociales>>**. (R. Linton) o de >>conjuntos de una tradición social>> (LOWIE)." (grifo nosso)

Em Häberle⁵¹ a cultura se apresenta da seguinte forma:

Tales conceptos indican que la cultura global de un determinado médio se halla repleta de subdivisiones internas a ambos niveles, vertical y horizontal, siendo así que aquellos pensadores que atribuyeron un determinado peso específico a ciertos modelos culturales repetitivos (patterns) escribieron que toda cultura se compone de un conjunto de arquetipos de conducta explícitos e implícitos, adquiridos y transmitidos mediante símbolos, que representan los logros típicos de cada uno de sus grupos humanos, incluyendo igualmente sus técnicas materiales (...) Los elementos **centrales más relevantes de la cultura son los siguientes: la cultura debe ser contemplada primero a nivel histórico; en cuanto a su tradición y legados sociales; segundo, a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo cada uno de los respectivos valores ideales de conducta; tercero, a nivel psicológico; como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto como costumbres seculares; cuarto, a nivel estructural, entendido éste como conjunto de modelos de organización de la propia cultura**, o bien a nivel genético. (grifo nosso)

A perspectiva de Constituição como cultura de Verdú⁵² nos parece mais formal, entretanto, impõe-se (re)lembrar sua descrição a fim de que possamos refletir criticamente sobre a mesma a fim de destacarmos sua eventual contribuição a compreensão da constituição como ciência da cultura. A Constituição, ao se apresentar como espaço privilegiado da afirmação da *ciência da cultura*,⁵³ terá o condão de (re)agrupar os diversos segmentos sociais integrantes de um determinado território e agrupar a *cidadania cosmopolita*,⁵⁴ incluindo-os a partir de suas convergências; apesar de suas diferenças, de forma a (re)legitimar a própria noção de consenso fundamental indispensável à vida em comunidade. Esta (re)fundação constitucional pressupõe um Estado Constitucional ativo e dirigente (no plano local e nacional) e uma sociedade civil organizada que

⁵¹ HÄBERLE, Peter. Teoría de La Constitución como Ciencia de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 25.

⁵² VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de La Constitución como Ciência Cultural. 2 edición. Madrid: DYKINSON, 1998, p. 270, 272.

⁵³ SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19-38 O Autor com muita propriedade desenvolve uma reflexão sobre a compressão da ciência da cultura abordando os elementos como Constituição e Cultura, realidade e valores que são de impar relevância para nossa Constituição como Ciência da Cultura, bem como a ordem dos valores e o mundo da cultura. Nestas páginas SILVA apresenta um debate além de uma discussão dogmática em relação aos bens jurídicos e que busca contextualizar a cultura dentro de um universo de saberes mais amplo.

⁵⁴ CITTADINO, Gisele. Pluralismo Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 90.

expresse uma cidadania ativa e cosmopolita que tenha possibilidade de incidir na condução da sociedade no Espaço Pós-Nacional como no passado, em determinados momentos, mostrou vigor sob a égide dos Estados Nacionais.

O conceito de cultura política de Baquero⁵⁵ deve ser considerado como uma referência importante para o aprofundamento da democracia formal e uma possibilidade de alargamento dos espaços de participação direta e semidireta do povo no processo decisório. A preocupação do referido autor consiste na potencialização de exemplos de construção democrática popular nos espaços locais como alternativa de resistência constitucional ao processo de *globalização*.⁵⁶ A *diversidade cultural*⁵⁷ dentro dos Estados nacionais tem múltiplas formas de expressão, incluindo o multiétnico, o *multicultural*,⁵⁸ o religioso, o pertencimento a classes e categorias sociais, de gênero e de idade, o urbano o rural, o regional, além das novas e desafiadoras identidades de tipo transnacional.

O debate acerca da cultura tem-se tornado um dos mais empolgantes nas últimas décadas; sobre a dinamicidade do conceito de cultura, são trazidas lições do antropólogo Laraia,⁵⁹ que esclarece que existem dois tipos de mudança cultural: uma que é interna, que resulta da dinâmica do próprio sistema cultural (dinâmico) e a mutação pode ser lenta, quase

⁵⁵ BAQUERO, Marcelo & CASTRO, Henrique Carlos de O. A erosão das bases democráticas: um estudo de cultura política. In: ID. Condicionamentos da Consolidação Democrática: ética, mídia e cultura política. (Org.) BAQUERO, Marcelo. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, 1996, p. 19-20.

⁵⁶ IANNI, Octavio. A Sociedade Global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 127-9.

⁵⁷ GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coeditador) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVARAZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003. p. 62. De este modo, la necesidad del espacio cultural no está desvinculada de las realidades democráticas, políticas, institucionales, internacionales, económicas y sociales de nuestro tiempo.

⁵⁸ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Quinhentos Anos de Periferia. 2. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: UFRGS/Contraponto, 2000, p. 139 "A luta pela multiculturalidade é indispensável na estratégia de redução de disparidade, de construção da democracia e de redução das vulnerabilidades externas. É essencial para contratestar a ofensiva ideológica que procura demonstrar quotidianamente a inexorabilidade e benemerência da globalização na realidade, assimétrica e concentradora) e a inevitabilidade do caminho único de subordinação a estruturas hegemônicas.

⁵⁹ LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 96". Mas também, pode ser um processo menos radical, ode a troca de padrões culturais ocorre sem grandes traumas. (...) este segundo tipo de mudança, além de ser o mais estudado, é o mais atuante na maior parte das sociedades humanas. É praticamente impossível imaginar a existência de um sistema cultural que seja afetado apenas mudança interna. Isto somente seria possível no caso, quase absurdo, de um povo totalmente isolado dos demais. Por isto, a mudança proveniente de causas externas mereceu sempre uma grande atenção por parte dos antropólogos."

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

imperceptível para o observador que não tenha o suporte de bons dados diacrônicos e o ritmo; porém, pode ser alterada por eventos históricos, tais como uma catástrofe, uma grande inovação tecnológica ou uma dramática situação de contato; e uma segunda que é o resultado do contato de um sistema cultural com outro que pode ser mais rápido e brusco e representar uma verdadeira catástrofe face à perda de identidade e de referenciais.

Sobre o papel que a cultura exerce como formadora de símbolos e reflexo das mudanças estruturais é analisada por Certeau⁶⁰ do seguinte modo:

Mas do que conjunto de valores que devem ser defendidos ou ideias que devem ser promovidas, a cultura tem hoje a conotação de um trabalho que deve ser realizado em toda a extensão da vida social. Por esse motivo, impõe-se uma operação preliminar que vise a determinar, no fluxo fecundo da cultura: um funcionamento social, uma topografia de questões ou tópica, um campo de possibilidades estratégicas e das implicações políticas. (...) As indagações, as organizações e as ações ditas culturais representam ao mesmo tempo sintomas e respostas com relação a mudanças estruturais na sociedade. A interpretação desses signos, cuja espécie prolifera, remete inicialmente ao seu funcionamento social. (grifo nosso)

A compreensão da ciência da cultura como fundamento primevo da Constituição deverá sobrepujar a noção de Constituição como um instrumento estatista (fundada no contratualismo), e uma visão formalista do Estado como protagonista central no mundo em um espaço pós-nacional, impondo uma (re)engenharia política na sociedade e, paralelamente, uma (re)fundação constitucional que (re)avalié as funções clássicas do texto fundamental frente à *transnacionalização*,⁶¹ à supranacionalização dos Estados e seus reflexos para uma cidadania cosmopolita que poderá, inclusive, (re)legitimar o próprio poder político no Estado Democrático de Direito nas sociedades de capitalismo *periférico*⁶² (re)vitalizando o Estado e superando o *problema da simbolização*⁶³ da Constituição há muito alertado por Canotilho.

⁶⁰ CERTEAU, Michel. A Cultura no Plural. Campinas, São Paulo: Papyros, 1995, p. 191-6. Coleção Travessia do Século.

⁶¹ LLORENTE, Francisco Rubio. O constitucionalismo dos Estados da Europa. In. ALMEIDA FILHO, Agassiz & PINTO FILHO, Francisco Bvilac Moreira. Constitucionalismo e Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 321-2.

⁶² BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na periferia do capitalismo: Breves indagações críticas. In. AVELÃS NUNES, Antônio José & COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 268-9.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina: Coimbra, 1998, p. 1262.

Nos últimos dois séculos do mundo capitalista ocidental, a relação economia-política-cultural implica em refletir na formação e desenvolvimento de sociedades; contudo, se seu êxito relativo das sociedades capitalistas mundiais tem sido de uma economia que se tem forjado com a *cultura e a política*, e se essa simbiose formou, a seu turno, equilíbrios, regulações e contradições entre mercados e outras dimensões das sociedades, isso se faz muito mais crítico em momentos como este nas *sociedades periféricas*⁶⁴ como as sociedades latino-americanas são afetadas por decisões políticas e econômicas adotadas por países centrais. Entretanto, vislumbra-se a melhor adequação em nosso atual período aquela que se refere ao sujeito *pós-moderno*,⁶⁵ conceitualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente, tornando-se uma celebração móvel: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos *sistemas culturais*⁶⁶ que nos rodeiam.

Assim sendo, devemos refletir, na esteira de Agra,⁶⁷ sobre o *Republicanismo* e a sua motivação política que pode representar a

⁶⁴ JAMESON, Fredric. *As Sementes do Tempo*. São Paulo: Ática, 1997, p. 34. "Portanto, aqui também, mas em nível social e histórico, a temporalidade que a modernização prometia (em suas várias formas produtivistas, capitalistas e comunistas) foi eclipsada em benefício de uma nova condição, na qual a antiga temporalidade não existe mais, deixando uma aparência de mudanças ao acaso, as quais são meramente um a estase, uma desordem posterior ao fim da história. Enquanto isso é como se o que costumava ser caracterizado como Terceiro Mundo tivesse penetrado os interstícios do Primeiro, uma vez que este último também se desmoderna e desindustrializa, empregando à antiga alteridade colonial algo da identidade centrada da antiga metrópole."

⁶⁵ EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 7. "A palavra pós-modernismo refere-se em geral a uma forma de cultura contemporânea, enquanto o termo pós-modernidade alude a um período histórico específico. Pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas da verdade, razão, identidade e objetividade, a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de que explicação".

⁶⁶ HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 12-3. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um "eu" coerente. Dentro de nós a identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. (...) A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, na medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar - ao menos temporariamente.

⁶⁷ AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Estado e Constituição. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112-3: "O Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível a população de forma indistinta, ao fazer com que cada cidadão se sinta co-responsável pelas decisões escolhidas e ao estabelecer o sentido de res publica como standart para a conduta

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

(re)afirmação necessária de uma forma de Estado que ofereça resistência concreta ao processo desagregador em curso a partir da globalização da economia, uma vez que ainda assegura a sociedade como um instrumento indispensável na afirmação de valores e princípios democratizantes e que (re)afirma a *humanidade como valor básico do Estado Constitucional*,⁶⁸ a legitimação dos direitos humanos e a necessidade de uma democracia qualificada. E, dentro do processo de afirmação de uma Teoria da Cultura Constitucional, o *costume constitucional*⁶⁹ é um elemento a ser compreendido, pois integra a referida “cultura” de modo mais específico.

Busca-se resgatar o pensamento de Heller,⁷⁰ que deu origem à nossa procura da compreensão acerca da Constituição como Cultura em sua obra Teoria do Estado que, ao nosso sentir, constitui-se em marco do pensamento constitucional que agora tem dispensado tratamento adequado dos constitucionalistas e, nesse sentido, inicia a busca de uma Constituição que não seja meramente estatal/estatista:

A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem complementando-se a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica. Na força normalizadora das normas sociais apóiam-se principalmente a permanência e a generalização temporal e pessoal da normalidade e, com isso, a permanência da Constituição (cf. acima, pp. 232 e seg.). (...) Só se podem criar uma continuidade constitucional e um status político se o criador da norma se considerar também ligado por certas decisões, normativamente objetivadas, dos seus predecessores. Só mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível, isto é, em uma Constituição que dura além do momento presente. (grifo nosso)

dos agentes públicos. (...) O Republicanismo se mostra sim como uma das alternativas aos problemas que assolam a Pós-Modernidade.

⁶⁸ HABERLE, Peter. In: Direito e Legitimidade. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. São Paulo: Landy Editora 2003, p. 55-65. Aspectos más significativos de los susodichos ámbitos culturales que de por sí justificarían ya lo apropiado del término conceptual aquí acuñado de <<Constitución de la cultura>>, forman un baremo especial en lo que a autonomía, libertad y distanciamiento de la coercibilidad estatal se refiere, a consecuencia de lo cual adquiere una especial relevancia la propia comprensión de los implicados en el proceso cultural interpretativo de cualquier <<Constitución cultural>>.(...) a) En las cláusulas generales y específicas de Derecho público referidas a la cultura; b) En los objetivos educacionales y de formación; c) En los elencos sobre competencias de la Federación; d) En las disposiciones relativas a los derechos fundamentales; e) En lo que se há denominado <<Derecho cultural municipal de rango constitucional>> como parte del soporte pluralista de la cultura.”

⁶⁹ CONDE, Enrique Álvarez. Curso de Derecho Constitucional. v. I. Madrid: Tecnos, 1999, p. 261-2.

⁷⁰ HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 300-1.

Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa *compreensão*,⁷¹ mas, de outra forma, explicitados e analisados, (re)considerados e (re)interpretados passam a ser o próprio impulso fundamental do desenvolvimento da compreensão de um novo constitucionalismo e de uma Teoria da Constituição superadora de nossa tradição constitucional eurocentrica. Nesse sentido, acoplada na ideia da consciência histórica efetual está uma ideia que nos liga à situação hermenêutica periférica e latino-americana. E, por essa razão, o pensamento de Heller⁷² pode trazer luz ao tema visto que traz a noção crítica de que a constituição estatal/estatista como (de)formadora do pensamento constitucional e propugna por uma Constituição Política Total que possuía dois conteúdos parciais: a Constituição não-normada e a normada e, dentro desta, a normada juridicamente e a extra juridicamente defendendo com vigor a (im)possibilidade da separação em dinâmico e estático, a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição (re)provando uma noção positivista e dogmatista acerca da Constituição.

Considerações Finais

Entendemos por Constituição estatista/estatal como: - a percepção hegemônica no Direito Constitucional que trata a Constituição como sendo o instrumento fundamental do Estado, pois, compreendemos que na medida em que a cultura constitucional vigente e dominante tem estabelecido uma dinâmica na qual a Constituição ao organizar o Poder Político do Estado e fornecer instrumentos legitimadores partindo de uma democracia formal-procedimentalista. No entanto, existe outra função ignorada pela tradição constitucional que se impõe há muito tempo que consiste na formação de uma cultura constitucional que se afirme na *Sociedade* um sentimento constitucional que com ela torne-se partícipe da construção de uma sociedade humanizada.

A potencialidade de construção de uma democracia substancial da cultura como ciência e a Constituição como cultura é um desafio para a sociedade, principalmente, em razão dos países periféricos que se encon-

⁷¹ STEIN, Ernildo. Aproximações Sobre Hermenêutica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 72-3. Coleção Filosofia 40. "Mas se a hermenêutica filosófica trabalha a questão da arte, da história e da linguagem, o sentido, então também ali temos que falar de uma certa semântica. Não uma semântica igual àquela que fundamenta as proposições ao nível lógico-semântico. (...)

Nos argumentos logicistas contra a tradição hermenêutica, aparentemente Gadamer estaria recusando a utilização ou a incorporação da questão da verdade, assim como ela é definida a partir das análises lógicas. É claro que não é só isso que acontece. (...) o acontecer da história, o ontoligar-se na linguagem parecem apontar para uma outra verdade. (grifo nosso)

⁷² HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296-7.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

tram hegemonizados por uma *tradição europeia* que dista de nossa realidade político-jurídico e institucional. Se o Estado já hegemonizado por movimentos liberalizantes e (des)regulamentadores afasta-se de seu papel institucional construído desde o início do século XX e provoca uma (trans)formação negativa. E, nos *Estados Nacionais* as dinâmicas culturais expressavam-se na transferência de espaços de soberania nacional para comunidades regionais e locais, que reclamavam mais poder, no tempo que afloravam em algumas ocasiões identidades culturais e nacionalismos que pedem uma (re) formulação do nacional para aceitar a diversidade imposta pela globalização na pós-modernidade ou uma espécie de resistência cultural aos fenômenos pós-nacionais.

Nossa reflexão busca promover deslocamentos preliminares que visam melhor elucidar a compreensão de alguns âmbitos de atuação dos efeitos da globalização no Estado e suas consequências para a Constituição, vitimados pelo processo social e econômico em curso, sejam elas emanadas no momento de sua produção, sejam elas emanadas no momento de sua aplicação em um novo modelo de *espaço*⁷³ resultante de um Estado Pós-Nacional que tomba diante das concepções econômicas emanadas da mundialização no qual a América latina como espaço de construção de identidade plural tem muito a contribuir com o diálogo cultural constitucional global. A constituição como ciência da cultura guarda proximidade com a reflexão original multicultural latino-americana e nosso constitucionalismo pode (re)aprender com nossa tradição e com Heller como forma elaborada resistência/construção teórica eurocêntrica constitucional.

⁷³ HARLEY, David. *Condição Pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 257-8. “A aceleração do tempo de giro na produção envolve acelerações paralelas na troca e no consumo. Sistemas aperfeiçoados de comunicação e de fluxo de informações, associados com racionalizações nas técnicas de distribuição (empacotamento, controle de estoques, conteirirização, retorno do mercado etc.) possibilitaram a circulação de mercadorias no mercado a uma velocidade maior.”

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo. Estado e Constituição*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BAQUERO, Marcelo & CASTRO, Henrique Carlos de O. A erosão das bases democráticas: um estudo de cultura política. In: ID. *Condicionamentos da Consolidação Democrática: ética, mídia e cultura política*. (Org.) BAQUERO, Marcelo. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoria de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. p.231-2. FERRAJOLI, Luigi (Org.). In: *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. A governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social. In: *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Stydia Ivridica 89. Lisboa: Coimbra, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CERTEAU, Michel. *A Cultura no Plural*. Coleção Travessia do Século. Campinas, São Paulo: Papyros, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. v. I. Madrid: Tecnos, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do Pós-modernismo*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRUCHON, Pierre. *O Problema da Consciência Histórica Gadamer*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998.

GARRETÓN, Manuel Antônio. (Coorditador) & MATIN-BARBERO, Jesús; CAVAROZZI, Marcelo; CANCLINI, Néstor García; RUIZ-GIMÉNEZ, Guadalupe; STAVENHAGEN, Rodolfo. In: *El Espacio Cultural Latinoamericano: Bases para una política cultural de integración*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos Anos de Periferia*. 2. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Universidade/UFRGS/Contraponto, 2000.

HABERLE, Peter. In: *Direito e Legitimidade*. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. São Paulo: Landy Editora, 2003.

_____. *Teoría de La Constitución como Ciencia de La Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HARLEY, David. *Condição Pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre JOU, 1968.

IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

JAMESON, Fredric. *As Sementes do Tempo*. São Paulo: Ática, 1997.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

LEÃO, Rebató Zerbini Ribeiro. *Os Direitos Econômicos Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

LLORENTE, Francisco Rubio. O constitucionalismo dos Estados da Europa. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz & PINTO FILHO, Francisco Bvilac Moreira. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORÁN, David Pantoja. *La Idea de Soberanía En el Constitucionalismo Latino-americano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo. BARRETO, Vicente de Paulo (Coordenador). In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SALDANHA, Nelson. *A Tradição Humanística: ensaio sobre filosofia social e Teoria da Cultura*. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Editora Universitária, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Coleção Filosofia 40, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2 edición. Madrid: Dykinson, 1998.

VILLAR, Ernesto de La Torre & LAGUARDIA, Jorge Mario García. *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad nacional autónoma de México, 1976.

WALZER, Michel. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIÁLOGO INTERCULTURAL: DESAFIOS E LIMITES NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS UNIVERSAIS NO CENÁRIO CULTURAL GLOBAL

Aline Andrighetto*
Joseane Mariéle Schuck Pinto**

Sumário: Introdução. 1. A universalidade dos direitos humanos e o diálogo intercultural. 2. Diversidade cultural frente aos desafios de reconhecimento. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O presente ensaio objetiva analisar a polêmica e complexa questão que envolve a universalidade dos direitos humanos no cenário internacional, cuja concepção é oriunda do mundo ocidental com a filosofia e a cultura liberal. Dentre suas principais metas, vale mencionar as noções de culturas diferenciadas no regime de direitos humanos, e a busca por métodos mais democráticos para a formulação de direitos, expandindo a noção dos direitos de autodeterminação, direitos dos povos indígenas, das minorias e dos migrantes, direito ao desenvolvimento, direitos econômicos, sociais, étnicos e culturais, bem como os direitos relativos à diferença sexual.

O regime de direitos humanos possui uma visão diferenciada da globalização, e se preocupa com temas como justiça social e solidariedade. Estes constituem-se em mecanismos eficazes e à disposição de grupos vulneráveis e das vítimas de diferentes tipos de opressão e violência. Em sua versão mais hegemônica o regime de direitos humanos é um instrumento de homogeneização e, por isso, “tende a suprir culturas que não sejam dominantes na emergência da teoria moderna de direitos; existe, no entanto, a possibilidade de ser estendido a outros valores e a outras culturas” (GHAI, 2010, p. 566).

* Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Santo Ângelo. Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí); Email: alineandrighetto@gmail.com.

** Advogada. Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais pela mesma Universidade. Membro do grupo Núcleo de Direitos Humanos (NDH), na mesma instituição. Bolsista Fundo de Apoio Padre Milton Valente Unisinos.
E-mail: joseane.ms@terra.com.br.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A abordagem mais produtiva do Direito, contudo, consiste no desenvolvimento equilibrado de um quadro de direitos que dizem respeito a problemas como desigualdade e opressão com exploração da dimensão cultural dos direitos, e se dá mediante a promoção de direitos de grupos e garantia de direitos iguais para todos.

No que referem a Direitos Culturais, as Nações Unidas, dentro do limite que lhe é cabido, iniciaram um trabalho, que trata sobre o regime internacional de direitos, em que enfatizam os direitos individuais e evitam cuidadosamente conferir direitos, no sentido de conferir poderes a determinados grupos, demonstrando reconhecimento das bases culturais e étnicas. Como exemplo pode-se mencionar o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o mais importante nas Nações Unidas em prol das minorias. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tem interpretado de modo positivo o fato de que para se desenvolver os direitos coletivos das minorias é preciso definir algumas obrigações positivas para os Estados. O Comitê reconhece que alguns assuntos contidos no art. 27 do Pacto visam à sobrevivência e ao desenvolvimento continuado da identidade cultural, religiosa e social das minorias.

Como consequência desse desenvolvimento surgiu o regime de direitos humanos, o qual não é centrado apenas no indivíduo, mas inclui normas de justiça social e de direitos econômicos. Os direitos humanos não são alheios às diferenças culturais, atacam a pobreza e a alienação, enquanto o conceito de igualdade é enriquecido de modo a incluir em seu bojo a discriminação positiva e os direitos coletivos. Neste sentido, o reconhecimento do multiculturalismo foi uma resposta às reivindicações de vários povos, pois grupos multiculturais apresentaram suas reivindicações no âmbito de diferentes paradigmas de direitos, como: indivíduo e grupo, igualdade e preferência, e uniformidade e identidade. Taylor menciona que “a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome dos grupos minoritários ou subalternos, em algumas manifestações de feminismo e naquilo que agora na política se designa multiculturalismo” (1994, p. 45). A partir daí surgiram acordos constitucionais em sociedades multiétnicas, exigindo um equilíbrio de interesses.

1. A Universalidade dos Direitos Humanos e o Diálogo Intercultural

Primeiramente, vale referir um breve percurso constitucional acerca do processo de desenvolvimento da ideia de direitos humanos, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas, quais sejam: a primeira anterior ao *Virginia Bill of Rights* e à *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 1789, caracterizada por uma relativa cegueira

em relação à ideia dos direitos do homem; a outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais (CANOTILHO, 1999, p. 356).

Em relação ao sistema geral de proteção dos direitos humanos, a *International Bill of Rights* consiste em normas protetivas que são endereçadas a todas e qualquer pessoa genericamente concebida, bem como garante adicional proteção dos direitos humanos quando as instituições nacionais falham nessa função, assim refere-se ao fortalecimento da instituição do júri e veio reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, expressos até hoje pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas e cruéis (COMPARATO, 2003, p. 93).

No que tange o referencial histórico, é na Declaração de Direitos do século XVIII, também chamada de Declarações de Direitos de Virgínia, que temos o marco inicial dos direitos humanos, onde esta prevê a, ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos, corroborada com a Declaração de Independência dos EUA e a abertura da Revolução Francesa, sendo que neste período, enquanto na Europa proclamavam-se os direitos universais, tomava um novo impulso o grande movimento de colonização e de exploração dos povos extra-europeus; assim, a grande parte da humanidade ficava excluída do gozo dos direitos.

Renato Saul sobre o a questão assevera que:

A emergência dos direitos humanos se confunde com os movimentos políticos e sociais que, a partir do século 17, desenharam o surgimento da sociedade moderna e sua consagração se verificou em episódios que marcaram definitivamente o curso da história universal. A revolução Americana com a afirmação dos direitos à vida, à liberdade e à busca da liberdade para todos os indivíduos, direitos integrados posteriormente à constituição do país, e a Revolução Francesa com a bandeira da liberdade, da igualdade e da fraternidade são exemplos de movimentos que empolgaram o mundo e inspiraram em diferentes regiões colonizadas os ideais de resistência e auto-organização (2000, p. 89).

É oportuno lembrar que a criação de um mercado mundial, foi possível graças à pilhagem e a drenagem de enormes recursos dos povos colonizados e a reintrodução em ampla escala da escravidão, onde fenômenos que contribuíram para o processo histórico da acumulação primitiva do capital, que deu o grande impulso à criação e expansão do sistema capitalista mundial.

No mesmo sentido Saul refere ainda que:

Essa contradição fundamental marca a trajetória posterior da formulação dos direitos humanos, de modo muito especial a sua fragmentação, em obediência à cronologia do processo de objetivação da normatização jurídica. Nem a celebração dos direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade contidos no ideário da Revolução Americana impediu a exclusão dos indígenas e outros contingentes étnicos do direito de resistir à espoliação e à opressão, nem tampouco o tríptico liberdade, igualdade e fraternidade conteve o ímpeto político e ideológico do conflito entre o humanismo burguês da primeira época e as necessidades do desenvolvimento da propriedade privada através da manutenção e da ampliação da massa de não proprietários (SAUL, 2000, p. 90).

Nota-se que a emergência dos direitos humanos se confunde com os movimentos políticos e sociais a partir do século 17, com a Revolução Americana, em que os direitos à vida e a liberdade a todos prevalecia e com a Revolução Francesa, cujo ideário era a liberdade/fraternidade/igualdade. O cenário destes movimentos se originou das novas condições de vida que surgiram a partir da difusão do processo de industrialização e do crescimento acelerado das aglomerações urbanas. Desta forma, a afirmação das liberdades individuais eram movimentos em que se manifestavam as contradições que define o caráter histórico dos direitos humanos, e estas refletem no processo de separação entre a propriedade e o trabalho, que por sua vez, prioriza os valores individuais e as liberdades civis, ou seja, uma sociedade civil de cunho individualista. Tal contradição cria um novo problema, qual seja: o individual face o coletivo, o que marcará fortemente a trajetória da formulação dos direitos humanos.

Ainda, a Constituição Francesa de 1848, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais, porém a plena afirmação de novos direitos humanos veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917, bem como com a Constituição de Weimar de 1919 (BERCOVICI, 2003, p. 14).

O conceito de direitos humanos formulado juridicamente como prerrogativa é geralmente aceito como advindo de origem ocidental, pois a tradição dominante de direitos humanos, civis e políticos, vêm da filosofia ocidental europeia e esta ligada ao liberalismo. Os direitos são inerentes ao indivíduo e o protegem das ações do Estado.

Percebe-se que o conceito de direitos humanos formulado juridicamente como prerrogativa é geralmente aceito como origem ocidental, pois a tradição dominante de direitos humanos, civis e políticos, vêm da

filosofia ocidental e esta ligada ao liberalismo, portanto são direitos inerentes ao indivíduo e o protegem das ações do Estado. Mas, diante das frequentes violações aos direitos humanos no cenário global, resta comprovado que não há uma forma efetiva de controle e de punição no caso de descumprimento por parte do Estado violador, o que põe em dúvida a efetividade e eficácia da proteção de tais direitos, principalmente quando estes Estados atuam de forma enérgica em nome da proteção dos direitos humanos.

No âmbito do contexto da globalização, importante referir a definição proposta por Santos, vejamos: “a globalização é um processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”. (SANTOS, 2003, p. 433).

De acordo com Ghai:

Os direitos humanos são o desafio mais coerente e poderoso à ideologia da globalização. A globalização é orientada para o indivíduo, glorifica a cobiça e os incentivos aos indivíduos, ao mesmo tempo que trata as pessoas como mercadorias (trabalho) ou como consumidores, que é guiada pelo lucro, fragmenta e destrói comunidades, apropria-se de bens comuns, produz vulnerabilidade e insegurança sem valores comuns. A globalização baseia-se monopólios e hierarquias. Por outro lado, o regime de direitos humanos enfatiza a democracia e a participação, a solidariedade, a ação coletiva e a responsabilidade, e procura assegurar as necessidades básicas, a dignidade, o reconhecimento social e a segurança (2010, p. 565-66).

Dessa forma, nota-se que a globalização terá ramificações no cenário internacional no sentido de que poderá ora ser vislumbrada como um localismo globalizado, onde determinado fenômeno local é globalizado, como por exemplo, a disseminação da língua inglesa pelo mundo; e um globalismo localizado caracterizado por práticas transnacionais impostas nas condições locais, como por exemplo, a compra pelos países em desenvolvimento de lixos tóxicos produzidos por países centrais, e em consequência a especialização destes últimos na prática de localismos globalizados, enquanto resta aos países periféricos a atuação na condição de globalismo localizado (SANTOS, 2003, p. 434-36).

Neste contexto de localismos e globalismos, a temática dos direitos humanos como universais se torna ainda mais complexa, uma vez que as condições culturais ora podem ser identificadas como forma de globalização hegemônica, ora como globalização contra-hegemônica, no mesmo sentido Santos assevera que:

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento de choque de civilizações, ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo. A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de globalização contra-hegemônica os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como culturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo (2003, p. 436).

Em que pese à concepção contemporânea ocidental de direitos humanos objetivar uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais, indivisíveis e inalienáveis, nos quais toda pessoa humana é titular de direitos iguais, sabe-se que tais direitos não são universais em sua aplicabilidade, assim como houve a necessidade de se criar uma divisão regional dentro do sistema global de proteção aos direitos humanos, se buscando, portanto a elaboração de instrumentos regionais, tais como o sistema americano, europeu e africano, capaz de proteger os indivíduos da violação de seus direitos.

A cultura não ocidental não concebe em seu sistema de proteção os direitos humanos como sendo universais, sendo esta uma concepção particular da cultura ocidental na qual tenta manter o seu discurso dominante no cenário global. Um exemplo disso é a Declaração Universal de 1948, concebida pós Segunda Guerra Mundial, não contando com a participação da maioria dos povos, tendo por pilar o direito de propriedade e o direito econômico, formulada, portanto, para servir aos interesses dos países capitalistas hegemônicos.

Vindo ao encontro a lição de Santos sobre a questão:

Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir a Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, que foram avaliadas com revoltante duplicidade de critérios. Escrevendo em 1981 sobre a manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação social, Richard Falk identifica uma 'política de invisibilidade' e uma 'política de supervisibilidade'. Como exemplos da política de invisibilidade menciona Falk a

ocultação total pela mídia das notícias sobre o trágico genocídio do povo Maubere em Timor Leste (que ceifou mais de 300 mil vidas) (...). A verdade é que o mesmo pode dizer-se dos países da União Européia, sendo o exemplo mais gritante justamente o silêncio mantido sobre o genocídio do povo Maubere, escondido dos europeus durante uma década, assim facilitando o contínuo e próspero comércio com a Indonésia (SANTOS, 2003, p. 440).

Ademais, o modelo universalista do Estado-nação é criticado pelo pensador multiculturalista Taylor que propugna por um estado democrático e multicultural, sendo defensor do diálogo permanente com as comunidades culturais e grupos étnicos (2013). Assim, nota-se que as culturas almejam valores universais no que diz respeito à dignidade humana, mas o universalismo em forma de localismos globalizados, isto é, imposto pela cultura ocidental às demais culturas deve ser repensado, eis que cada cultura possui a sua especificidade e sua complexidade, principalmente em relação à concepção oriental de cultura, que pode ser pensada por meio da dificuldade de se pensar em uma noção islâmica de direitos humanos. Vindo corroborar o recente caso ocorrido no Sudão, no qual o Poder Judiciário condenou à morte por enforcamento uma mulher muçulmana acusada de apostasia - abandono da religião - depois que ela se afastou do Islã para se casar com um cristão.⁷⁴ Percebe-se, que o país ao lançar condenação pelo fato ocorrido, ou seja, pela ausência de liberdade de religião por parte da condenada possui outra forma de conceber a dignidade humana, diferentemente da concepção ocidental.

Segundo menciona Douzinas, os direitos humanos podem ser verificados a partir de perspectivas distintas: uma subjetiva e outra institucional, as quais ajudam a constituir o sujeito (jurídico) livre e ao mesmo tempo subordinado a lei, sendo considerados um discurso e prática poderosa no Direito Nacional e no Internacional (2009, p.6).

Ainda, após o atentado ocorrido em 2001, em Nova York, a Unesco em Conferência aprova a Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural, destacando que o diálogo intercultural é o meio mais adequado para promoção da paz, da tolerância e do respeito ao outro, vejamos:

Art. 4º da Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural: A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais,

⁷⁴ Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140515_sudao_pena_morte_religiao_fn.shtml. Acesso em: 15 mai. 2014.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

De acordo com Santos (2003, p. 442-58) é possível que haja uma transformação, no sentido de que a concepção ocidental respeite às diversidades culturais, e a partir de uma reconceitualização dos direitos humanos, por meio da hermenêutica diatópica, que consiste na constatação de que não se deve analisar uma cultura, a partir de outra, sendo primordial a ocorrência do diálogo. O multiculturalismo “pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003, p. 458).

Assim, é primordial que a concepção ocidental de direitos humanos busque pelo equilíbrio da universalidade, pelo diálogo, reconhecendo direitos que se apresentem universalmente, respeitando as particularidades, assim como deve basear-se na interação, na troca, fazendo do diálogo intercultural o processo pelo qual se avançará na proteção e efetividade dos direitos humanos, um desafio a ser enfrentado pelo mundo global.

A efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada por meio de processos políticos de âmbito nacional e, no caso de algum tipo de fragilização por parte do Estado, estes também são atingidos. Os direitos humanos da atualidade aspiram um conhecimento mundial e podem ser considerados os pilares fundamentais de uma política pós-nacional. Falar em cultura e religião é se referir a diferenças, cujas fronteiras possam garantir formas de inclusão social. Para Santos, para poderem operar de acordo com o cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconhecidos como multiculturais. A relação entre competência global e legitimidade local é a pré-condição de uma política contra-hegemônica de direitos humanos, que exige sua transformação à luz do chamado *multiculturalismo emancipatório*.

Neste sentido, Santos afirma:

[...] existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (2003, p. 439).

Os estudos levam a crer, portanto, que a dimensão sociológica da universalidade dos direitos humanos tem se sobreposto à universalidade filosófica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um exemplo do reconhecimento de direitos da época (1948), que teve como prioridade os direitos coletivos, cívicos e políticos em desfavor dos direitos econômicos, sociais e culturais. Milhares de pessoas e de organizações não governamentais têm lutado pelos direitos humanos em todo o mundo, muitas vezes correndo grandes riscos em defesa de classes sociais e de grupos oprimidos, vítimas de Estados autoritários, de práticas econômicas excludentes e de políticas culturais discriminatórias. À medida que essas lutas e debates evoluem a um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre o princípio da dignidade da pessoa humana é natural que induzem movimentos no sentido de buscar valores máximos ou mínimos existenciais.

Segundo Taylor:

É no campo da justiça que as transformações seriam mais necessárias: não procuramos nós, e desde longa data, mas com tão pouco sucesso, opor a liberdade, a igualdade e a fraternidade a todas as forças de destruição do sujeito que se escondem (mal e mal) por trás da assustadora obrigação de defender a sociedade?(1994, p.127).

A busca por direitos humanos, pela defesa e promoção da dignidade humana não é mero pensamento, mas é prática da entrega moral, afetiva e emocional baseada na inconformidade e nas exigências de ações concretas por parte da sociedade. Uma concepção idealista de diálogo intercultural pode esquecer facilmente que tal diálogo só é possível por intermédio da troca de informações em contemporaneidades diferentes. Na verdade, cada um propõe a sua tradição histórica de cultura, e assim, quando diferentes culturas se envolvem partilham histórias de sociedades desiguais.

Santos comenta ainda que:

Em um tempo de intensificação das práticas sociais e culturais transnacionais o fechamento cultural é, quando muito, uma aspiração piedosa que na prática oculta e implicitamente aceita a 'fatalidade' de processos caóticos e incontroláveis de desestruturação, contaminação e hibridação cultural. Tais processos são baseados em relações de poder e em trocas culturais tão desiguais que o fechamento cultural se transforma na outra face da conquista cultural (2003, p.454).

Resta saber se a conquista cultural pode ser substituída por diálogos interculturais baseados em condições de mútuo acordo. As condi-

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ções do multiculturalismo podem variar no tempo e no espaço segundo as culturas envolvidas e as relações de poder entre elas. Parte-se do princípio de que a cultura seja completa no momento em que antecede o diálogo intercultural. Deve haver uma pré-compreensão advinda da consciência da cultura incompleta e deste pensamento nasce o impulso individual ou coletivo para o diálogo intercultural.

Sabe-se que as culturas possuem variedades e essa diversidade se aprofunda na medida em que progride a hermenêutica. “Das diferentes versões de uma dada cultura deve ser escolhida para o diálogo intercultural a que representa o círculo de reciprocidade mais amplo, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro”(SANTOS, 2003, p. 455).

Entre os debates acerca do tema direitos humanos, portanto, deve ser privilegiado o socialdemocrático, pois prega a igualdade e se estende ao campo econômico e social. Cabe a cada sociedade cultural decidir quando está pronta para o diálogo intercultural. Este tempo, da mesma forma como num diálogo intercultural, resulta de um acordo entre as sociedades envolvidas.

O processo histórico, cultural e político atua no sentido de permitir que a alteridade de uma determinada cultura se torne significativa para outra, sendo sua expressiva variação resultado do conjunto de outros fatores. Diz-se que as lutas de libertação e o pós-colonialismo foram de grande influência para a alteridade significativa. Com relação aos temas, “a convergência é muito difícil de alcançar, não só porque a tradução intelectual dos temas é inerente à problemática, mas também porque em todas as culturas há temas demasiado importantes para serem incluídos em um diálogo com outras culturas” (SANTOS, 2003, p.457). A maioria das comunidades culturais distribui os indivíduos e os grupos sociais segundo dois princípios de vínculo hierarquizado, ou seja, trocas entre desiguais ou grupos formalmente iguais, como raça e sexo, e as concepções rivais entre igualdade e diferença.

Nesse sentido, Honneth afirma:

A ‘honra’, a ‘dignidade’ ou, falando em termos modernos, o ‘status’ de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia social de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social as suas próprias capacidades. A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de

maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características (2003, p. 217).

O multiculturalismo pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado num mesmo patamar com o princípio do reconhecimento da diferença, o que permite concluir que todos os grupos sociais têm o direito de buscar o reconhecimento da igualdade.

2. Diversidade Cultural frente aos Desafios de Reconhecimento

A Constituição Federal de 1988 teve papel de suma importância no processo de democratização e de consolidação dos direitos humanos no Brasil. Isto porque tanto o Brasil como os demais países da América Latina encontravam-se diante de um duplo desafio: primeiro, romper com o legado autoritário de seus regimes ditatoriais, nos quais prevalecia uma baixa cultura de direitos humanos e, depois, consolidar o regime democrático e os direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Federal de 1988 representou a ruptura desse regime e deu início à consolidação da democracia, instaurando uma nova ordem política e institucional, marcada por uma forte preocupação com a proteção dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 aumentou o rol de direitos e garantias previstos em seu texto fundamental, levando o Estado brasileiro a reverter a sua percepção de deveres *do súdito* em obrigações *de cidadania*, com fundamento nos direitos dos cidadãos. Os direitos e garantias fundamentais encontram-se organizados no Título II da Constituição Federal de 1988 – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não foi sem razão que o princípio da dignidade humana passou a ser considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, com o entendimento de que, além de fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passou a ser igualmente fundamento das ordens jurídicas internas. Com isso, a Constituição Federal aumentou o seu rol de direitos e garantias, abarcando direitos civis e políticos, assim como direitos econômicos, sociais e culturais. Esta foi, portanto, a primeira Constituição a inserir em sua declaração de direitos, os direitos sociais que anteriormente encontravam-se esparsos pela ordem econômica e social.

Um aspecto importante da Constituição Federal de 1988 a ser considerado é o fato de ela prever uma série de princípios que passaram a reger o país em suas relações internacionais. Estes vieram a reforçar preocupações com a dignidade da pessoa humana, como o princípio da inde-

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

pendência nacional e o princípio da não intervenção e de defesa da paz, realçando uma visão internacional. Estas conquistas são fruto da consagração do princípio da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

O princípio dos direitos humanos, nas palavras de Piovesan (2007, p.40), invoca a abertura da ordem jurídica ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o engajamento do país tanto no processo de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto na integração destas regras no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, implica na assunção do compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente violados e no reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à soberania estatal.

No âmbito internacional é possível mencionar que a Carta Constitucional de 1988 transformou os Direitos Humanos em tema global, admitindo a preocupação para com seu povo e contribuindo para os interesses da sociedade mundial. O texto constitucional rompeu paradigmas trazidos pelas Constituições anteriores, e estabeleceu um regime jurídico diferenciado. Por intermédio de tratados foram fixadas novas normas e condutas, a exemplo do art. 5º, que atribuiu aos Direitos Humanos Internacionais à natureza de normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana, e os direitos e garantias fundamentais que passaram a fazer parte dos princípios constitucionais, exigindo justiça e valores étnicos como suporte do sistema jurídico brasileiro. Assim, pode-se constatar que o conceito de cidadania foi ampliado na medida em que aumentaram e foram incluídos os direitos internacionais e nacionais no cenário global dos direitos humanitários. Ademais, há uma relação de direitos e deveres entre os cidadãos, capaz de fazer jus ao Direito Internacional Global.

Os Estados-membros da Unesco adotaram por ocasião da Conferência de Geral de Paris, em 2001, a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, a qual passou a ter vigência em 2002, e inseriu em seu art. 1º a diversidade cultural como patrimônio da humanidade. Segundo Montiel (2003), este foi o primeiro acordo político de envergadura universal que buscou enquadrar de modo construtivo os efeitos da mundialização no âmbito da cultura. A Declaração reforça a ideia de que a cultura toma formas ao longo do tempo e do espaço e que a diversidade está incorporada na unicidade e pluralidade das identidades de grupos e sociedades que representam a riqueza da humanidade.

A diversidade cultural está posta como fonte de troca, inovação e criatividade da espécie humana. A diversidade cultural foi uma das bandeiras

ras internacionais que o Brasil defendeu em reuniões de organismos multilaterais, propondo garantias às culturas existentes. Tal ação gerou uma presença importante na redação final, aprovação do texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, e reafirmação da diversidade como direito dos povos e diálogo entre identidades culturais.

No Programa Cultural para o Desenvolvimento do Brasil, em 2006, o Ministério da Cultura pontuou a discussão sobre cultura em três aspectos, visando à construção de políticas públicas: cultura como expressão simbólica estética e antropológica; como direito e cidadania de todos os brasileiros; e como economia e produção de desenvolvimento. A expressão *cidadania cultural* diz respeito à luta pela superação de desigualdades, e ao reconhecimento das diferenças reais existentes entre as pessoas em suas dimensões sociais e culturais. A cidadania cultural se insere na perspectiva democrática, em que a cultura é vista como direito dos cidadãos, os quais possuem o direito de produzir cultura, usufruir os bens da cultura, a invenção de novos significados culturais, o direito à formação cultural e artística e o direito ao trabalho cultural.

A sociedade atual coloca desafios à democracia, a exemplo da capacidade de confirmar a consolidação da dignidade a todos os indivíduos e grupos sociais, na busca de satisfazer as necessidades universais.

Nesse sentido, Bertaso expressa sua preocupação:

Questões como diferenças étnicas, religiosas, de sexo, de representatividade das minorias, bem como os constantes fluxos migratórios que, de sua vez, também desafiavam a sociologia, a política, a filosofia e o direito, remetendo à problemática da realização da cidadania em sociedades multiculturais (2007, p.57).

O cenário social brasileiro construído por estudiosos supõe que exista em meio à democracia política um fator de caráter miscigenador, um povo misturado, mestiço, pluriétnico. Com a teoria do multiculturalismo pode-se afirmar que a linguagem possui importante papel no quesito reconhecimento, pois oferece aos negros, índios e mestiços do Brasil estrutura para que compreendam sua experiência ao longo dos tempos no que diz respeito à inclusão e à legitimação da sua realidade cultural. No período da Colonização do Brasil pelos portugueses viviam aqui uma centena de etnias indígenas e outras dezenas de etnias africanas foram trazidas para o país. Os portugueses vinham como titulares das armas que oprimiam e tiravam dos índios suas terras e suas vidas, escravizando-os. Tiravam também dos africanos toda a sua força social, retirando-os da

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

África e os transformando em escravos. A miscigenação que aconteceu foi resultado de uma mistura com muita violência.

É sabido que trocas de experiências fortalecem fronteiras de acordo com a visão de mundo que se incorpora ou se tenta incorporar. A dimensão antropológica do conceito de cultura visa à formação do homem como pessoa humana, à valorização de seu modo de viver, pensar, de suas manifestações simbólicas e materiais, e busca neste sentido ampliar-se de informações culturais, enriquecendo sua capacidade de agir sobre o mundo.

Gruman menciona que:

A diversidade não implica em aceitação incondicional dos modos de vida do “outro”, mas na compreensão que o “outro” tem suas razões para se comportar de tal ou qual maneira, de acreditar nisso ou naquilo, ainda que eu não considere a melhor maneira de se comportar ou de pensar (2012, p. 183).

Faz-se necessário então compreender que existe uma humanidade que exige valores comuns e imprescindíveis para a sociedade multicultural. A Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural reconhece o importante papel do diálogo intercultural, e trabalha a noção de diversidade cultural compartilhada com a humanidade comum, ou seja, “não somente a responsabilidade e um respeito para com *o outro*, mas também a crença na capacidade de compreender e amar *o outro*” (MONTIEL, 2003, p.44). As políticas que favorecem a inclusão e a participação de todos também promovem a coesão social, a melhoria da sociedade civil em termos humanitários. O pluralismo cultural pode representar uma resposta política e social à diversidade cultural, favorecendo a interação entre culturas e o desenvolvimento de capacidades que estimulam as sociedades, uma vez que a cultura apoia o desenvolvimento humano.

Ao se falar em diversidades culturais despontam estudos que revelam que as sociedades devem assumir formas de solidariedade humana capazes de transformar a globalização, cujo fenômeno pode mudar o mundo.

Considerações Finais

Depreende-se deste estudo que a sociedade poderá obter conhecimento se enriquecer as formas de vida humana, social e cultural. A democratização da cultura propõe alargar o acesso às emancipações tão vastas quanto possíveis, não se limitando à criação artística e sua democratização, mas estimular a criatividade cultural e propiciar a expressão cultural dos diversos grupos sociais.

A América Latina possui grande riqueza cultural e se vê obrigada a não renunciar as suas memórias. Deve, ao contrário, apreciar e compreender que a diversidade de culturas faz parte de um processo histórico vivido de informações, as quais surgem como formadoras de identidades da sociedade. O reconhecimento de identidades multiculturais deve assegurar o processo de participação da sociedade, pois ele não só se faz importante para a cultura que já está posta como para o processo de amadurecimento das sociedades globalizadas. Decorre daí a união entre cultura e desenvolvimento para o crescimento do ser humano.

Por fim, perante a existência de concepções diversas acerca do tema de direitos humanos, destacadas no texto, resta necessário a prevalência do diálogo, no sentido de que a perspectiva da universalidade, defendida pela concepção ocidental possa inserir-se no contexto de respeito às diversidades culturais, no qual o diálogo intercultural mostra-se imprescindível, a fim de que haja a construção global de uma sociedade internacional mais livre, justa e solidária.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo: SP, 2003.

BERTASO, João Martins. *Cidadania e demandas de igual dignidade: dimensão de reconhecimento na diversidade cultural*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria-política-direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. III ed. Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GHAI, Yash. *Globalização, multiculturalismo e direito*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

GRUMAN, Marcelo. *A Unesco e as políticas culturais no Brasil*. *Políticas Culturais em Revista*, vol. 2, num. 1, p. 174-186, 2008. Disponível em:

<<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/pulturais/article/viewFile/3343/2456>>. Acesso em: abr. 2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Pepa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MONTIEL, Edgar. *A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização*. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. 464 p. (Coleção Ciências Sociais).

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SAUL, Renato. *A nova economia e o déficit institucional dos direitos humanos*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 57/58, mai./jun., p. 87-115, 2000.

TAYLOR, Charles. *Taylor e o debate liberais-comunitários: a necessidade de uma fusão cultural permanente*, 2013. Disponível em:

<<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/519584-charles-taylor-e-o-debate-liberais-comunitarios-a-necessidade-de-uma-fusao-cultural-permanente>>. Acesso em: mar. 2014.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

IDENTIDADE CULTURAL, CONHECIMENTOS DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS LOCAIS E MULTICULTURALISMO: ANÁLISE DA SITUAÇÃO SÓCIO-JURÍDICA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Amanda Siqueira da Silva *

Giselda Siqueira da Silva Schneider **

Sumário: Introdução. 1. As comunidades tradicionais ou locais no Brasil. 2. A proteção à identidade cultural, aos conhecimentos tradicionais e a biodiversidade. 3. O multiculturalismo e a Constituição Federal de 1988. 4. A efetividade dos direitos indígenas no Brasil diante dos dados de violência. Considerações finais. Referências.

Introdução

O Brasil é um país multicultural, com uma diversidade étnica a enriquecer a sociedade nacional, seja pelo patrimônio cultural ou ainda pelos conhecimentos tradicionais dos diversos grupos sociais que o compõe, entre os quais os povos indígenas. Os indígenas formaram as comunidades locais nativas, que sofreram brutalmente com a ação e a colonização dos europeus.

O tratamento jurídico dado aos índios ao longo da história do Brasil, reflexo de uma cultura discriminatória, intentava integrar o indígena à comunidade nacional, para tanto, negando a cultura indígena e o direito de ser e permanecer índio. O próprio Estatuto do Índio, lei n. 6.001/73, fundamentando-se em ideais integracionistas, visava eliminar gradualmente o elemento índio, para que este pudesse incorporar-se à comunidade nacional.

Com a Constituição Federal de 1988 tem-se uma evolução no tratamento jurídico indígena, reconhecendo-se a diferença deste povo, superando as ideias assimilacionistas e integracionistas das Cartas Constitucionais brasileiras anteriores, que não estendiam aos povos indígenas a titularidade de direitos como indivíduos, exceto se deixassem de serem ín-

* Mestre em História pela Universidade de Passo Fundo/RS, Professora de História e Artes do Ensino Fundamental II e Médio na Escola Cesi Viamópolis. E-mail: siqamanda@yahoo.com.br.

** Mestranda em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande/RS, Bolsista CAPES, Pesquisadora do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade – GTJUS/FURG, Mestranda em História pela Universidade de Passo Fundo/RS, Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Uniritter/RS, Advogada. E-mail: giseldasiqueira@hotmail.com.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

dios. Após 1988, “não é mais o índio que necessita entender e incorporar-se à sociedade brasileira, mas, sim, esta deve buscar entender os valores e concepções étnico-culturais de cada povo indígena localizado no Estado brasileiro”⁷⁵.

No entanto, a situação fática dos povos indígenas no Brasil ainda está longe da idealizada pela legislação constitucional vigente, pois ainda persiste a exploração e a discriminação a tais comunidades, como evidenciam dados recentes acerca da violência e desrespeito aos direitos indígenas. Fato que enseja a conjunção de esforços da sociedade como um todo, para realização da justiça social, a exemplo do que ocorre em alguns Estados latino-americanos, ao contemplar em suas Constituições, ideais e princípios de culturas milenares de grupos indígenas, na tentativa de superar a cultura colonialista que tende à homogeneização e universalização de valores.

Em virtude disso, que o presente estudo se dirige a pautar o tema da identidade cultural, dos conhecimentos das comunidades tradicionais e do multiculturalismo, com foco na análise dos povos indígenas e os direitos tutelados a partir da Constituição Federal de 1988. A pesquisa sobre os direitos indígenas faz-se imprescindível para análise acerca da efetividade dessas garantias frente aos dados de violência sofridos por esses grupos sociais.

1 As Comunidades Tradicionais ou Locais no Brasil

A definição de comunidades tradicionais ou locais passa pela dificuldade, ante o intenso debate no mundo sobre o significado dos termos “populações nativas”, “tribais”, “indígenas” e “tradicionais”. De acordo com a pesquisa de Antônio Carlos Diegues e Rinaldo Arruda “sociedades tradicionais” são:

[...] grupos humanos culturalmente diferenciados que historicamente reproduzem seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base em modos de cooperação social e formas específicas de relações com a natureza, caracterizados tradicionalmente pelo manejo sustentado do meio ambiente. Essa noção se refere tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos⁷⁶.

⁷⁵ MONTE, Marcos Antonio Lorencette. *O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil*. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 58.

⁷⁶ DIEGUES, Antonio Carlos. ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001, p. 22.

Nessa linha de raciocínio, as comunidades tradicionais caracterizam-se: pela dependência que estabelecem com os recursos naturais com os quais constroem seu modo de vida; pelo conhecimento aprofundado que mantêm com a natureza, transmitido de geração a geração de forma oral; pela noção de território e espaço onde o grupo se reproduz social e economicamente; pela moradia e ocupação do mesmo território por várias gerações; pela importância das atividades de subsistência, embora algumas comunidades estejam mais ou menos desenvolvidas na produção de mercadorias; pela importância de símbolos, mitos e rituais associados às atividades; pela utilização de tecnologias simples, com limitado impacto sobre o meio; pela auto-identificação ou pela identificação por outros de pertencer a uma cultura distinta.

No caso do Brasil, as populações indígenas são um exemplo expressivo de comunidade tradicional, existindo consenso quanto ao uso do termo “população indígena” ao indicar “etnia”, isto é, “povos que guardam uma continuidade histórica e cultural desde antes da conquista européia da América”⁷⁷. Aliás, no país o estabelecimento das terras indígenas demonstra o reconhecimento do direito histórico dessas populações a seus territórios.

O Brasil possui uma das maiores taxas de diversidade biológica do planeta, sendo como antes mencionado, um dos países com maior diversidade cultural. De acordo com o Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras da Universidade de São Paulo, o NUPAUB, encontram-se no país mais de 500 áreas indígenas reconhecidas pelo Estado. Nessas áreas vivem em torno de 200 sociedades indígenas, com culturas diferenciadas e que ao longo dos séculos de sua existência, desenvolveram formas de adaptação à variedade de ecossistemas presentes no território nacional⁷⁸.

A respeito do papel dos povos indígenas pela relação estabelecida com a natureza e o meio ambiente, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no seu princípio 22, destaca que:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável⁷⁹.

⁷⁷ DIEGUES; ARRUDA, 2001, p. 16.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁹ Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2014.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Logo, evidencia-se a importância do reconhecimento das comunidades tradicionais e de seus conhecimentos para o meio ambiente. E embora alguns avanços legais, a falta de fiscalização aos territórios indígenas e aos conhecimentos dessas comunidades põe em risco a sobrevivência e os próprios propósitos de conservação de tais grupos. Ocorre que em função dos interesses econômicos aliados ao desrespeito à identidade e a cultura dos grupos indígenas a exploração de multinacionais em tais territórios faz-se recorrente. O interesse de tais empresas consiste na riqueza da biodiversidade nacional e dos conhecimentos que as comunidades tradicionais possuem e que foram adquiridos a partir da sua vivência e interação com os ecossistemas. Além disso, vive-se um momento de crise⁸⁰ provocada pelos modelos de desenvolvimento econômico que caracterizam e definem a sociedade atual⁸¹.

Na relação das comunidades tradicionais com a natureza existem alguns elementos importantes a serem destacados, entre outros. O primeiro diz respeito à noção de território. O território dessas sociedades difere daquele das sociedades urbanas industriais, pois nele encontram os meios de subsistência, trabalho e produção, além dos meios de produzir os aspectos materiais das relações sociais. Então, o território é o espaço de reprodução econômica, das relações sociais e também “o *locus* das representações e do imaginário mitológico dessas sociedades tradicionais”⁸².

Outro elemento diferencial, na análise dessas culturas tradicionais, refere-se ao sistema de manejo dos recursos naturais de acordo com os ciclos naturais. Assim, a exploração de tais recursos vai dar-se dentro da capacidade de recuperação das espécies de animais e plantas utilizadas. Tal exploração econômica pauta-se nos conhecimentos adquiridos pela tradição herdada dos mais velhos, “por intermédio de mitos e símbolos que levam à manutenção e ao uso sustentado dos ecossistemas naturais”⁸³.

Dessa forma, torna-se evidente que as comunidades tradicionais possuem um meio de se relacionar com o meio ambiente que preserva os ecossistemas, ao retirar da natureza os recursos necessários apenas para

⁸⁰ Aponta-se o estudo de BIRNFELD, Carlos André. *Cidadania Ecológica*. Pelotas: Delfos, 2006, p. 77, ao refletir que a destruição ecológica apresenta-se como a mais nova face da crise contemporânea e da qual emerge a necessidade de uma dimensão ecológica da cidadania.

⁸¹ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 681-700, set, 2011, p. 690.

⁸² DIEGUES; ARRUDA, 2001, p. 21.

⁸³ *Ibid.*, p. 20.

seu sustento. Denotam um profundo respeito os ritmos de renovação e equilíbrio do sistema, o que infelizmente muitas vezes é visto pelas sociedades modernas, como práticas improdutivas⁸⁴.

Nesse momento, em que a manutenção da diversidade biológica ganha grande destaque, diante das preocupações com a conservação da própria vida no planeta, merece atenção a relação das comunidades tradicionais com a questão da preservação da diversidade biológica. Até porque a perda da diversidade pode implicar na própria extinção da sobrevivência cultural dessas populações.

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) foi assinada pelo Brasil em 1992, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e ratificada pelo Congresso Nacional em 1994⁸⁵. A CDB configura-se num importante instrumento de proteção à biodiversidade e às diversas culturas indígenas presentes no país.

2. A Proteção à Identidade Cultural, aos Conhecimentos Tradicionais e a Biodiversidade

No âmbito do direito internacional é visível a preocupação e a consequente proteção aos conhecimentos das comunidades tradicionais, uma vez que há consenso acerca da importância das diversas culturas milenares e seus saberes para o desenvolvimento sustentável e a conservação da biodiversidade. Encontram-se uma série de instrumentos normativos internacionais que reconhecem os direitos das comunidades indígenas, como a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a que se fez alusão anteriormente.

O reconhecimento da pluriétnicidade e da pluriculturalidade presente na formação da maioria dos Estados latino-americanos evidencia que tais Estados não possuem uma composição homogênea, embora a herança da cultura colonial que tenta homogeneizar e universalizar valores desprezando tais questões culturais. Portanto, reconhecer os diferentes grupos culturais e originários na formação desses Estados, torna-se imprescindível para o respeito e a garantia da dignidade humana⁸⁶.

⁸⁴CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: DIEGUES, Antonio Carlos (Org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. 2ª ed. São Paulo: Anablume, 2000, p. 166.

⁸⁵ A Convenção da Diversidade Biológica foi assinada pelo Brasil durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1994, promulgada pelo presidente da República pelo Decreto n. 2.519/1998.

⁸⁶ SPAREMBERGER; COLAÇO, 2011, p. 682.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

No tocante a identidade nacional ou cultural⁸⁷, Jayme Paviani⁸⁸ refere que a identidade de um povo ou de uma cultura aponta para um conjunto de costumes, valores, obras e elementos socioculturais, tais como a língua e a religião. Conforme o autor, o conceito de identidade nacional pode implicar num instrumento equivocado da realidade cultural de um povo, considerando que toda a identidade constrói-se sobre a diferença. Logo, a busca pela identidade não pode dar-se sem as diferenças.

Exatamente no entendimento da questão da diferença que os estudos com base no multiculturalismo podem contribuir. Sparenberger e Colaço defendem que na diferença reside o cerne das discussões acerca da identidade⁸⁹. A diferença como processo humano e social é fruto do processo histórico, constituindo-se ao mesmo tempo resultado e condição transitória. Será resultado ao considerar o passado e ao privilegiar o processo que resultou em diferença. Será condição transitória ao privilegiar a continuidade da dinâmica, que irá constituir uma dinâmica posterior⁹⁰.

De acordo com Andrea Semprini a partir da diferença, o multiculturalismo lança a problemática do lugar e dos direitos das minorias em relação à maioria, ao discutir a questão da identidade e de seu reconhecimento, como explica:

A emergência de uma minoria depende não somente do fato, para o grupo em questão, de chegar a se perceber como uma “minoria”, ou seja, como uma formação social apresentando suficientes traços comuns para adquirir homogeneidade pelo fato de conquistar uma visibilidade externa e chegar a ser percebido como “minoraria” pelo espaço social circundante⁹¹.

Logo, a afirmação da identidade de um grupo representante de uma minoria excluída é também a afirmação de sua história, conforme refere Carolina Kretzmann⁹², o que perpassa pelo seu modo de vida, costumes, mitos e crenças, língua compartilhada e conhecimentos gerados no interior do grupo.

⁸⁷ Nesse sentido, a teoria de Charles Taylor a respeito da identidade e das políticas de reconhecimento na obra *Multiculturalismo*, 1997.

⁸⁸ PAVIANI, Jayme. *Cultura, humanismo e globalização*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2004.

⁸⁹ SPARENBERGER; COLAÇO, 2011, p. 684.

⁹⁰ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru, SP: Edusc, 1999, p. 58.

⁹¹ *Ibid.*, p. 59.

⁹² KRETZMANN, Carolina Giordani. *Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2007, p. 77.

Esse reconhecimento pelo outro para a pesquisadora, “engloba também o próprio reconhecimento e a consciência que o grupo detém enquanto parte de uma coletividade, que possui dignidade e valores capazes de construir e perpetuar uma história”⁹³.

Ao tratar do reconhecimento das minorias, a questão da dignidade da pessoa humana assume função fundamental e é princípio esculpido na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 1º, inciso III. De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário garantir o respeito à dignidade ao indivíduo enquanto componente de um grupo cultural específico e mais, garantindo-se também a dignidade a essa coletividade.

O respeito à identidade cultural e aos conhecimentos das comunidades tradicionais implicam na realização da dignidade da pessoa humana na esfera dessas comunidades, conforme as preciosas lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objetos de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças⁹⁴.

Dessa forma, a proteção às comunidades tradicionais consolida-se na garantia à dignidade dos indivíduos pertencentes a tais comunidades. Tais culturas e saberes tradicionais são importante contribuição na manutenção da biodiversidade dos ecossistemas, pois que em muitas situações esses saberes são resultados de uma co-evolução entre as sociedades e seus ambientes naturais, permitindo a conservação de um equilíbrio entre ambos⁹⁵. E é preciso reconhecer que isso também conduziu ao interesse pela diversidade cultural, ameaçada pela globalização de modelos culturais dominantes.

Quanto a uma definição, oportuno atentar para o conhecimento tradicional,

[...] como o conjunto de saberes e saber-fazer a respeito do mundo natural, sobrenatural, transmitido oralmente de geração em

⁹³ KRETZMANN, loc. cit.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 108.

⁹⁵ DIEGUES; ARRUDA, 2011, p. 15.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

geração. Para muitas dessas sociedades, sobretudo para as indígenas, existe uma interligação orgânica entre o mundo natural, o sobrenatural e a organização social⁹⁶.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ao instituir o Estado Democrático de Direito assegurou o exercício dos direitos sociais e individuais, visando alcançar uma sociedade justa, fraterna, pluralista, entre outros valores, que são reforçados pelos princípios constitucionais, onde prevalecem os direitos humanos.

A situação do Estado brasileiro deve ser compreendida no contexto das modificações e reformas constitucionais que aconteceram em outros países da América Latina, como Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai. Ocorre que desde os anos 70 do século passado crescem os movimentos indígenas, sua luta e reivindicação por direitos e pela inclusão desses na esfera legal⁹⁷.

Na metade da década de 80, com os processos de redemocratização daqueles países em contexto de ditadura militar ou guerra civil, com a abertura de participação política e das condições socioeconômicas advindas do pacto neoliberal surgem novos sujeitos sociais com o “reconhecimento de novos aportes à cidadania e reinvenção da cultura política”⁹⁸. E assim direitos às identidades coletivas são reconhecidos, o que também acontece no caso dos povos indígenas.

O protagonismo indígena com avanços organizacionais, formação de consistentes movimentos e organizações teve instrumentalização de tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007).

Dessa forma, a proteção aos índios na Constituição Federal Brasileira de 1988 consta no Capítulo VIII, do Título VIII, intitulado Da Ordem Social. A Constituição inovou no tratamento da questão indígena no país. O texto constitucional reconheceu a diferença deste povo, superando as ideias assimilacionistas e integracionistas das Cartas Constitucionais brasileiras anteriores, que não estendiam aos povos indígenas a titularidade de direitos como indivíduos, exceto se deixassem de serem índios, integrando-se ao sistema jurídico como “não-índios”.

Com a Constituição de 1988 os índios passam a ser parte da população nacional, sendo-lhes garantido viver de acordo com sua cultura,

⁹⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁷ BELTRÃO, Jane Felipe. OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina. *Revista de Antropologia*, São Paulo, USP, 2010, v. 53, nº 2, p. 715-744.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 717.

línguas, costumes e tradições. Além disso, reconheceu-se também o direito às terras como um direito originário, inalienável, indisponível e imprescritível.

É importante retomar a importância da Constituição de 1988 porque até então, prevaleceu um direito excludente em relação aos povos indígenas no Brasil. Após, houve um passo rumo à regulamentação e efetivação dos direitos das comunidades indígenas, embora ainda exista a omissão legislativa em relação ao Estatuto das Sociedades Indígenas, Projeto de Lei 2.057 em trâmite no Congresso Nacional desde 1991. Isso sem falar, os conflitos que envolvem a finalização das demarcações das terras, a exploração de riquezas naturais por terceiros nas terras indígenas, entre outras questões delicadas.

Para Colaço o Estado tem o dever de garantir o direito à igualdade, que implica o direito à diferença, significa que os direitos dos povos não podem ser opostos aos direitos individuais, consoante explica:

[...] o cidadão é sujeito de direitos individuais, independentemente das diferenças sociais ou culturais; a autonomia dos povos, ao contrário, estabelece direitos diferenciados. Os direitos comuns de cidadania, promulgados pelo Estado, devem incluir o direito à diferença de culturas que o compõem⁹⁹.

Na opinião da autora, o que se observa é que o Estado não consegue colocar em prática os “novos”¹⁰⁰ direitos constitucionais indígenas. O que seria possível se houvesse segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

[...] um Estado tão fraco que não possa impedi-los de realizar plenamente sua cultural religião e direito, mas tão forte que possa reprimir todos aqueles que violenta ou sutilmente procurem impedi-los de realizar plenamente a sua cultura, religião e direito¹⁰¹.

⁹⁹ COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94.

¹⁰⁰ Antonio Carlos Wolkmer, ao refletir que o Direito Moderno vem sofrendo impactos de problemas como as transformações nas condições de vida, a explosão demográfica, a globalização da economia e a degradação ambiental, e por consequência, o modelo clássico jurídico-liberal-individualista não tem sido eficaz para recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de “novos” direitos referentes a dimensões individuais, coletivas, metaindividuais, bioéticas e virtuais. “Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos mais flexíveis, mais ágeis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos”. (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25).

¹⁰¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 194.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

No cenário internacional, conforme se fez alusão, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92, houve um posicionamento no sentido de reconhecer e proteger inclusive o conhecimento tradicional dos povos indígenas, onde o uso e a exploração associados à biodiversidade tem sido alvo das indústrias farmacêuticas e de cosméticos, em especial no norte do nosso país.

Na Convenção da Diversidade Biológica (CDB), define-se diversidade biológica ou biodiversidade, consoante o art. 2º, da “Utilização de termos para os propósitos desta Convenção”:

Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas¹⁰².

Existe uma crítica a tal definição, pois no entendimento de Diegues e Arruda, a diversidade biológica,

[...] não é simplesmente um conceito pertencente ao mundo natural. É também uma construção cultural e social. As espécies são objetos de conhecimento, de domesticação e uso, fonte de inspiração para mitos e rituais das sociedades tradicionais e, finalmente, mercadoria nas sociedades modernas¹⁰³.

De maneira geral, pode-se afirmar que a referida Convenção veio a somar esforços no sentido de proteger os conhecimentos tradicionais das comunidades locais, mas verifica-se também a existência de muitos entraves a sua efetivação, como a implementação das medidas adotadas em Conferências pelas partes.

No caso brasileiro, apesar da proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade encontrar amparo na Constituição Federal, sua regulamentação na esfera infraconstitucional ainda está pendente. A matéria está disciplinada por uma medida provisória, a MP n.º 2.186-16 de 2001, que vem sendo alvo de muitas críticas pela doutrina, em função de sua imprecisão, caráter burocrático e não-democrático, mas a qual não analisa-se nesse estudo.

Na esfera infraconstitucional cabe referir a Lei 9.985/2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza

¹⁰² Convenção sobre a Diversidade Biológica Disponível em: <

http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2014.

¹⁰³ DIEGUES; ARRUDA; 2011, p. 4.

(Snuc). No tocante ao tema analisado, salienta-se acerca dos paradigmas socioambientais da lei supracitada, pois que nela se articula as questões relacionadas à biodiversidade e à sociodiversidade. Significa que entre os objetivos do Snuc além da conservação da biodiversidade, também está a conservação da sociodiversidade, privilegiando-se a interação do homem com a natureza e as relações entre diversidade biológica e cultural¹⁰⁴.

3. O Multiculturalismo e a Constituição Federal de 1988

A sociedade capitalista ao primar pela homogeneização social e cultural demonstrou-se insuficiente para apagar as diferenças existentes no mundo, conforme assevera Arbos e Souza Filho¹⁰⁵. Pelo contrário, a sociedade contemporânea é diversa e complexa, apresentando-se a diferença em todos os setores da vida humana. Por isso, que a lógica simplista da igualdade entre todos e o projeto universalista da modernidade demonstraram-se falhos e insuficientes às reivindicações dos diferentes povos e culturas.

Nessa perspectiva, emerge o multiculturalismo,

[...] como indicador da crise do projeto da modernidade, que abre uma perspectiva crítica de tratamento das principais categorias filosóficas, políticas e sociais que integram o processo de questionamento ao nível das reivindicações multiculturais e do próprio conceito de diferença¹⁰⁶.

Diante da necessidade de reformulação do projeto da modernidade destaca-se o reconhecimento da valorização multicultural. E como bem percebem os autores acima citados, o termo multiculturalismo designa a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas, como “um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto global”¹⁰⁷.

Nas lições de Juliana Santilli¹⁰⁸ o multiculturalismo descreve a existência de uma diversidade de culturas no mundo que coexistem e se influenciam mutuamente, tanto dentro como fora de um mesmo Estado.

¹⁰⁴ Nesse sentido, vale conferir a abordagem de SANTILLI, Juliana. A incorporação do socioambientalismo à legislação infraconstitucional brasileira. In: SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Petrópolis, 2005, p. 102-181.

¹⁰⁵ ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan/jun, 2010, p. 62.

¹⁰⁶ ARBOS; SOUZA FILHO, 2010, p. 63.

¹⁰⁷ ARBOS; SOUZA FILHO, loc. cit.

¹⁰⁸ SANTILLI, 2005, p. 79-80.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Assim, o projeto político ensina a celebração ou reconhecimento das diferenças culturais. As versões emancipatórias do multiculturalismo estão baseadas no reconhecimento e no direito à diferença, assim como na construção de uma vida em comum, além das diferenças. Logo, o multiculturalismo vem questionar a hierarquização do ser humano, ao propor o respeito de todas as minorias presentes na sociedade.

Segundo a autora, a Constituição Federal de 1988 segue o paradigma multicultural ao reconhecer direitos territoriais e culturais às comunidades tradicionais, rompendo com o modelo integracionista, assimilacionista e homogeneizador. Assim, fortaleceram-se as noções constitucionais de titularidade coletiva de direitos, uso e posse compartilhados de recursos naturais e territórios e de respeito às diferenças culturais¹⁰⁹.

Igualmente Arbos e Souza Filho¹¹⁰, atentam para a orientação multicultural da Constituição Federal de 1988, ao destacar sobre o reconhecimento de direitos coletivos das comunidades tradicionais, enquanto povos culturalmente diferenciados. Concordam que a Constituição, em relação aos povos indígenas rompe definitivamente com a ideologia integracionista existente anteriormente.

A Constituição de 1988 tem uma orientação multicultural e pluri-étnica, expressa no reconhecimento dos direitos coletivos e povos indígenas e quilombolas. Dessa forma, além da proteção ao meio ambiente no artigo 225, protege-se também a sociodiversidade. É importante salientar, que os artigos 215 e 216 da Carta são dedicados à proteção da cultura, conforme o parágrafo primeiro do artigo 215, o Estado deve proteger as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras e os demais grupos existentes e participantes do processo civilizatório nacional.

Portanto, os “novos” direitos assegurados pela Carta constituem a base para a evolução dos direitos socioambientais, influenciando decisivamente a legislação infraconstitucional brasileira, assevera Santilli. Ocorre um rompimento com a ênfase nos direitos individuais de cunho patrimonialista, impondo-se novos desafios à ciência jurídica.

4. A Efetividade dos Direitos Indígenas no Brasil Diante dos Dados de Violência

No decorrer do presente trabalho abordou-se acerca das conquistas legais em relação aos direitos indígenas a partir da Constituição de 1988. Para isso, enfatizamos acerca da importância da reflexão acerca da

¹⁰⁹ Ibid., p. 82.

¹¹⁰ ARBOS; SOUZA FILHO, op. cit., p. 69.

identidade cultural, da proteção dos conhecimentos das comunidades tradicionais e a interface com a conservação da biodiversidade, enfatizando a respeito das contribuições do multiculturalismo e sua presença na ordem constitucional vigente.

Conforme se referiu os avanços no âmbito normativo e legal não tem efeito imediato no âmbito social, pois que as raízes disso vão estar na história da colonização do Brasil e da América Latina, nos paradigmas coloniais ainda presentes na cultura que tende a homogeneizar e universalizar valores ao desprezar culturas de grupos sociais, como o caso em análise dos povos indígenas. Além disso, de maneira geral pode-se dizer também que as políticas econômicas neoliberais também contribuíram para a exclusão de tais grupos.

No Brasil, como desafio para efetividade dos direitos indígenas assegurados a partir da Constituição Federal de 1988 reside em superar as práticas políticas pretéritas e atuais de parceria com setores econômicos ligados ao latifúndio, ao agronegócio, às empreiteiras, mineradoras, empresas de energia hidráulica, entre outros, que objetivam escancaradamente explorar a natureza e os bens naturais encontrados tradicionalmente em terras ocupadas pelos povos indígenas.

De acordo com o Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil, dados de 2013, o presente momento é de paralisação de todos os procedimentos de demarcação das terras indígenas por conta da inércia da União. Nesse sentido, apontam que os dados de violência crescente contra os grupos indígenas aumentaram a partir da inércia do Poder Público Federal, pois que em 2013 houve omissão do governo em realizar a prerrogativa constitucional de procedimentos administrativos de demarcação.

Os dados reunidos neste Relatório demonstram que a paralisação dos procedimentos de demarcação das terras indígenas tem graves consequências para a vida das comunidades indígenas. Acirram-se os conflitos em diversos estados da federação, tornando ainda mais instáveis e precárias as condições de sobrevivência das famílias indígenas acampadas na beira das rodovias ou daquelas comunidades cujas terras se encontram em grande parte invadidas. Além disso, intensificaram-se as violências e ameaças de morte contra indígenas que se mobilizam para reivindicar o início ou a continuidade dos procedimentos demarcatórios¹¹¹.

¹¹¹ KRÄUTLER, Erwin. “Com a terra, o céu murchou”. In: Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados 2013. Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: < <http://cimi.org.br/pub/Relativiolenciado2013.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014, p. 9.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A publicação é produzida anualmente pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi), organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e traz os dados sobre as principais violações de direitos sofridas pelos povos indígenas do país, tendo como fontes os missionários da organização que atuam junto a esses povos e reportagens e matérias da imprensa.

Abaixo apresentamos de maneira sintética, alguns dados para demonstrar a violência sofrida pelos grupos indígenas, o que põe em debate a questão da efetividade dos direitos assegurados desde 1988 a tais povos.

RESUMO DA VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS DADOS 2013			
TIPO DE VIOLÊNCIA	CONTRA O PATRIMÔNIO	CONTRA A PESSOA	POR OMISSÃO DO PODER PÚBLICO
TOTAL CASOS BR	97	4.085	8.014
TOTAL CASOS RS	24	4	519

Fonte: Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados 2013, mas na análise da Violência contra a pessoa e por omissão do poder público, consta que além do número de vítimas expresso, comunidades e/ou povos inteiros também foram violentados.¹¹² Elaboração Própria.

Os dados apresentados encontram-se no Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas, em Resumo da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil, em três capítulos. O capítulo I trata da Violência contra o patrimônio, com análise das categorias: conflitos relativos a direitos territoriais; invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais; omissão e morosidade nas regularizações de terras. O capítulo II trata da Violência contra a pessoa, com análise das categorias: abuso de poder; ameaça de morte; ameaça várias; assassinato; homicídio culposo; lesões corporais dolosas; racismo e discriminação étnico culturais; tentativa de assassinato; violência sexual. O capítulo III trata da Violência por omissão do Poder Público, com análise das categorias: desassistência geral; desassistência na área da educação escolar indígena; desassistência na área de saúde; disseminação de bebida alcoólica e outras drogas; mortalidade infantil; morte por desassistência à saúde; suicídio.

De acordo com esse Relatório a falta de políticas públicas no sentido de implementar os direitos previstos constitucionalmente contri-

¹¹² Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados 2013. Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: <<http://cimi.org.br/pub/Relativiolenciadado2013.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

bui para a realidade da violência apresentada. Mas deve-se atentar que os dados trazidos no referido Relatório podem na realidade ser ainda maior, pois que ainda existe socialmente forte preconceito na aceitação de tais grupos, o que implica aliado a ausência de políticas e ações públicas no desrespeito aos direitos indígenas assegurados pela lei.

Considerações Finais

Concordamos com a afirmação de que a identidade de um grupo que representa uma minoria excluída é também a afirmação de sua história. Dessa forma, a proteção aos modos de vida, costumes, mitos e crenças, língua compartilhada e conhecimento gerados no seio do grupo é verdadeiro bem a ser preservado. O reconhecimento e a consciência que o grupo detém enquanto coletividade perpetua uma história.

Nesse sentido, relevante e essencial a luta das comunidades tradicionais, pela afirmação e reconhecimento de sua identidade, construída exatamente pelas diferenças. Além disso, as formas singulares de vida e relação com a biodiversidade dentro dos territórios ocupados por esses grupos indígenas, além de sua riqueza cultural, formam um patrimônio cultural que merece proteção e preservação.

Com a crise da cidadania contemporânea, onde embora todo desenvolvimento tecnológico existe risco e ameaça à vida humana e do planeta, cabe voltar o olhar para as minorias, em especial as comunidades tradicionais locais brasileiras, no caso analisado, os povos indígenas, pois que detentores de saberes tradicionais e possuidores de uma relação com o meio ambiente, capaz de possibilitar alternativas sustentáveis para sobrevivência do planeta.

O Brasil como país multicultural, com sua diversidade étnica a enriquecer a sociedade nacional, caminha no sentido de proteger e preservar a sua diversidade cultural, apresentando uma legislação nacional que consolida a perspectiva multicultural de preservação de identidades, reconhecendo e respeitando as comunidades tradicionais e a biodiversidade.

Restando ainda, normatizar no plano infraconstitucional alternativas para implementação de muitos dos “novos” direitos já previstos, bem como promover as mudanças a nível social para a realização da justiça social como a questão das políticas públicas para efetivação dos direitos constitucionais dos povos indígenas.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Referências

ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan/jun, 2010.

BRASIL, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jul. 2014.

CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: DIEGUES, Antonio Carlos (Org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. 2 ed. São Paulo: Anablume, 2000.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75-97.

CONVENÇÃO sobre a Diversidade Biológica. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 17 mai 2014.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 17 mai 2014.

DIEGUES, Antonio Carlos. ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.

KREZMANN, Carolina Giordani. *Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2007.

MONTE, Marcos Antonio Lorencette. *O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil*. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

PAVIANI, Jayme. *Cultura, humanismo e globalização*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2004.

Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados 2013. Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: <<http://cimi.org.br/pub/Relativiolenciado2013.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru, SP: Edusc, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 681-700, set, 2011.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-30.

A NECESSIDADE DE MECANISMOS PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

Lenara Giron de Freitas*

Sumário: Introdução. 1. Noções históricas à positivação dos direitos humanos. 2. Da efetividade dos direitos humanos independentemente da cultura inserida. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente trabalho tem como temática principal, analisar algumas questões para efetividade dos direitos humanos em nível internacional, em destaque, a necessidade de uma jurisdição internacional como instrumento para efetividade dos Direitos Humanos. Ao fazer uma retrospectiva histórica dos direitos humanos, verifica-se que a construção destes direitos ultrapassou anos, culturas até sua positivação pela Declaração Universal. Apointar-se-á, no presente trabalho alguns dados históricos que fazem parte da construção da positivação dos Direitos Humanos até sua Declaração Universal, tais como, a Magna Carta em 1215, Lei de Habeas-Corpus de 1679, Bill of Rights, promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, Declaração de Virginia em 1787, Declaração Francesa de 1789, entre outras declarações e constituições que precederam a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos ocorrida em dezembro de 1948.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 deu ensejo à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no plano doméstico e global, isto porque os Direitos Humanos previstos na declaração Universal somente poderiam ser considerados como direitos à medida que fossem incorporados pelo sistema constitucional interno. A questão é analisar se esta necessidade de regulação em plano doméstico não resultou ou resulta um empecilho à efetividade dos direitos humanos em um plano internacional, bem como a maneira que pode ser enfrentado este entrave.

* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista de Mestrado CAPES/Prosup. Membro do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito" (CNPq) e do Núcleo de Teoria do Direito (UNISINOS). Integrante do Projeto de Pesquisa "Teoria do Direito e Evolução Social", coordenado pelo Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Muitas ideias opostas ao universalismo dos Direitos Humanos, tais como o relativismo cultural, também criaram entraves à afirmação e efetividade da universalidade dos direitos humanos. Isto, devido a grande diversidade de moralidade e sistemas jurídicos. Entre outras questões, sustentam os relativistas que a moral universal seria a versão imperialista de que valores de uma determinada cultura, no caso Ocidental, fossem gerais.

Na busca de responder os entraves dos relativistas, os universalistas sustentam que os fundamentos dos relativistas servem de justificacão para violacão dos Direitos Humanos e que existem fundamentacões para efetividade dos Direitos Humanos que ultrapassam o plano da positivacão sendo valores morais universais e por isso devem ser respeitados internacionalmente.

O fato é que passado anos da promulgacão da Declaração Universal de 1948, persistem violacões aos Direitos Humanos. A questão é saber de que forma o sistema internacional vem desenvolvendo tutelas jurisdicionais para evitar tais violacões e controlar a maior efetividade dos Direitos Humanos.

Esses aspectos serã discutidos nas linhas que seguem a fim de trazer maior elucidacão ao tema, por meio do método dedutivo, pois se partirá de premissas gerais para premissas específicas.

1. Noções Históricas à Positivacão dos Direitos Humanos

Antes de adentrar em um conteúdo mais específico, necessário um breve aporte histórico do surgimento da positivacão dos Direitos Humanos. A afirmacão histórica dos Direitos Humanos iniciou com a Magna Carta em 1215, assinada por João Sem Terra. As disposicões da Magna Carta não foram, na integralidade, de suma importância, mas possuem disposicões que podem ser consideradas as primeiras fundacões da civilizacão moderna. Como exemplo, as cláusulas 16 e 23 da Magna Carta representam o primeiro passo no sentido da superacão do estado servil para posterior substitucão da vontade arbitrária do senhor, ou patrão, pela norma geral e objetiva da lei, nas relacões de trabalho¹¹³.

Outra lei importante para afirmacão histórica dos Direitos Humanos foi a lei de Habeas-Corpus de 1679, assinada na Inglaterra. A importância histórica do Habeas Corpus, regulamentado pela Lei 1679, constituiu o fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Afirmacão histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 66.

locomoção, tornou-se um espelho para todas as que vieram ser criadas e posteriormente para a proteção de outras liberdades fundamentais. Nesse sentido, o habeas-corpus passou a ser utilizado além de casos de prisão efetiva, também em casos de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir¹¹⁴.

Em ordem cronológica, destaca-se o Bill of Rights, promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa. O Bill of Rights pôs fim, pela primeira vez, desde seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. Embora não fosse uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viria a ser aprovada, o Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã viria a denominar uma garantia institucional, cuja a função do Estado, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa. Ademais, o Bill of Rights veio a reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições Modernas, como, por exemplo, a proibição de penas inusitadas ou cruéis¹¹⁵.

Também como fator histórico importante, tem-se a Declaração de Independência dos Estados Unidos e as Declarações de Direitos Norte-Americanas. A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais. A Declaração de Independência destaca-se por ser o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente, das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social¹¹⁶.

A Declaração de Virgínia, em 1787, ao prever que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, expressou o que futuramente foi previsto na Declaração Francesa de 1789 e na Declaração Universal de 1948. A Declaração de Virgínia expressou com nitidez os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos inatos” ao ser humano e o princípio que todo poder emana do povo, sendo os governantes e estes subordinados¹¹⁷.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73-74.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-81.

¹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-81.

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 79-81.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Após, agregado a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa, em 1789, as declarações de direitos norte-americanas constituíram as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu, como a família, o estamento, as organizações religiosas. Assim, a afirmação da autonomia individual que vinha ocorrendo progressivamente na consciência europeia desde fins da Idade Média assume, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, contornos jurídicos definitivos. Acontece que, a perda da proteção familiar, do estado ou religiosa tornou o indivíduo mais vulnerável aos problemas e riscos da vida. Isto porque a sociedade liberal ofereceu, em troca da perda da proteção familiar, a segurança da legalidade e nada mais. Somente com o advento do Estado Social, no século XX, os grandes riscos sociais da existência humana foram assumidos pelo Estado¹¹⁸.

Fato histórico de grande relevância para história dos Direitos Humanos foi a Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Graças a esta Declaração, formou-se em toda sua amplitude no direito positivo a noção somente conhecida no direito natural, os direitos subjetivos do membro do Estado frente ao Estado como um todo¹¹⁹.

Assim, o grande movimento que eclodiu na França em 1789 indicou uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, não somente a instauração de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem sua estrutura. Diferente, do Bill of rights dos Estados Unidos, em que os americanos, em geral, estavam mais interessados em firmar a sua independência do que levar a ideias de liberdade a outros povos¹²⁰, os revolucionários franceses buscavam ser apóstolos de um mundo novo, a ser anunciados a todos os povos em todos os tempos vindouros. O espírito da Revolução Francesa foi difundido, em pouco tempo, não só na Europa, como também em regiões bastante distantes, tais como a Índia, Ásia Menor e América Latina¹²¹. Isto, pode ser exemplificado com o decreto editado em 1792, em que a França ofereceu fraternidade e auxílio a todos os povos que desejassem reconquistar a liberdade.

¹¹⁸ Conforme COMPARATO: “O Bill of Rights norte-americanos são essencialmente declarações de direitos individuais. O pensamento político jurídico norte-americano permaneceu, aliás, até hoje, vinculado a essa fase histórica, sem aceitar a evolução posterior, no sentido de uma afirmação dos direitos sociais e dos direitos da humanidade”. COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 79-81.

¹¹⁹ JELLINEK, Georg. *La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Libreria Generalde Victoriano Suárez, 1908. p. 205.

¹²⁰ Thomas Jefferson, terceiro presidente dos EUA (1801-1809) era um dos poucos que realmente tinha ideias revolucionárias. Jefferson propôs a imediata abolição da escravidão, a qual foi rejeitada. O que levou inexoravelmente a guerra civil, no século seguinte.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-115.

Liberdade, Igualdade e Fraternidade, tornou-se a tríade famosa da Revolução Francesa, no entanto pode-se dizer que foi a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. Neste cenário, na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas todas as servidões feudais, como também se proclamou a emancipação dos judeus e a abolição de privilégios religiosos. Destaca-se, também, que, nesta linha revolucionária, em 1972, por decreto, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias.

No que concerne às garantias judiciais, a Revolução Francesa deixou um pouco a desejar, pois os franceses, ao contrário dos norte-americanos, que deram mais ênfase a garantias judiciais, limitaram-se a declarar direitos à declaração de direitos pura e simples, sem mencionar instrumentos jurídicos que os garantiam, porém isto não retira seus méritos. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser percebidos no meio social como exigências impostergáveis. Por isso, uma proclamação de direitos, pode exercer, conforme o momento histórico em que é lançada, o efeito de um ato esclarecedor, iluminando a consciência jurídica universal¹²².

Por conseguinte, meio século após a Revolução Francesa, foi feita a primeira análise crítica à Revolução. Nesse sentido, Karl Marx, visualizou como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo.

Flávia Piovesan ressalta que, a luz de uma perspectiva histórica existia uma dicotomia entre direito à liberdade e o direito à igualdade. No final do século XVIII, por exemplo, a Revolução Francesa consagrava uma ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam à liberdade, segurança e propriedade, com resistência a opressão. Este discurso liberal nascia no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do Estado Liberal, sob influência de Locke, Montesquieu e Rousseau, que surge como resposta aos excessos absolutistas, na tentativa de impor limites aos Estados, assim a não atuação estatal significava liberdade, todavia o valor da liberdade, como primado supremacia dos direitos civis e políticos, possuía por outro lado, a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da atuação estatal¹²³.

¹²² COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 110-115.

¹²³ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Após a Primeira Guerra Mundial ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania e, sob influências marxistas é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1917. Assim o destaque da liberdade transita na necessidade do valor da igualdade, em que o Estado passa a ser visto como instrumento de direitos a prestação social.

Nesse diapasão, outras Constituições surgiram no início do século XX, como, por exemplo, a Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana, as quais primaram pela igualdade e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais¹²⁴.

Diversas constituições foram promulgadas, mas as constituições individuais no plano doméstico não eram suficientes, havia uma grande dicotomia na linguagem dos direitos. De um lado direitos civis e políticos e; de outro, direitos sociais, econômicos e culturais, portanto buscava-se um instrumento internacional para positivação dos direitos humanos com importância transcendental. Posteriormente, atendida a necessidade, foi promulgado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, com consulta paralelas, realizadas pela UNESCO, de maio de 1947 a junho de 1948, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas em setembro de 1948. O texto resultante da assembleia foi proclamado em 10 de dezembro de 1948, adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, insta salientar que dos 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois encontravam-se ausentes na ocasião¹²⁵.

Importante citar que, embora praticamente esquecido, o pioneirismo latino-americano em relação à proclamação de uma Declaração Internacional de Direitos e Deveres do homem, de abril de 1948, precedeu em meses a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em dezembro de 1948, ou seja, a Declaração Americana serviu de exemplo e foi utilizada como fundamento para várias emendas do texto inicial¹²⁶.

¹²⁴ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 51-52.

¹²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.16.

¹²⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para universalização dos direitos humanos. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 13, n. 99. 2011. p. 11-33.

O projeto inicial de uma Declaração Internacional evoluiu rumo ao projeto da Declaração Universal de 1948, altamente significativo com concepções necessariamente integral ou holística de todos os direitos humanos. Nesse diapasão, transcenderam-se as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, com a intenção de situar no mesmo plano as categorias de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e rai¹²⁷. Desta forma, em uma linguagem até então inédita, combinou o discurso liberal da cidadania com o discurso social¹²⁸.

No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio e, assim, também foi neste cenário que se desenhou uma necessidade de reconstrução dos direitos humanos com o fim de orientar a ordem internacional contemporânea. Se a segunda Guerra significou uma ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra poderia significar sua reconstrução¹²⁹. Nesse sentido, referir-se aos direitos humanos como categoria Universal, só faz sentido depois da Segunda Guerra Mundial e não depois da Revolução Francesa que apenas garantiu direitos à parcela proprietária da sociedade, como Marx já havia registrado¹³⁰.

Desta forma, diante de todo contexto, a aprovação da Declaração Universal teve como grande marco o processo de reconstrução dos Direitos Humanos¹³¹. Ao ser proclamada a Declaração Universal de 1948, abriu-se efetivamente o caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no plano doméstico e global. Isto porque, apesar de incorporar os direitos humanos ao ordenamento jurídico internacional, não constituiu tratado, não possuindo, portanto, a característica de vincular os Estados e obriga-los o seu cumpri-

¹²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.17-18.

¹²⁸ Nos artigos 22 ao 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão previstos os direitos que operam nas esferas do trabalho e das relações de produção, o direito à educação, o direito ao trabalho e à assistência social e à escolha de emprego, a justas condições de trabalho, ao igual pagamento para igual trabalho, o direito de fundar sindicatos e deles participar; o direito ao descanso e ao lazer; o direito à saúde, à educação ...)

¹²⁹ SACHS, Ignacy. O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. Estudos Avançados, São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-56, maio/ago. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000200011>. Acesso em: 13 mar. 2014. p. 149.

¹³⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para universalização dos direitos humanos. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 13, n. 99. 2011. p. 11-33.

¹³¹ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

mento¹³². O plano da Declaração seria apenas a primeira parte, após seria complementada por convenções, pactos e medidas de implementação¹³³, o que pode ter servido de impasse a sua efetividade.

Consoante ensinamento de Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, após se desenvolvem como direitos positivos e particulares no momento em que cada Constituição incorpora Declarações de Direito, para finalmente, então, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais¹³⁴.

Assim, a Declaração Universal surgiu com a intenção de se projetar no direito interno dos Estados, para que suas normas sirvam de modelo a disposições das legislações nacionais, visando à proteção dos direitos humanos, além de ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno conforme a Declaração Universal¹³⁵. Nesse sentido, após proclamada, importante analisar a efetividade da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

2. Da efetividade dos Direitos Humanos Independentemente da Cultura inserida

Afirma-se que uma das principais preocupações do movimento de internacionalização dos direitos humanos foi converter estes direitos em tema de efetividade da comunidade internacional, isto porque a ideia de proteção de direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusiva¹³⁶.

Ao ratificarem tratados de direitos humanos, os estados contraem obrigações gerais consignadas nos tratados. Após assinar o tratado, o Estado tem como obrigação mínima, assegurar o respeito aos direitos

¹³² BIERRENBACH, Ana Maria. O Conceito de responsabilidade de proteger o Direito Internacional Humanitário. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2011, p. 102.

¹³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 24.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 30.

¹³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 25.

¹³⁶ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48.

protegidos, o que requer medidas positivas por parte dos Estados. Assim como, adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional da proteção, ou seja, os Estados devem adotar a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção universal¹³⁷.

Pronuncia-se deste modo que o processo de universalização permite e busca, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos. Desta forma como marco do processo internacionalização dos direitos humanos, a Declaração de 1948 introduziu, consoante leituras de Flavia Piovesan, a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade em razão da necessidade da extensão universal dos direitos humanos, sendo a condição de pessoa o requisito único para a dignidade de titularidade de direitos. Indivisibilidade, pois a garantia dos direitos civis e políticos resulta em uma condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também são. Nesse sentido, os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais¹³⁸.

Vejamos que a Declaração Universal, ao trazer, como característica a universalização, objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito da dignidade humana como valor básico universal, em que a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos¹³⁹, estando ela positivada ou não deve ser concebida a dignidade como valor moral universal.

Por outro lado, mas no sentido da busca da efetividade, a Declaração Universal ao conjugar o valor de liberdade e igualdade, concebe os direitos como uma unidade interdependente, indivisível, isto porque se revela sem sentido o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade e vice e versa. Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem também obrigações de cunho positivo

¹³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 ano da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 32.

¹³⁸ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

¹³⁹ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55-56.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

em prol da promoção do bem-estar econômico e social. Resultando em um Governo ativo, interventor planejador e comprometido com os programas econômico-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos¹⁴⁰.

Em suma, sem um resultado efetivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto sem a realização de direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação, o que demonstra que todos os direitos humanos constituem um complexo indivisível, inter-relacionados e interdependentes entre si.

A questão é que, além deste discurso idealista, a efetividade da Declaração Universal, para ter sentido, deve ser buscada no plano internacional. Tratados e convenções voltados à proteção de direitos humanos devem ser cumpridos e regularizados pelos Estados no plano doméstico. Assim as obrigações gerais de efetividade, devem ser obrigação de todos poderes do Estado-nação, de todos seus órgãos e agentes. Nesse sentido, internamente em cada estado, ao poder executivo incumbe tomar todas as medidas para o cumprimento da Declaração Universal, pois as obrigações vinculam os Estados-partes e não só seus Governos, isto porque a violação de Direitos Humanos sobrevive aos Governos, por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Legislativo incumbe tomar as medidas para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno. E, ao Poder Judiciário cabe aplicar as normas de tais tratados no plano do direito interno e assegurar que sejam respeitadas. Ou seja, compete ao Judiciário nacional, o dever de prover recursos eficazes contra violações tanto dos direitos consagrados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país¹⁴¹, porém surge a indagação, o judiciário nacional é suficiente para evitar violações de uma declaração Universal de direitos humanos?

Portanto, cada Estado internamente, além da positivação internacional, ratificações de tratados e regulamentações no plano doméstico tem o dever de se organizar para a efetividade dos Direitos Humanos no plano internacional. Ainda que se identifique o reconhecimento legal dos

¹⁴⁰ HENKIN, Louis. The age of rights, p. 6-7 apud PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

¹⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.32.

direitos humanos, ou seja, sua positivação com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esta positivação não lhes garante efetividade.

A questão, todavia, é enfrentar desafios, como, por exemplo, o relativismo cultural para fins de afirmação e efetividade dos direitos humanos em um contexto internacional. O relativismo como tal, desafia a crença da universalidade da verdade moral e afirma que não existe verdade universal em ética, mas sim vários códigos morais, todavia, mesmo aqueles que defendem o relativismo cultural afirmam que há algumas regras morais que todas as sociedades possuem em comum, tendo em vista que são regras necessárias para a sociedade poder existir, como, por exemplo, as regras contra a mentira e o homicídio são dois exemplos disso, pois, de fato, encontramos estas regras instituídas em todas as culturas viáveis¹⁴².

Assim, quando falamos em uma teoria dos direitos humanos, pode-se fazer referência a dois tipos de análise: uma análise da teoria jurídica dessa categoria de direitos, que analisa o conjunto de tratados, convenções e legislações, bem como mecanismos internacionais garantidores de direitos fundamentais do ser humano e uma análise dos fundamentos desses direitos, tema que se destaca na filosofia social, ou seja, necessária uma reflexão teórica e prática para concretização desses direitos.

A questão da universalidade, até mesmo de uma justiça universalista, encontra empecilho na diversidade cultural que existe na sociedade mundial, ou seja, nos confrontos entre grupos sociais no mundo globalizado. Insta salientar que quando da elaboração do projeto que serviu de fundamento para a Declaração dos Direitos do Homem, o grupo de filósofos, cientista e juristas convocados pela UNESCO, estabeleceram limites sobre o tema da universalidade, quando concordaram que a questão dos direitos humanos ficaria adstrita aos mecanismos garantidores desses direitos. Direitos humanos, nesse sentido, resultariam em princípios que perpassam diferentes culturas, mas somente poderiam ser consideradas como direitos à medida que fossem incorporados pelo sistema constitucional interno. Desta forma, na medida em que aumentava os direitos políticos e sociais previstos em documentos internacionais, somavam-se, também, as violações dos mesmos pelos próprios estados signatários da Declaração Universal, ou seja, a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema dos direitos humanos estava prejudicada¹⁴³.

¹⁴² BENEDICT, Ruth. O desafio do relativismo cultural. Trad. Gonçalves, Azevedo. Lisboa: 2004. p.33.

¹⁴³ BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 235-237.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A questão de legitimação universal de direitos humanos, para uma efetividade universal, passou a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia. Um dos principais argumentos que existia no sentido de que direitos humanos não são universais, baseia-se na constatação da existência de uma grande diversidade de moralidade e sistemas jurídicos. Também a centralização de debates acerca da universalização dos direitos humanos gerou debates, em razão da tendência de tratá-los como expressão de um entendimento monolítico acerca do discurso dos direitos, seu significado e relevância para outras culturas, como, por exemplo, asiáticas e africanas.

Contrapondo o argumento de que a universalidade dos direitos humanos esbarra na existência de uma grande diversidade de moralidade e sistemas jurídicos, Vicente Barreto, afirma que a diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos que regulam de forma diferenciada uma mesma categoria de direitos, implica em retirar o caráter universal dos direitos humanos, é consequência de uma leitura simplificada da questão¹⁴⁴.

A questão é buscar argumentos racionais, baseados na observação empírica das diversas comunidades humanas que possam justificá-los como uma categoria universal de direitos. Daí necessário ultrapassar as fortes resistências dos adeptos ao relativismo cultural, que sustentam que o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, sendo necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. Para os relativistas não há moral universal, já que a história do mundo é transcrita por uma pluralidade de culturas e buscar uma universalidade seria uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. A constatação antropológica de que existe na humanidade diferentes valores, hábitos e práticas sociais que expressam sob múltiplas formas culturais, representa para o relativismo a prova de que é impossível estabelecer normas universais de comportamento social¹⁴⁵. Ainda, para os relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental que tenta universalizar suas próprias crenças, pois a noção universal é identificada com uma noção construída pelo modelo ocidental¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 580.

¹⁴⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 237.

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55-56.

Os universalistas reagem dizendo que os relativistas apenas revelam o esforço em justificar graves casos de violações dos direitos humanos, bem como que normas universais previstas na declaração, como da dignidade da pessoa humana, são uma exigência do mundo contemporâneo e, se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais, devem respeitar, sob pena de afronta a obrigações internacionais.¹⁴⁷ Assim, a ideia de dignidade humana deita suas raízes na posição social do indivíduo e na aceitação desse status pela sociedade como sendo algo hierarquicamente superior¹⁴⁸.

A fim de solucionar este entrave, entre relativistas e universalistas, percebe-se a importância Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993, que em sua Declaração registrou que todo o espírito da declaração de 1948, foi o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos. A universalidade é mencionada no preâmbulo da Declaração, deixando claro que não se pode mais fazer uso do relativismo cultural como justificativa para sua inobservância¹⁴⁹. O artigo 5º da Declaração de Viena objetivou encerrar o debate quando estabeleceu que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.¹⁵⁰

Assim, ao considerar os dados empíricos de que a Declaração Universal de 1948 foi adotada num foro composto por 56 países e que Declaração de Viena envolveu 171 Estados, verifica-se que foi em Viena que se conferiu a positivação da efetividade universal à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todavia, embora verificado um forte universalismo, continuou a existir um fraco relativismo cultural, podendo assim afirmar,

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55-56.

¹⁴⁸ BARRETO, Vicente de Paula. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p.252.

¹⁴⁹ BIERRENBACH, Ana Maria. O Conceito de responsabilidade de proteger o Direito Internacional Humanitário. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 105.

¹⁵⁰ Vienna Declaration, 6 July 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

paradoxalmente, que os direitos humanos são relativamente universais¹⁵¹. Ao escrever sobre pensamento social contemporâneo entre universalistas e relativista, leciona Barreto que é necessário superar a dicotomia, com vistas a demonstrar como a sociedade multicultural pode existir e construir uma teoria justificadora dos direitos humanos que possa fundamentá-los e situá-los diante de sistemas e práticas morais diferentes.

Nesse sentido, a construção do mínimo universal passa pelo reconhecimento de que é possível se chegar a algumas características comuns dos seres humanos, as quais servem de fundamento para o estabelecimento de uma sociedade sedimentada nos laços de solidariedade. Esse descobrimento de características comuns no seio de diversas culturas, somente poderá ocorrer com o diálogo intercultural a ser realizado em uma democracia deliberativa¹⁵².

Assim, em uma realidade do mundo múltipla e diversa, um caminho que se utiliza para aceitar a realidade da diversidade cultural seria trabalhar com a ideia de pluralismo cultural, o que difere de uma cultura global. Isto porque, o pluralismo cultural não pretende reduzir o todo a uma só inteligível de suas partes, pois o pluralismo não procura reduzir as diferentes culturas a uma unidade artificial ou forma, porque aceita como algo positivo a irredutibilidade das culturas¹⁵³. No que diz respeito à diversidade cultural, o pluralismo nos convida a não considerar nossa cultura de maneira absoluta e não julgar de maneira absoluta os outros, considerando os absolutamente falsos ou nocivos. Assim, ao utilizar uma definição mais ampla da cultura pensada em termos de processos, poderá ser possível fazer referência à globalização da cultura, por meio de processos de integração e de desintegração cultural que se realizam em nível transnacional ou transsocial, pelo diálogo intercultural.

Nesse sentido, retomando a ideia do diálogo intercultural, como forma de descobrimento entre as culturas, para ocorrer este diálogo, é necessário que se ultrapasse a abordagem dialética que procura a síntese final, por meio da abordagem diatópica, a qual exige um posicionamento completamente diferente. Esta abordagem diatópica procura entender as culturas em suas diferenças, reunindo-as (sem justapô-las), em um diálogo

¹⁵¹ Donnelly, Jack. Universal Human rights in theory and practice, 109-110. Apud PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 61

¹⁵² BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. Lume Juris: 2010, p.239.

¹⁵³ COLL, Agustí Nicolau. As culturas não são disciplinas: existe o transcultural? In: NICOLESCU, Basarab. Educação e Transdisciplinaridade II. São Paulo: Triom/Unesco, 2002, p. 83

que facilita a emergência de um novo horizonte, sem que este novo horizonte seja exclusivamente o de uma única cultura. Além da abordagem dialética, é necessária, para o alcance da interculturalidade, uma abordagem dialogal, que repousa sobre o postulado de que ninguém isoladamente (quer se trate de pessoa ou cultura) possui capacidade de alcançar o horizonte universal da experiência humana. Assim sendo, apenas se as regras do diálogo não forem postuladas unilateralmente, o Homem poderá atingir uma inteligência mais profunda e mais universal de si mesmo¹⁵⁴. Desta forma o diálogo intercultural resta de extrema importância, tendo em vista que objetiva uma interação. Conforme ensinamentos de Renato Ortiz, as relações sociais não se limitam aos indivíduos que vivem em uma determinada cultura, mas se apresentam cada vez mais desterritorializadas, como realidades mundiais¹⁵⁵.

Este diálogo então pode traduzir o multiculturalismo universal que permite a propagação e convívio de diferentes ideias, desde que esteja estabelecido um denominador mínimo comum entre as partes para o início do diálogo (valores universais)¹⁵⁶.

Nesse mesmo sentido, segundo Touraine, por multiculturalidade, podemos entender a manutenção da unidade social reconhecendo a pluralidade de culturas e tendo-as em permanente intercâmbio entre atores sociais com visões de mundo diferenciadas além da mera coexistência ou convivência¹⁵⁷. Esta noção, reforça a ideia de multiculturalismo universal ao rechaçar a existência de desigualdade entre culturas, substituindo a noção de preservação cultural pela de equiparação entre diversas culturas, a partir de um ponto comum, muito além da coexistência ou convivência, que seria as invariantes humanas, ou melhor, valores universais presentes em diferentes culturas que constituem a sociedade globalizada.

Com isto, verifica-se que a reflexão constante sobre as dimensões das culturas diversas e a necessidade de repensar os valores da vida e da coletividade em uma tolerância na diversidade, é característica emer-

¹⁵⁴ Conforme Agustí Nicolau, [...] com efeito, podemos atingir o outro somente descobrindo-o, não somente como um simples objeto de inteligibilidade, mas como alguém em si mesmo. Devemos perceber o que o outro pensa e acredita de si mesmo e não apenas o que pensamos e acreditamos a respeito dele. COLL, Agustí Nicolau. As culturas não são disciplinas: existe o transcultural? In: NICOLESCU, Basarab. Educação e Transdisciplinaridade II. São Paulo: Triom/Unesco, 2002. p. 87.

¹⁵⁵ ORTIZ, Renato. Diversidad cultural y cosmopolitismo. BARBEIRO, Jesus Martín; ROCHE, Fabio López de la. Cultura y Globalización. Colombia: Centro de Estudios Sociales. 1999. p. 38.

¹⁵⁶ REIS, Marcos Vinicius. Multiculturalismo e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

¹⁵⁷ TOURAINE, Alain. Critique de la modernité. Paris: Fayard, 1992.p. 55.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

gente de uma sociedade cada vez mais mundial, em interlocução permanente. Ao tratar de sociedade mundial, o autor Niklas Luhmann, refere que, na formação de uma verdadeira sociedade mundial, a realidade demonstra a pregação da diversidade acentuando-se, em escala crescente, a diversidade de valores, crenças ou projetos de vida que constitui uma sociedade heterogênea e ao mesmo tempo formulada, a partir da própria comunicação, uma sociedade mundial, marcada por laços de unidade e dependência¹⁵⁸. Como afirma Niklas Luhmann, a sociedade contemporânea possui uma "*intersubjetividade universal*", apontando os seguintes fatores que constituem uma sociedade mundial

[...] Surge uma história mundial concatenada. A morte conjunta de todos os homens se torna possível. As relações econômicas ligam todas as partes do planeta terrestre, possibilidades de comparação em escala mundial fazem parte do cálculo econômico, e as interdependências daí decorrentes transmitem perturbações e crises. Inovações de cunho político, entre outras, são reportadas e julgadas universalmente, e as organizações que com elas lidam podem avaliar quais temas obterão ressonância e atenção em que lugar. Pelo menos nas cidades e nas rotas do tráfego mundial formam-se regras tipicamente expectáveis do comportamento frente a estrangeiros desconhecidos. E, principalmente, a ciência e a técnica, com suas possibilidades, implicações e desempenhos reais, podem contar com expectativas generalizadas de reconhecimento e, na medida do possível, de aplicação. Em todos os lugares eletricidade vale como eletricidade, dinheiro como dinheiro, homem como homem -com as exceções que sinalizam um estado patológico, atrasado e ameaçado. Em todos esses planos pode-se registrar um rápido crescimento de coerências em escala mundial¹⁵⁹.

Em suma, estamos frente a uma sociedade globalizada, em que o fenômeno do multiculturalismo universal¹⁶⁰, está cada vez mais presente e o diálogo intercultural cada vez mais necessário, devido ao aumento de convivência entre países, regiões, ou seja, locais de diferentes culturas e tradições, onde ocorre uma mescla de culturas, de visões de vida e valores, em que as invariantes humanas podem ser chamadas de transculturais. Assim temos a Declaração Universal de Direitos Humanos, em especial, a ideia de Dignidade da Pessoa Humana, como um valor universal posi-

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.vol.1, p. 154-155

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Tradução: Gustavo Bayer. Vol.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 154-155

¹⁶⁰ Aqui se refere por transculturalismo, o multiculturalismo Universal.

tivo e moral (invariante humana) na tentativa de identificar direitos humanos fundamentais como a norma mínima das instituições políticas aplicável a todos Estados que integram uma sociedade global.

Conforme Dworkin, para levar os direitos a sério e aceitar que o governo os respeitem, deve-se aderir, no mínimo, a ideia vaga, mas poderosa, da dignidade humana. Essa ideia de Dworkin, associada à ideia de Kant e defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana e, se ocorrer, deve ser considerado profundamente injusto em qualquer localidade do mundo¹⁶¹.

A questão é que, passados mais de 60 anos da Declaração Universal e apesar de sucessivos tratados e pactos no âmbito internacional, bem como de sustentações quanto a existência de morais universais, com a dignidade da Pessoa Humana, que mesmo não positivada deve ser obedecida universalmente, persistem as violações de Direitos Humanos. Com isto, percebe-se que a positivação, bem como a ideia de invariantes humanas e superação do relativismo cultural forte, não é suficiente para que os direitos humanos sejam respeitados. Assim, a positivação de determinadas pretensões próprias da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é importante, mas não é prova de sua validade universal¹⁶².

Na sociedade contemporânea, não raro os direitos são reduzidos aos chamados direitos fundamentais que, como tais, são direitos resultantes de normas do direito positivo. Uma das questões que deve ser analisada é o fato dos direitos humanos se expressar no fenômeno da nacionalidade, isto porque com o surgimento da figura do Estado-nação, este adquiriu o monopólio da produção jurídica para aplicação dos direitos humanos¹⁶³, bem como a jurisdição para o controle de sua efetividade internamente.

Todavia, esclarecendo esta questão, autores como Otfried Hoffe, sustentam que os direitos humanos são direitos subjetivos válidos absolutamente, os quais a lei infraconstitucional não está autorizada a restringi-los, pois são direitos integrantes de uma moral jurídica universalista¹⁶⁴, daí então a impossibilidade de o conteúdo normativo do direito original do

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 304-305.

¹⁶² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 40, n. 2, 2007, p. 67.

¹⁶³ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 40, n. 2, 2007, p. 67.

¹⁶⁴ HOFFE, Otfried. Derecho Intercultural. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p.168.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

homem esgotar-se na gramática das leis gerais e abstratas, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos seria, assim, a positivação dos princípios fundadores, que, por sua natureza moral, asseguram o caráter de universalidade dessa categoria de direitos, estando ou não, positivado pelo Estado-nação.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, apesar de ser de suma importância o reconhecimento jurídico dos direitos humanos por torná-los menos controvertidos, no nível da efetividade, a positivação não apresenta uma solução. Posto isto se verifica que os direitos humanos encontram-se em um nível supralegal, pois sua observância não decorre apenas da lei, mas de princípios morais, tais como o da dignidade da pessoa humana, em que o homem pode exigir, em qualquer lugar do mundo, respeito à sua vida, estando ou não positivado estes direitos humanos no plano doméstico, pois há situações em que a lei não os prevê integralmente ou sequer existem lei¹⁶⁵.

Consoante ensinamento do professor Barreto, diante de tudo isto há necessidade da existência de uma categoria de direitos universais que perpassa a ordem jurídica nacional e coloque limites ao exercício de poder. E, nestes sentidos, na busca de um diálogo intercultural, sugere-se a manutenção da Dignidade Humana como cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão assegurados as múltiplas dimensões da vida humana, *“todas asseguradoras da realização integral da pessoa”*¹⁶⁶.

Apesar da existência da Declaração Universal e das diversas outras convenções aprovadas junto a ONU, bem como a fundamentação moral dos direitos humanos, destacando a dignidade como cerne destes direitos, o sistema internacional para casos de violação ainda precisa desenvolver tutela jurisdicionais suficientes.

Quanto a tutela jurisdicional, uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é o acesso direto dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e do reconhecimento de sua capacidade internacional no caso de violações dos direitos humanos, como exemplo do estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em vigor a partir de 1988. No continente americano, o quarto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em vigor a partir de 2001 concede o *locus standi* ao indivíduo em todas as etapas dos procedimentos perante a Corte Interamericana. E no continen-

¹⁶⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 40, n. 2, 2007.p. 68.

¹⁶⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 579-591.

te africano, o Protocolo de Brukina Faso, em vigor a partir de 2004, que abriu a possibilidade de acesso direto dos indivíduos à recém-estabelecida Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos¹⁶⁷.

Estas convenções, protocolos, demonstram que muito tem se avançado na jurisdicionalização dos direitos humanos, entretanto ainda falta um longo caminho a percorrer, em especial, no tocante a “ratificação universal e integral” dos tratados de direitos humanos, salientado nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968 e Viena, 1993), isto para que a universalidade passe a fazer parte do plano operacional. A questão é que a aceitação integral, por todos Estados, dos tratados de direitos humanos, é consequência do próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados¹⁶⁸.

Ainda no aspecto jurisdicional, pode-se afirmar que a proteção internacional dos Direitos Humanos, assim como a consolidação da personalidade e capacidade jurídica internacional do ser humano, tem expandido em razão da multiplicidade de tribunais internacionais contemporâneos, como exemplo, a criação de dois Tribunais Internacionais ad hoc das Nações Unidas para a ex-Iugoslávia e para Ruanda (em 1993 e 1994), assim como a adoção em Roma no ano de 1998 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹⁶⁹, estes tribunais a par da responsabilidade internacional dos Estados e organizações internacionais, afirma-se hoje também aos indivíduos.

Percebe-se assim que apesar de diversas violações aos direitos humanos, tanto em um aspecto de violações ao direito positivado, quanto ao direito moral supraestatal, tem se evoluído na busca de realização de justiça internacional no Direito internacional contemporâneo com a criação de novos tribunais internacionais, porém para que estes tribunais possuam operacionalidade são necessários meios que oportunizem sua efetividade.

¹⁶⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.39.

¹⁶⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.39.

¹⁶⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das organizações internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 580.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Nesse sentido, defende Trindade¹⁷⁰, que para a evolução contínua do direito internacional, a coordenação¹⁷¹ e o diálogo entre os tribunais internacionais são de suma importância, pois muitas vezes os trabalhos dos tribunais se complementam, o que deve haver entre os tribunais contemporâneos é a coordenação e complementariedade, isto porque, ainda que cada tribunal tenha sua jurisdição fundamentada em um tratado ou instrumento internacional distinto e com seu próprio direito aplicável, todos conformam uma rede policêntrica de tribunais internacionais “*possível embrião de um futuro judiciário internacional*” para resolver conflitos no plano interestatal como intraestatal¹⁷².

A expansão dos tribunais internacionais, sem dúvidas constitui um grande instrumento de efetividade dos direitos humanos, todavia na realidade, diante de múltiplas injustiças e violações de direitos humanos, ainda são poucos os casos que alcançam os tribunais internacionais, isto porque a preocupação por parte dos “*jursinternacionalistas*” tem se direcionado muito mais a delimitações de competências ou competição interinstitucional, em vez de buscarem o diálogo e o respeito mútuo para uma harmonia institucional e jurisprudencial entre os tribunais internacionais¹⁷³.

¹⁷⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade possui mais de doze anos de exercício da função judicial internacional, tendo participado da elaboração e adoção de mais de uma centena de sentenças internacionais, razão pela qual seus estudos são baseados em uma carreira profissional também vivenciada na prática.

¹⁷¹ Conforme Trindade “O termo coordenação; não obstante, possa assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular. Assim, em relação ao sistema de petições, a “coordenação” pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflituosa de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao sistema de relatórios, a “coordenação” pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao sistema de investigações (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão. A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, - a proteção do ser humano. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p.39.

¹⁷² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das Organizações Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 581.

¹⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das Organizações Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 581.

Considerações Finais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o marco do processo internacionalização dos direitos humanos e introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. A questão é que, além deste discurso idealista, a efetividade da Declaração Universal, para ter sentido, deve ser buscada no plano internacional, ou seja, os Estados devem positivar, regular e controlar internamente dos Direitos Humanos, pois Declaração apenas serve como a regra norteadora.

Além da necessidade de positivação interna dos Direitos Humanos pelos Estados, ultrapassada a ideia de relativismo forte, há algumas regras morais, invariantes humanas, que todas as sociedades devem possuir em comum, tendo em vista que são regras necessárias para a sociedade poder existir, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana que, positivada ou não, possui um valor moral universal. Nesse sentido, pode-se dizer que o diálogo intercultural é um mecanismo para busca de princípios morais universais, a fim de assegurar a realização integral dos direitos humanos em qualquer nação, sem haver necessariamente a positivação destes direitos.

Ocorre que, passados mais de 60 anos da Declaração Universal e sucessivos tratados e pactos no âmbito internacional, bem como de sustentações quanto a existência de morais universais, com a dignidade da Pessoa Humana, que mesmo não positivada deve ser obedecida universalmente, persistem as violações de Direitos Humanos. Tal fato demonstra que a positivação bem como a ideia de invariantes humanas e superação do relativismo cultural forte não são suficientes para que os direitos humanos sejam respeitados.

Assim, verifica-se a necessidade de o sistema internacional desenvolver-se no campo das tutelas jurisdicionais internacionais. Embora já tenham ocorridos conquistas significativas na proteção internacional dos direitos humanos, como o acesso direto dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e do reconhecimento de sua capacidade internacional no caso de violações dos direitos humanos, bem como surgimentos de diversos tribunais internacionais, ainda falta um caminho a percorrer, em especial, no tocante a ratificação universal e integral dos tratados pelos Estados em âmbito global.

A soberania dos Estados-membros em confronto com regulamentações internacionais, tratados internacionais, por vezes, parece enfrentar dificuldades para ratificações universais. Isto porque, até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

com os Estados – nação e com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto internacional um desdobramento natural dessas realidades primárias. Todavia, na atualidade, o que se busca é um cenário interdependente com atores, lógicas, racionalidade, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam fronteiras tradicionais. Nesse sentido, como exemplo, cita-se os tratados e convenções, em que todos Estados, pelo simples fato de sê-lo e pela existência de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, são obrigados a respeitar esses direitos e princípios havendo ou não ratificado as convenções a eles correspondentes, em razão de existir fundamentos morais universais, como da Dignidade da Pessoa Humanada. Fato este que traduz uma regra de efeito transnacional.

Ainda que se fale em direito transnacional e valores transcultural, na atual conjuntura, o Estado permanece sendo o grande protagonista: no plano doméstico, internacional ou transnacional, sendo este a instância para cumprir acordos internacionais, como responsável pela observação dos direitos humanos. Desta forma, necessário buscar uma forma de controle e fiscalização, por meio de uma jurisdição internacional, pois torna-se quase inviável falarmos em efetivação do Direito Internacional sem falarmos em uma jurisdição internacional que possibilite o controle das atuações dos Estados-Membros.

E, é neste cenário que a jurisdição internacional, com proclamação de tratados, convenções, tribunais internacionais, em um diálogo internacional, que possibilita invariantes humanas, impulsionada pelos efeitos da globalização, está ganhando maiores relevância, tornando-se, cada vez, mais efetivas.

Embora a maior efetivação das Declarações Universais está um pouco longe de sua realização ideal, a jurisdição internacional, vem ganhando força com os grandes avanços da globalização que aproximam culturas por meio das facilidades de troca de informação pela comunicação que possibilitam, instrumentos como a coordenação e o diálogo entre tribunais internacionais, que essenciais para que tribunais internacionais se complementem a fim de possibilitar um evolução continua do direitos internacional e uma jurisdição internacional efetiva.

Acredita-se que a tendência, nas próximas décadas, aliada a pressão política, econômica e social internacional, seja o fortalecimento da Jurisdição Internacional, por meio de instrumentos de diálogo e coordenação entre Tribunais Internacionais, mas ainda há um longo caminho a se seguir para a efetivação de um futuro Judiciário Internacional como meio de controle e efetividade dos Direitos Humanos.

Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

BENEDICT, Ruth. *O desafio do relativismo cultural*. Trad. Gonçalves Azevedo. Lisboa: 2004.

BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger o direito internacional humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para universalização dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 99, 2011.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, 2007.

COLL, Augustí Nicolau. As culturas não são disciplinas: existe o transcultural? In: NICOLESCU, Basarab. *Educação e Transdisciplinaridade II*. São Paulo: Triom/Unesco, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

ISA, Felipe Gómez. La declaración universal de derechos humanos: algunas reflexões em torno de su génesis y a su contenido. In: _____ *La declaración universal de derechos em su cincuenta aniversario*. Universidad de Deusto, 1999.

JELLINEK, Georg. *La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Libreria Generalde Victoriano Suárez, 1908.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. 1.

ORTIZ, Renato. Diversidad cultural y cosmopolitismo. BARBEIRO, Jesus Martín; ROCHE, Fabio López de la. *Cultura y globalización*. Colombia: Centro de Estudios Sociales, 1999.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SACHS, Ignacy. O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-56, maio/ago. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000200011>. Acesso em: 13 mar. 2014.

TOURAINÉ, Alain. *Critique de la modernité*. Paris: Fayard, 1992.

TRATADO internacional de Viena. Viena, 6 jul. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). *60 anos da declaração universal dos direitos humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

VIENNA Declaration, 6 July 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

O DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E TAYLOR

Maria Eugênia Bunchaft*

Sumário: Introdução. 1. A filosofia de Charles Taylor. 2. A política de reconhecimento. 3. A crítica habermasiana. 4. O conceito de patriotismo constitucional. 5. *Self* autointerpretativo *versus self* pós-convencional. Considerações finais. Referências.

Introdução

Charles Taylor (2000) desenvolveu uma filosofia do reconhecimento cujo objetivo central é a reflexão sobre as pretensões de grupos minoritários conectada a uma política da diferença, tendo em vista o caráter essencialmente dialógico da natureza humana. O filósofo também desempenhou um importante papel político no Canadá, onde ocupou o cargo de vice-presidente do *New Democratic Party*, sendo que sua atuação política, voltada para a proteção da minoria francófona em seu país, se refletiu profundamente em sua filosofia do reconhecimento, enfatizando a centralidade da proteção de bens culturais que assegurem a preservação de identidades minoritárias. Nesse aspecto, Taylor (2000) salienta que a perspectiva intersubjetiva de construção da identidade é um elemento incontornável do ser humano, destacando que formas opressivas de dominação sobre grupos minoritários trazem reflexos negativos sobre a autoestima, pois implicam processos distorcidos de reconhecimento mútuo e expressão de desigualdades.

É premente frisar que Taylor (2000), ao analisar o contexto canadense, se contrapõe a políticas universalistas, propugnando uma política da diferença, considerada pelo autor como uma reação ao liberalismo insensível às identidades minoritárias. Em síntese, a proposta assumida pelo filósofo canadense baseia-se no ideal da *diversidade profunda* em defesa do reconhecimento da distintividade cultural quebequense, ainda que impondo limitações a direitos individuais. Mas será que a política da diferença, delineada por Taylor, não conduz a essencializações identitárias? Existe uma relação necessária entre ideal da autenticidade e política da diferença? Nesse sentido, a polêmica com Jürgen Habermas (2002a) é inevitável.

* Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Email: mbunchaft@unisinos.br.

Habermas (2002a) delineou uma perspectiva procedimentalista acerca da filosofia política do reconhecimento que se contrapõe de forma marcante à filosofia do reconhecimento desenvolvida por Charles Taylor (2000), tendo em vista o seu modelo de *self* pós-convencional. Por um lado, para Habermas (2002a), o sistema de direitos possui uma sensibilidade inclusiva em relação às diferenças culturais, de forma que grupos e minorias devem articular em processos discursivos aquelas tradições que propugnam manter ou questionar. De outro lado, Habermas (1994), por meio do seu conceito de patriotismo constitucional, desenvolveu uma concepção original de identidade política, que se opõe ao modelo de política da diferença esboçado por Taylor (2000). Pretendemos nesse trabalho apresentar um debate entre os referidos autores, no que se refere à contraposição teórica do modelo de *self* autointerpretativo delineado por Taylor (1985) e *self* pós-convencional esboçado por Habermas (2012), ou ainda, entre diversidade profunda e patriotismo constitucional.

1. A filosofia de Charles Taylor

Charles Taylor (2000) compreende o reconhecimento como uma questão de autorrealização, estando atento à necessidade de enfatizar a prioridade de proteção de bens culturais que assegurem a preservação de identidades minoritárias. Ao salientar a dimensão psicológica do reconhecimento, destaca que a recusa do reconhecimento tem reflexos sobre a autoestima e suscita a internalização de imagens autodepreciatórias. Daí a sua defesa do caráter dialógico da natureza humana, pois o indivíduo só se autodefine na relação com a alteridade social, estabelecendo a relação entre a necessidade de reconhecimento e sua vinculação com a identidade:

(...) a tese é de que nossa identidade é moldada pelo reconhecimento ou por sua ausência, freqüentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou um grupo de pessoas podem sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes desenvolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. (...)
(TAYLOR, 2000, p. 241)

Nesse quadro teórico, o pressuposto de Taylor (2000) constitui a não neutralidade das ações, porquanto uma abordagem cientificista termina por desincorporar o *self* de um horizonte valorativo, e não considera que a nossa subjetividade seja nutrida por configurações morais. Se a esfera moral, na perspectiva tayloriana, não pode ser abordada sob um

enfoque universalista - pois envolve a possibilidade que o ser humano tem de realizar avaliações fortes que determinam o próprio sentido de sua existência - assume especial relevância a sua crítica a filosofias universalistas, tal como a filosofia kantiana, que desconsideram a conexão intrínseca entre o *self* e o bem.¹⁷⁴

Nessa linha de raciocínio, Taylor (1985) considera profundamente a capacidade que o ser humano possui de se autointerpretar, posicionando-se sobre questões que afligem a vida comunitária e que são essenciais a uma vida plena; daí a importância de o agente tomar consciência dos fundamentos valorativos que nutrem suas ações, pois esses são determinantes para o sentido de uma vida digna. Nem todas as escolhas cotidianas implicam distinções qualitativas, pois existem escolhas triviais que não determinam tão profundamente a construção de nossa identidade; mas há determinadas escolhas que são essenciais à construção de uma concepção de dignidade e que implicam discriminações valorativas a serem realizadas por um processo autointerpretativo. Nesse particular, Taylor (2000) apresenta-nos a sua filosofia do reconhecimento.

2. A política de reconhecimento

É mister explicitar que a ideia fundamental da filosofia tayloriana é a de que somos seres autointerpretativos, que construímos nossa identidade imersos em uma comunidade cultural com a qual nos relacionamos linguisticamente, sendo que, por meio de relações dialógicas, em redes de tradições compartilhadas, alcançamos uma compreensão plena a respeito de nossas singularidades. (TAYLOR, 1985). Assim, autointerpretação e avaliação forte não se realizam em uma perspectiva monológica, mas em dimensão essencialmente dialógica que permite ao indivíduo articular com

¹⁷⁴ Em Kant (1964), a legislação moral não admite que uma ação possa ser cumprida segundo uma inclinação ou um interesse, mas somente para obedecer à lei do dever, ou seja, a ação moral não é determinada por desejos particulares, mas unicamente pelo princípio da vontade. Na perspectiva tayloriana, Kant, ao definir a moral de acordo com o imperativo categórico, termina por negligenciar aspectos fundamentais relativos à felicidade e ao conteúdo emocional das ações humanas. Nesse sentido, Ruth Abbey, uma das principais comentadoras do empreendimento tayloriano, assinala: "A filosofia moral moderna fornece respostas tipicamente universalistas às questões sobre o que é certo fazer para e pelos outros. Tais respostas são estabelecidas como premissas de um ideal de igualdade humana. No entanto, Taylor encara a abordagem das respostas universalistas como tendendo a negligenciar as questões sobre o que é bom ser, pois estas são suscetíveis de ter respostas mais pessoais e particulares." (ABBEY, 2000, p. 11); Para uma abordagem crítica a respeito da filosofia tayloriana, cf.: TULLY, 1994; REDHEAD, 2002.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

profundidade o conteúdo de seu universo moral. É esse pano de fundo que fornece significado à nossa existência. Com efeito, o aspecto dialógico da identidade humana torna fundamental uma política da diferença, porque o universalismo do direito à igualdade e à dignidade não deve anular a unicidade, a autenticidade e a originalidade de cada indivíduo. Destaca que grupos historicamente discriminados precisam se libertar de uma identidade imposta e destrutiva, o que exige uma política da diferença, uma vez que a depreciação sistemática possui efeitos negativos em relação à autoestima.

Portanto, o conceito de dignidade igual surge nas sociedades pré-democráticas como reflexo de uma política universalista, isto é, a dignidade igualitária passa a ser encarada como um valor comum a todos os indivíduos, substituindo o conceito de honra, que estava vinculado a hierarquias sociais. O ideal da dignidade igualitária surge a partir de uma política universalista de reconhecimento da dignidade igual dos cidadãos e da igualdade de direitos vinculada tradicionalmente à exclusão da discriminação e, portanto, da diferença. A partir desse momento, Taylor (2000) introduz a noção de identidade como autenticidade – uma identidade peculiar que revela uma essência autêntica, ou seja, uma forma original de ser humano. O ideal da autenticidade surge no final do século XVIII, a partir da visão da autorrealização centrada que se vincula não a uma entidade superior, mas a uma fidelidade a si mesmo. Nesse aspecto, Herder é um interlocutor privilegiado para Taylor (2000), apresentando a ideia de que cada um de nós tem um modo original de ser humano, o que implica na necessidade de resgatarmos nossa essência autêntica.

Em face dessa percepção filosófica, o liberalismo clássico estaria relacionado com a primeira dimensão, mas permaneceria fechado em relação ao ideal da autenticidade. Taylor (2000) associa a política da dignidade igual com a leitura particular do liberalismo (procedimental), de acordo com a qual o Estado garantiria direitos e liberdades individuais, devendo ser neutro em relação às visões substantivas individuais e coletivas, ou seja, seria inteiramente cego em relação às diferenças dos cidadãos. A política da diferença, vinculada ao ideal da autenticidade, pressupõe que cada indivíduo teria uma expressão singular e original que deveria ser reconhecida pela sociedade.

Nessa trajetória teórica, o filósofo, analisando o caso canadense, propõe a instituição de medidas normativas que visam a resguardar os direitos da minoria francófona no Canadá, defendendo um liberalismo sensível às identidades culturais. Para Taylor (2000), enquanto o liberalismo 1 está voltado para a garantia dos direitos e liberdades individuais, o

liberalismo 2 seria um modelo de sociedade liberal sensível às singularidades culturais específicas, tendo em vista a experiência de seu próprio país, o Canadá. O reconhecimento de Quebec como uma sociedade distinta, na emenda Meech à Carta Canadense de Direitos de 1982, deu lugar a uma série de normas restritivas que violam direitos individuais em nome do objetivo da sobrevivência da cultura francófona no Canadá. Taylor (2000) considera possível um outro modelo de sociedade liberal, sendo necessárias políticas públicas que contemplem a proteção às diferenças culturais.

Não obstante, a perspectiva tayloriana foi objeto de críticas pela filosofia procedimental habermasiana, que se contrapõe a essencializações identitárias. Nesse tópico, passamos a analisar a crítica de Habermas (2002a).

3. A crítica habermasiana

Jürgen Habermas (2002a) delineou uma perspectiva original sobre o reconhecimento nas sociedades multiculturais, tendo em vista uma compreensão procedimental. Na perspectiva de Habermas (2002a), as identidades culturais devem ter a prerrogativa de questionar tradições e práticas culturais existentes, podendo inclusive distanciar-se reflexivamente das mesmas. A preservação de certos direitos culturais que impliquem restrições à autonomia individual, não se compatibilizam com a construção de uma cultura política aberta e universalista. Nesse aspecto, situa-se a crítica de Habermas (2002a) à perspectiva tayloriana, alegando que não deveríamos preservar as culturas da mesma forma que as espécies.

Em face desta leitura, para Habermas (2002a), o universalismo dos direitos humanos possui uma sensibilidade inclusiva em relação às diferenças culturais, de forma que Taylor (2000), ao defender a restrição de direitos individuais em favor de direitos culturais, ignora que os destinatários das normas só alcançam autonomia à medida que se compreendem como autores e destinatários dos seus direitos. De um lado, entendemos que tais concepções de vida digna não podem ser impostas de forma paternalista, porquanto devem ser discutidas racionalmente mediante trocas de argumentos; de outro lado, os indivíduos não deixam de se identificar com seus desejos e projetos singulares, mas passam a compreendê-los em uma perspectiva mais abrangente que pode implicar, até mesmo, um certo distanciamento reflexivo em relação a suas tradições.

Nesse cenário, a cidadania perdeu o sentido de pertencimento a uma comunidade cultural, e a herança republicana só pode ser salva à medida que os cidadãos participam ativamente do processo político e se identificam com um projeto constitucional compartilhado, assumindo especial relevância o conceito de patriotismo constitucional.

4. O conceito de patriotismo constitucional

O tema do patriotismo constitucional emergiu no contexto da reconstrução da identidade alemã. O *Historikerstreit* consistiu no embate teórico na República Federal da Alemanha, no qual intelectuais alemães discutiram o significado histórico do Holocausto. Foi Jürgen Habermas (1994) que, durante a metade da década de oitenta, se contrapôs ao neohistoricismo e sua tentativa de minimizar as tragédias do Holocausto. O filósofo assumiu uma postura crítica em relação às interpretações revisionistas que minimizavam o sentido do holocausto e das atrocidades cometidas no nazismo.¹⁷⁵ Assim, o patriotismo constitucional alemão inspirou um processo de reconstrução da identidade alemã que, superando o nazismo, estabeleceu uma estrutura normativa baseada no Estado de direito, nos direitos fundamentais e nos valores de uma cultura política liberal. (HABERMAS, 1998b, p. 115-116). O autor alemão desenvolveu o conceito de patriotismo constitucional ao delinear um modelo de identificação política capaz de superar uma identidade etnocultural.¹⁷⁶ O patriotismo constitucional não se baseia em características etnoculturais, mas nas práticas argumentativas de adesão a um projeto constitucional democrático.

É precisamente nesse sentido, que se situa a crítica de Habermas (2002a) à abordagem comunitarista proposta por Charles Taylor (2000), no que se refere à proteção das identidades culturais.¹⁷⁷ Entende que a

¹⁷⁵ Sobre essa questão, Antônio Cavalcanti Maia analisa: “As referências iniciais ao conceito de “patriotismo constitucional” (*Verfassungspatriotismus*) aparecem nos trabalhos de Habermas durante a metade da década de oitenta em uma das intervenções mais incisivas na esfera pública alemã: o Debate dos Historiadores – o *Historikerstreit*. Naquele momento, inserido na controvérsia acerca da tentativa de alguns historiadores alemães de negarem a singularidade do Holocausto, o herdeiro da Escola de Frankfurt - dirigindo a sua crítica a um grupo de historiadores conservadores liderados por Ernst Nolte (seguido por Hillgruber e Stürmer), que procurava trivializar o significado do passado nazista para a história alemã através de uma reinterpretação histórica - utilizou o conceito de “patriotismo constitucional”, cunhado pelo cientista político Dolf Sternberger.” (MAIA, 2005, p. 133).

¹⁷⁶ Segundo Cronin, as intervenções de Habermas no debate social e político alemão fornecem um valioso exemplo a respeito do que o patriotismo constitucional significou na prática: “Em resposta às alegações dos neoconservadores de que uma identidade nacional integral era indispensável para o funcionamento da democracia, Habermas abraçou a idéia do patriotismo constitucional. Particularmente importantes para nossas preocupações são os argumentos nos quais ele se baseou para fundamentar essa idéia, abordando as questões relativas a qual responsabilidade os alemães deveriam continuar a aceitar pelas atrocidades nazistas e de como a orientação do pós-guerra da República Federal Alemã deveria ser compreendida.” (CRONIN, 2003, p. 17).

¹⁷⁷ A respeito do debate Taylor-Habermas, cf.: FOSSUM, 2001; BAUMEISTER, 2003, p. 740-758; COOKE, 1997, p. 258-288; HABERMAS, 2002a, p. 229-267.

perspectiva ecológica de preservação das espécies não pode ser transposta para o plano cultural. De fato, os legados culturais não podem ser impostos, pois os membros dos grupos culturais devem ser livres para questionar tradições culturais, tendo em vista o potencial crítico das identidades.¹⁷⁸ Como a concepção de moralidade pós-convencional, em Habermas (2002a), é compatível com a ideia de que as democracias contemporâneas podem se organizar em torno de valores centrais, o patriotismo constitucional deve se ancorar em uma concepção de cidadania democrática capaz de gerar uma solidariedade entre estranhos, ou seja, entre indivíduos de culturas diversas. Defensores do patriotismo constitucional - como Justine Lacroix (2002), Omid Payrow Shabani (2002) e Ciaran Cronin (2003) - têm argumentado que o conceito é capaz de acomodar diferenças e pluralidades desde que os cidadãos estejam socializados em uma cultura política comum de valores democráticos liberais.

Antes de tudo, é mister frisar que uma identidade coletiva, fundamentada em um projeto constitucional compartilhado, pode conquistar a lealdade dos membros dos diversos subgrupos religiosos e culturais, dentro de uma cultura política comum que transcenda suas diferenças. De acordo com Habermas (2002a), por meio de processos de deliberação discursiva, os cidadãos dos Estados democráticos reconhecem a si próprios, simultaneamente, como autores e destinatários dos princípios constitucionais, inspirando um sentimento de solidariedade entre indivíduos de diversos *backgrounds*.

Nesse quadro teórico, Ciaran Cronin (2003), professor de Filosofia na *University of Illinois*, e um dos mais ilustres defensores do empreendimento habermasiano, por sua vez, destaca: “os indivíduos não deixam de se identificar com seus desejos e projetos, mas passam a compreendê-los em uma perspectiva abrangente que lhes permite refletir criticamente sobre suas uniões e compromissos, sem ter que negar quem são” (CRONIN, 2003, p. 4). Nesse sentido, em face do exercício crítico da razão, as próprias concepções de bem passam a ser discutidas racionalmente, motivo por que compreendemos que a lealdade aos princípios constitucionais e às instituições políticas por eles estruturadas pode gerar uma cultura política independentemente de uma concepção

¹⁷⁸ Como salienta Marcelo Cattoni, Habermas pretende mostrar que “a noção de patriotismo constitucional é, portanto, compatível com uma sociedade pluralista do ponto de vista cultural e político: por meio da construção de uma identidade constitucional comum, é possível articular a unidade da cultura política no contexto múltiplo de subculturas e formas de vida presentes na sociedade, desde uma perspectiva não fundamentalista.” (CATTONI, 2006, p. 70).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

etnocultural de cidadania. Partindo de uma perspectiva habermasiana, percebemos que Taylor (2000) pressupõe apenas a moralidade convencional, desconsiderando o exercício crítico da razão. Compartilhamos com a perspectiva habermasiana a ideia de que, na sociedade pós-convencional canadense, o ideal do patriotismo constitucional pode guiar a negociação política dos anglófonos, francófonos, povos nativos e criar um regime justo de associação política. Analisando o tema, Omid Payrow Shabani (2002), professor de Filosofia da *University of Guelph*, e um dos maiores defensores da concepção habermasiana de patriotismo constitucional, ressalta que:

(...) portanto, embora exista um contexto histórico que embase a identidade política canadense, a diversidade e a maturidade de desenvolvimento de suas forças políticas tornam-nos capazes e exigem-nos que superemos critérios particularistas de associação em favor de um critério universal baseado em direitos. (...) (SHABANI, 2002, p. 438).

Nessa linha de raciocínio, Taylor (2000), ao contrapor-se a um suposto processo de assimilação das políticas de dignidade igual, pressupõe apenas a moralidade convencional na sua política de reconhecimento, como se a nossa subjetividade fosse determinada de forma absoluta e exclusiva por uma comunidade linguística. Embora também pressuponha o caráter dialógico da natureza humana, a perspectiva habermasiana é capaz de transcender reflexivamente os limites de uma comunidade cultural específica com base no exercício crítico da razão. Em vista disso, o herdeiro da Escola de Frankfurt procura resgatar os pressupostos pragmáticos da comunicação, por meio dos quais os indivíduos negociam pretensões de validade, de forma a transformar suas relações com o mundo.¹⁷⁹ Em síntese, o debate possui um potencial racionalizador na construção de liames identitários inseridos em uma cultura política aberta e inclusiva.

Disso se infere, ao nosso ver, a importância da compreensão habermasiana, que estimula o exercício crítico da razão por meio de um certo distanciamento reflexivo em relação a nossas contingências culturais e históricas. Analisando a perspectiva habermasiana, Justine Lacroix, pro-

¹⁷⁹ Nesse sentido, a fim de elucidar a centralidade da dimensão linguística no projeto habermasiano, no que se refere à construção dos vínculos identitários, assinala Maeve Cooke: "Tradições culturais seriam reproduzidas por meio de processos de avaliação intersubjetiva de pretensões de validade, onde as ordens legítimas seriam dependentes de práticas argumentativas abertas e críticas para estabelecer e justificar normas, e onde identidades individuais seriam autorreguladas por meio de processos de reflexão crítica. (COOKE, 1994, p. 162).

fessora da *Université Libre de Bruxelles*, salienta que “um dos objetivos do patriotismo constitucional é promover uma cultura política compartilhada (e não única). Ao invés de negar a importância das peculiaridades nacionais, essa cultura política deveria emergir do processo de confrontação e deliberação aberta entre as várias culturas nacionais...” (LACROIX, 2002, p. 951). Antes de *Direito e Democracia*, porém, o poder emancipatório da razão comunicativa, delineada por Habermas (2012) em *Teoria do Agir Comunicativo*, havia sido objeto de críticas de feministas como Nancy Fraser (2000), pois não era capaz de se contrapor a uma ideologia de gênero opressora, que marcava o mundo da vida.

Desse modo, Fraser (2000), uma das principais teóricas feministas do reconhecimento, constatou que a teoria habermasiana da ação comunicativa não tinha potencialidade para acomodar alguns dos *insights* do feminismo moderno e superar a concepção androcêntrica de mundo. As consequências patológicas da penetração dos imperativos sistêmico nas dinâmicas do mundo da vida e nas estruturas familiares produziam uma ideologia de gênero extremamente opressora. Marie Fleming (1997) observou que Habermas não reconhecia explicitamente se as estruturas familiares do mundo da vida seriam organizadas por relações de dominação e subordinação. O filósofo não esclarecia se a racionalidade comunicativa poderia impor limites aos imperativos estratégicos ou se seria suprimida pelos imperativos sistêmicos, razão por que muitas feministas consideravam a teoria habermasiana incapaz de contemplar as circunstâncias e necessidades específicas do feminismo, tendo em vista a separação analítica entre os domínios público e privado.

Entretanto, em *Direito e Democracia*, Habermas (2003b) estabeleceu a cooriginariedade entre autonomia pública e privada, distanciando-se da tradição liberal, respondendo às críticas feministas de forma coerente. Habermas (2003b) não mais afirma a neutralidade ética do Estado Constitucional, mas destaca que discursos éticos passam a permear os processos de deliberação discursiva. O reconhecimento da impregnação ética do Estado Constitucional - como um fato inerente ao processo democrático - constituiu um esforço teórico essencial para flexibilizar sua distinção rígida entre questões éticas e morais, em resposta a perspectivas críticas, como a de Taylor (2000), no sentido de que o liberalismo seria inteiramente cego às diferenças. As pessoas que constroem uma nação de cidadãos estão inseridas em uma rede de tradições e contextos intersubjetivamente compartilhados de experiências de vida; portanto, qualquer sistema legal é expressão de uma forma de vida particular e não meramente reflexo de características universalistas consubstanciadas em direitos básicos. Por esta razão, os princípios constitucionais devem ser interpretados a partir

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

do ponto de vista das singularidades culturais específicas, interpretação esta que não pode ser eticamente neutra (HABERMAS, 2002a).

Em face dessa concepção filosófica, para Habermas (2002a), o sistema de direitos não é cego em relação às diferenças culturais, procurando desenvolver uma perspectiva procedimental com fulcro na concepção de cooriginariedade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais não haveria como estabelecer as condições procedimentais necessárias ao exercício da autonomia pública; mas, sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não são capazes de articular discursivamente suas concepções de bem:

(...) Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos. (...) (HABERMAS, 2002a, p. 293)

Com efeito, a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente e, nesse sentido, Habermas contrapõe-se à perspectiva tayloriana, destacando que a restrição a direitos individuais, para garantir bens culturais, assume uma perspectiva paternalista que mina a sua articulação em processos discursivos.¹⁸⁰ O filósofo canadense tenderia a minimizar

¹⁸⁰ Em seu artigo, John Erik Fossum (2001) examina a situação canadense por meio da análise de dois modelos contrastantes: a concepção de Taylor de *diversidade profunda* e a concepção de Habermas de *patriotismo constitucional*. De acordo com Fossum, a Carta Canadense promove um *patriotismo constitucional*, baseado em direitos que confronta com o ideal da *diversidade profunda*, delineado por Charles Taylor, requerido pela “realização dos objetivos coletivos da província de Québec, em relação à sobrevivência lingüística e cultural.” De acordo com o ideal da *diversidade profunda*, a identidade é concebida como autenticidade – uma identidade que é particularmente minha – como a base da preocupação moderna pelo reconhecimento. A concepção de *diversidade profunda*, portanto, está associada com o ideal da autenticidade, segundo o qual cada indivíduo possui uma identidade única, uma forma original de ser humano que deve ser reconhecida e promovida.

Destaca Fossum, que “a solução proposta por Taylor, em relação ao papel e *status* de Québec no Canadá, por exemplo, se baseia na *diversidade profunda*, através do reconhecimento constitucional da distintividade quebequense.” Nesse sentido, segundo o autor, “os quebequenses concebem o Canadá em termos dualísticos, porque Québec é vista como uma nação distinta ou uma Comunidade Nacional e como uma das duas nações fundadoras da Confederação Canadense. “Leciona Fossum que os quebequenses separatistas se opõem à Carta Canadense, argumentando que “esta não promove um patriotismo constitucional viável; em primeiro lugar, porque a Carta Canadense foi introduzida sem o consentimento explícito da província de Québec. Em segundo lugar, a Carta é vista como desnecessária em Québec, pois desde 1975 Quebec adotou sua própria Carta de Direitos Humanos e Liberdades. Em terceiro lugar, a Carta Canadense não oferece proteções explícitas em relação à distintividade nacional ou cultural quebequense. O fundamento de direitos individuais previstos na Carta,

que os cidadãos só obtêm autonomia “quando se compreendem como autores e destinatários dos seus direitos” (HABERMAS, 2002a, p. 234). O autor alemão leciona que os mundos culturais possuem um caráter dinâmico que só se manifesta por meio do diálogo entre os liames identitários, não havendo razão para essencializar tais identidades como realidades isoladas. O filósofo, em passagem elucidativa, sublinha que:

(...) Em sociedades multiculturais, a coexistência equitativa das formas de vida significa para cada cidadão uma chance segura de crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem, e de também poder criar seus filhos nesse mesmo universo; ou seja, significa a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem - como com qualquer outra - dar-lhe continuidade ou transformá-la, ou ainda a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos, ou mesmo romper com ela, em uma atitude autocrítica, para viver a partir daí com a marca deixada por uma ruptura consciente...As culturas só sobrevivem se tiram da crítica e da cisão a força para uma autotransformação. Garantias jurídicas só podem se apoiar sobre o fato de que cada indivíduo, em seu meio natural, detém a possibilidade de regenerar essa força. E essa força, por sua vez, não nasce apenas do isolamento em face do estrangeiro e de pessoas estrangeiras, mas nasce também – e pelo menos em igual medida – do intercâmbio com eles. (...) (HABERMAS, 2002a, p. 252).

Nessa empreitada teórica, Habermas (2002a) propugna uma ética do discurso conectada às demandas por reconhecimento por meio de uma Constituição que promove uma sensibilidade inclusiva em relação às diferenças culturais. A cultura política comum deve ter um potencial de integração entre liames identitários, minimizando o risco da fragmentação. Analisando a perspectiva habermasiana, Andrea Baumeister (2003), professora da *University of Stirling*, na Escócia, destaca que as concepções relativas à cooriginariedade entre as autonomias pública e privada e à impregnação ética do Estado permitem “uma concepção complexa e sofisticada sobre a distinção público/privado e o relacionamento entre o justo e o bem. Isso assegura que sua perspectiva seja realmente sensível àque-

portanto, são vistos como um impedimento a medidas efetivas em Québec para proteger e promover sua distintividade cultural e lingüística.” Segundo Fossum, a Carta Quebequense oferece maiores proteções aos direitos da língua francesa e aos objetivos coletivos quebequenses do que a Carta Canadense. Esta, por sua vez, é mais capaz de conduzir a um patriotismo constitucional habermasiano, em razão da ênfase em direitos individuais e de sua orientação cosmopolita. (FOSSUM, 2001, p. 179-202).

las preocupações expressas pelos advogados do multiculturalismo”. (BAUMEISTER, 2003, p. 746).

Indubitavelmente, para Habermas (2002a), a centralidade da impregnação ética do Estado Constitucional permite um ideal universalista sensível à diferença, porquanto tanto questões morais como questões éticas podem ser discutidas racionalmente. Se todo Estado é eticamente impregnado e interpreta princípios constitucionais à luz de experiências históricas particulares, a cultura política deve refletir uma multiplicidade de autocompreensões éticas, e não deve favorecer nem discriminar subculturas específicas. De um lado, a cultura política comum - que reflete o processo de confrontação e deliberação entre a multiplicidade de liames identitários - deve permanecer forte o suficiente para resguardar a nação de cidadãos do risco da fragmentação.

De outro lado, uma vez que a autonomia pessoal só pode ser protegida se também for protegido o contexto de vida no qual a identidade é formada, é importante que as necessidades específicas e as aspirações associadas com o contexto de vida particular sejam claramente compreendidas. É fundamental que grupos historicamente discriminados possam se inserir em debates públicos e práticas democráticas que lhe propiciem uma real percepção sobre seus interesses, sob pena de adotarmos uma perspectiva paternalista que restringe direitos individuais para proteção de bens culturais.

Em suma, as identidades possuem um potencial crítico que somente se expressa por meio do diálogo com a alteridade social. Para Taylor (1985), o *self* é um projeto, suscetível a transformações por meio de autointerpretações, porquanto cada vez que o indivíduo articula linguisticamente seus sentimentos, inaugura-se uma nova configuração moral que transforma o seu universo substantivo. Nesse sentido, Taylor apresenta-nos a idéia de um *self* autointerpretativo.

5. *Self* Autointerpretativo versus *self* pós-convencional

De início, Taylor (1985) sublinha que um elemento peculiar dos seres racionais é realizar avaliações fortes como uma forma de atenuar certos antagonismos morais e contradições sobre a vida boa, sendo que essa possibilidade singular de estabelecer distinções qualitativas entre os bens e critérios - que distinguem o justo do injusto, o nobre do vulgar - marca o apaixonante universo humano. As avaliações fortes são questionamentos inescapáveis à subjetividade humana e a uma vida plenamente realizada - em oposição a uma existência moralmente irrelevante - pois tais discriminações qualitativas conferem significado a uma existência

realmente autêntica. Ressaltamos que a compreensão tayloriana de avaliações fortes tem como fonte de inspiração a ideia de desejos de segundo grau, esboçada por Harry Frankfurt: desejos incidentes sobre nossos próprios desejos. (TAYLOR, 1985). A capacidade de valorar determinados desejos intrínsecos à nossa realização pessoal constitui um traço distintivo do ser humano.

Tal perspectiva decorre do fato de que nossa identidade, nossos desejos e projetos de vida estão conectados a uma configuração moral singular que se expressa pelas avaliações fortes, sendo estas um fato incontornável de uma vida digna. Saber quem somos implica saber quais são nossas alternativas morais, porque em tal universo substantivo existem bens valiosos que nos permitem assumir posições peculiares ao definir o próprio sentido de nossa vida. De um lado, o ato de posicionar-se diante de uma configuração moral possui uma dimensão constitutiva em relação à condição humana, porquanto por meio das suas fontes valorativas, o agente orienta-se na sua existência.

De outro lado, não obstante o adjetivo “forte” para qualificar a avaliação, Taylor (1985) refere-se à qualidade da avaliação, e não à intensidade de desejos tais como ódio, ciúme, vingança, sendo assim caracterizada por contemplar um conteúdo valorativo e constitutivo da nossa subjetividade, de forma que, eventualmente, o agente poderá ser capaz de superar tais sentimentos, tendo em vista valores mais singelos, como, por exemplo, a possibilidade de perdão.

Para Taylor (1985), a concepção segundo a qual o indivíduo compreende sua vida em termos de uma narrativa pressupõe uma pluralidade de bens que constituem seu universo moral. Nesse sentido, o agente procura posicionar-se em face de uma pluralidade de bens, elegendo aqueles que lhes são mais caros. A fim de determinar o papel estabelecido pelos diferentes bens e sua relevância emotiva, o sujeito procura articulá-los, explicitando as concepções de bem que irão determinar suas escolhas morais. Segundo Taylor (1985), em face de uma multiplicidade de bens que integram nossas configurações morais, a capacidade que o ser humano possui de se autointerpretar relaciona-se com sua busca incessante pela realização pessoal. A ideia fundamental do *self-interpreting animal* é a de que nossas ações são moldadas pela articulação simbólica de nossos sentimentos, que servem de norte para determinadas opções valorativas, porque a avaliação- forte não implica necessariamente uma articulação consciente das nossas fontes morais, sendo possível realizarmos distinções qualitativas na esfera de uma moralidade inarticulada. Tais bens, fortemente avaliados, podem condicionar nossas opções e escolhas, ainda que de forma inconsciente ou desarticulada.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Em face dessa concepção teórica, é a linguagem que permite a articulação simbólica dos nossos sentimentos, de forma a organizar os nossos desejos aparentemente desarticulados, sendo que a avaliação forte, por meio da articulação linguística, permite compreender mais profundamente e estruturar nossos sentimentos, de forma a estabelecer distinções qualitativas entre os bens. Em síntese, é articulando esses dois elementos teóricos – interpretação e sentimento – que Taylor (1985) delinea a possibilidade de estabelecer avaliações-fortes como um aspecto incontornável do agente humano, constituindo o substrato emotivo necessário para que o agente resgate suas fontes morais. Alguns desejos alcançam dimensão qualitativa diversa, razão por que assume especial relevância o processo de articulação linguística, que torna mais claro para o agente o verdadeiro sentido emocional de suas ações morais.

É necessário elucidar, todavia, que a articulação não ocorre em uma perspectiva instrumental relativa à designação dos objetos, mas busca revelar os bens presentes em um universo cultural. Diferentemente de Habermas (2002a), portanto, a concepção de racionalidade tayloriana é substantiva: os bens e valores articulados pelo sujeito relacionam-se às práticas culturais de uma comunidade, porquanto o desvelamento dos mesmos pressupõe um processo autointerpretativo no qual o sujeito se compreende como membro de uma comunidade linguística. Em Habermas (2002a), diferentemente, é possível um distanciamento reflexivo em relação aos padrões culturais de uma sociedade.

Esse aspecto é particularmente interessante, pois trata-se de uma teoria da evolução moral desenvolvida por Habermas (2003a), a partir das pesquisas de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg, compreendendo a ontogênese da personalidade humana por meio de três dimensões: a estruturação da capacidade cognitiva, da capacidade linguística e da capacidade interativa. Kohlberg estabelece uma sucessão de seis estágios subdivididos em três níveis de desenvolvimento da competência moral dos indivíduos - pré-convencional, convencional e pós-convencional. Os seis estágios descritos por Habermas com base em Kohlberg são os seguintes: orientação para a punição e a obediência; orientação ingênua e egoísta; orientação para o ideal do bom menino; orientação para a preservação da autoridade e da ordem social; orientação legalista-contratual; orientação por princípios.

No primeiro estágio moral do nível pré-convencional, a criança move-se pela obediência literal às regras e à autoridade, evitando o castigo e o poder superior das autoridades. No segundo estágio, as regras são cumpridas quando forem necessárias à satisfação dos interesses e necessidades próprias. A criança responde às noções de certo e errado compre-

endidas em uma perspectiva egocêntrica, sempre visando, instrumentalmente, às próprias necessidades, em termos de recompensas. (HABERMAS, 2003a, p. 152). Habermas (2003a) estabelece uma homologia entre esse nível de desenvolvimento moral e a identidade coletiva das sociedades tribais, nas quais o direito ainda não é um direito cogente. Os pecados e crimes são julgados sob o ponto de vista “da compensação de um prejuízo causado; só são moralmente relevantes as consequências da ação, não as intenções dos réus.” (HABERMAS, 2012, p. 318). Assim, por exemplo, a violação do tabu do incesto é considerada como uma transgressão à ordem sagrada cujas consequências ameaçam a coletividade. A validade das normas decorre de ações rituais de uma comunidade e não por sanções externas monopolizadas pelo Estado.

O nível convencional compreende o terceiro estágio moral (das expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade) e o quarto estágio (da preservação do sistema social e da consciência). No terceiro estágio, o indivíduo preocupa-se com as demais pessoas e seus sentimentos, mantendo-se leal e digno de confiança, sendo motivado a seguir as regras e expectativas. No quarto estágio, o indivíduo preocupa-se em “manter em funcionamento a instituição como um todo, o autorrespeito ou a consciência compreendida como o cumprimento das obrigações definidas para si próprio ou a consideração das consequências.” (HABERMAS, 2003a, p. 153). Nas palavras de Habermas, no nível convencional, “a criança incorpora as universalidades simbólicas dos papéis menos fundamentais de seu ambiente familiar e, mais tarde, as normas de ação de grupos mais amplos, a identidade natural acoplada ao seu organismo é substituída por uma identidade constituída por papéis e mediada simbolicamente.” (HABERMAS, 1990, p. 79).

Habermas (2012) estabelece uma homologia entre esse nível de desenvolvimento da consciência moral e a identidade coletiva de sociedades convencionais, que são aquelas sociedades organizadas na forma de Estado e nas quais a autoridade política estabelece meios de sanção centralizados que atribuem efeitos vinculantes às decisões dos que ocupam cargos. Nas palavras de Habermas, “A autoridade do soberano não decorre de algo meramente fático, e sim de um poder de sanção reconhecido como legítimo pelos membros do direito.” (HABERMAS, 2012, p. 319). O crime, por exemplo, é considerado uma violação por um indivíduo a normas reconhecidas intersubjetivamente. A violação à norma é medida pela intenção do agente que age responsabilmente e o castigo não se destina à compensação dos efeitos negativos da ação, mas a um agir culposos.

A superação da identidade convencional ocorre na adolescência, “quando o jovem aprende a importante diferença que existe entre as

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

normas, por um lado, e, por outro, os princípios segundo os quais podemos produzir normas. ” E conclui: “Tais princípios podem servir como critério para a crítica e a justificação de normas preexistentes. Aliás, para quem julga segundo princípios, todas as normas vigentes só podem aparecer como posições, como meras convenções.” (HABERMAS, 1990, p. 80). O nível pós-convencional inclui o estágio dos direitos originários ou do contrato social ou da utilidade (quinto estágio) e o estágio de princípios éticos universais (sexto estágio). No quinto estágio, o indivíduo sustenta direitos, valores e contratos legais básicos, “mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo.” (HABERMAS, 2003, p. 153). Os indivíduos se conscientizam de que a sociedade é composta por uma pluralidade de valores e opiniões, sendo que a maioria dos valores e regras são relativos a seus grupos. E concluiu: “alguns valores e direitos não-relativos, tais como a vida e a liberdade, têm que ser apoiados em qualquer sociedade independentemente da opinião da maioria.” (HABERMAS, 2003, p. 154). Por fim, no sexto estágio, o indivíduo adere a princípios éticos universais, que tornam-se o fundamento de validade das leis e acordos sociais particulares. As leis e acordos sociais particulares são válidos porque não violam princípios universais de justiça.

Nas sociedades pós-convencionais, o direito, além de contemplar a dimensão da positividade, requer a necessidade de justificação. Para Habermas, “o sistema jurídico como um todo necessita de uma ancoragem em instituições básicas capazes de legitimá-lo. No Estado Constitucional burguês, tal papel é desempenhado, em primeira linha, pelos direitos fundamentais e pelo princípio da soberania do povo...” E conclui: “neles se incorporam as estruturas da consciência moral pós-convencional” (HABERMAS, 2012, p. 322). Nas sociedades pós-convencionais, a eticidade tradicional se fragmenta em questões éticas e morais, passando-se a exigir a aplicação de princípios gerais nas relações privadas e a obediência a um direito positivo na esfera profissional. É clara a assertiva de Habermas:

(...) E, quanto mais se aprofunda a generalização dos valores e dos motivos, tanto mais o agir comunicativo se desprende dos padrões de comportamento concretos e veiculados pela tradição. Tal desligamento faz com que o fardo da integração social seja tirado paulatinamente do consenso ancorado na religião e passado para processos de formação do consenso no interior da linguagem. (HABERMAS, 2012, p. 325).

Habermas (1990), em *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, refere-se a um sétimo estágio que não foi desenvolvido por Kohlberg e que pressupõe uma ética universal da linguagem. O princípio de que justifica as normas não é mais um princípio monologicamente aplicado,

mas decorrente de um procedimento discursivo com vistas à universalização das mesmas.

É imperioso explicitar que, para Habermas (2003a), a autonomia do sujeito humano individual está conectada com o reconhecimento intersubjetivo em processos discursivos sobre a justiça moral de seus julgamentos e ações; mas o sujeito alcança a individuação como ser diferenciado dos demais por meio do reconhecimento discursivo de aspectos singulares de sua identidade. Nesse ponto, é necessário elucidar que a concepção habermasiana de autonomia é concebida como o aspecto moral da liberdade, enquanto autorrealização constitui a sua dimensão ética¹⁸¹, estabelecendo ainda uma distinção entre autonomia pessoal e autonomia moral. De um lado, a autonomia pessoal relaciona-se à prerrogativa individual de eleição dos projetos pessoais de vida; de outro lado, a autonomia moral conecta-se a princípios moralmente vinculantes delineados pelo Princípio U¹⁸², à luz da ética do discurso. A concepção kantiana de autonomia moral é interpretada habermasianamente em uma perspectiva dialógica e intersubjetiva, porquanto o indivíduo se torna autônomo, à medida que se insere em processos discursivos de reflexão crítica nos quais são problematizadas suas pretensões de validade. Nesse sentido, é oportuno sublinhar o posicionamento de uma das principais comentaristas do empreendimento habermasiano, Maeve Cooke (1992), professora da *School of Philosophy*, na Irlanda, relativamente à distinção entre discursos éticos e morais:

¹⁸¹ Maeve Cooke, uma das principais comentaristas do empreendimento habermasiano, esclarece que a concepção habermasiana de subjetividade não é completamente exata. Em algum momento Habermas formula a noção de autonomia como “autodeterminação” e “autorrealização”. Em outro momento, utiliza a ideia de “individuação” em contraposição a “autorrealização”: “Embora a noção de autodeterminação seja um sinônimo mal compreendido de autonomia como concebido por Habermas, e embora autorrealização não seja equivalente evidentemente a individuação, Habermas parece usar esses termos de forma alternada. Eu irei omitir a questão de se seria legítimo se referir a autonomia e autorrealização como dois aspectos relevantes da individuação. Nós deveríamos notar que autonomia e autorrealização são duas categorias que constituem o conceito de Habermas sobre liberdade individual, pois embora ele às vezes use os termos “liberdade”, “autodeterminação” ou “autonomia” de forma alternada, ele frequentemente esclarece que autonomia é o aspecto moral da liberdade, enquanto autorrealização é o aspecto ético ou estético.” (COOKE, 1992, p. 272-273).

¹⁸² O Princípio U é formulado por Habermas da seguinte maneira: “toda norma válida deve satisfazer a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos.” (HABERMAS, 2003a p. 86).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

(...) Para Habermas discursos éticos (pós convencionais), como discursos morais são guiados pela suposição ideal de que nenhum argumento é excluído em princípio da avaliação crítica no diálogo, bem como de que nenhuma pessoa capaz de falar e agir poderia ser excluída do diálogo, assim como ninguém deve ser impedido de introduzir novos argumentos, de questionar qualquer afirmação, de expressar suas necessidades, desejos, etc., e de que se uma norma ou princípio é moralmente válido, todos os participantes em um discurso moral teriam que concordar que ele é válido para todos. (...) (COOKE, 1994, p. 90).

A autonomia representa, portanto, a dimensão moral do desenvolvimento da subjetividade. Como leciona a autora, “o *self* pós-convencional ganha autonomia na medida em que seus julgamentos e ações sejam aceitos como válidos para todos pelos participantes em um discurso moral.” (COOKE, 1994, p. 90). Tal papel constitutivo do discurso que concebe a autonomia em seu aspecto moral está intimamente relacionada à concepção de “comunidade de comunicação universal”. Pondera Habermas que a comunidade ilimitada de comunicação constitui uma “suposição idealizadora de uma forma de vida universalista, onde cada um pode assumir a perspectiva de cada um dos outros e onde cada um pode contar com o reconhecimento recíproco por parte de todos.” (HABERMAS, 2002b, p. 220).

Em síntese, a projeção da comunidade universal configura uma suposição ideal decorrente da própria estrutura linguística, permitindo ao indivíduo, não um desengajamento, mas uma inserção em uma comunidade projetada. A autonomia é concebida como autonomia moral, porque as ações individuais “devem ser consideradas como moralmente justas por todos os membros de uma comunidade universal.” (COOKE, 1992, p. 274). Ressaltamos que a concepção de subjetividade, delineada por Habermas (2002b), representa uma releitura da distinção conceitual de George Herbert Mead (1980, *apud* Habermas, 2002b) em relação a dois aspectos fundamentais da identidade: o *I* e o *Me*. Delineia-se uma relação dialética na qual o *I* busca o reconhecimento de sua singularidade, enquanto o *Me* controla as expectativas libertárias do *I*. Não obstante, o *self* pós-convencional pressupõe que o *I*, enquanto fonte de impulsos libertários, rompe com os padrões legítimos de uma sociedade, simbolizados em uma dimensão convencional representada pelo *Me*; entretanto, em Habermas (2002b), a tensão entre o *I* e o *Me* é compreendida como uma relação entre autodeterminação e autorrealização.

Nesse cenário, o *Me* de Mead (1980, *apud* Habermas, 2002b) simboliza uma instância de controle, ou seja, a dimensão convencional do *self* que controla as expectativas autênticas do *I*; mas tal dialética moral é

interpretada habermasianamente por meio de um *self* pós-convencional que pressupõe, como já mencionado, não um desengajamento, mas inserção em uma comunidade projetada.

De fato, se em sociedades pós-convencionais o sujeito moralmente autônomo supõe o reconhecimento de suas ações em uma perspectiva ideal por meio de uma integração projetada, que transcende os padrões considerados legítimos de uma sociedade, torna-se claro que não seria possível falar em uma tentativa de conciliação entre o *I* e o *Me* (convencional), porquanto o *I* projeta um novo *Me*, que corresponde a uma nova dimensão intersubjetiva de “condições de comunicação de um discurso universal”. Leciona Cooke, acerca da perspectiva habermasiana, que “a pessoa autônoma é aquela que age moralmente e que julga moralmente, tal como uma pessoa deve esperar que uma comunidade de comunicação universal reconheça suas ações e julgamentos como moralmente justos.” (COOKE, 1992, p. 273). Desse modo, a perspectiva habermasiana supõe que discursos morais se configuram por meio da suposição ideal, segundo a qual nenhum argumento, em princípio, é imune a processos dialógicos de reflexão crítica. O herdeiro da Escola de Frankfurt, em passagem elucidativa, leciona que:

(...) No agir comunicativo as suposições de autodeterminação e de autorrealização mantêm um sentido rigorosamente intersubjetivo: quem julga e age moralmente tem de poder esperar o assentimento de uma comunidade de comunicação ilimitada e quem realiza uma história de vida assumida responsabilmente tem de poder esperar o reconhecimento dessa mesma comunidade. De acordo com isso, a minha identidade própria, ou seja, minha autocompreensão como um ser individuado que age autonomamente, só pode estabilizar-se se eu for reconhecido como esta pessoa. (...) (HABERMAS, 2002, p. 226).

Sob essa ótica, para Habermas (2003a), o desenvolvimento da capacidade individual de julgamento moral pressupõe os três níveis e seis estágios de desenvolvimento da competência moral, sendo que, no nível pós-convencional, alcança-se a possibilidade do exercício crítico da razão. Em Taylor (1985), diferentemente, a racionalidade do indivíduo autointerpretativo é substantiva, e não procedimental, pressupondo a articulação dos bens e valores conectados às práticas culturais de uma comunidade. Assim, para Taylor (1985), em contraposição à perspectiva habermasiana, um julgamento ético é considerado como válido somente para aqueles que compartilham um universo substantivo inerente a uma forma de vida específica.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Diante dessa estrutura conceitual, pressupõe um *self* convencional, incapaz de distanciar-se criticamente dos padrões legítimos de uma sociedade. Habermas (2012), por sua vez, leciona que o *self* pós-convencional possui capacidades cognitivas que lhe permitem distanciar-se de suas contingências culturais singulares.

Considerações Finais

Entendemos que o modelo de identidade desenvolvido por Taylor, paradoxalmente, tende a negar seus próprios pressupostos dialógicos de construção da identidade, valorizando o monologismo, ao minimizar o intercâmbio cultural. Tal perspectiva resulta de uma interpretação particular de Taylor, que estabelece erroneamente uma conexão necessária entre ideal da autenticidade e política da diferença, revelando uma certa ambiguidade em seu empreendimento teórico. De um lado, afirma que a construção da identidade constitui um processo aberto, mediado linguisticamente, pelo qual rearticulamos nossas singularidades; de outro, pretende preservar os laços culturais que definem nossa identidade autêntica. Ao vincular a subjetividade individual a uma comunidade linguística, Taylor termina por negar o próprio potencial crítico das identidades e o diálogo cultural. Diante do exposto, enfatizamos a importância da compreensão habermasiana que estimula o exercício crítico da razão por meio de uma relação reflexiva relativamente a nossas contingências culturais e históricas.

Diante do exposto, compreendemos que a concepção tayloriana de *self* contém recursos teóricos valiosos para a promoção da pluralidade, mas percebemos uma ambiguidade evidente no seu arcabouço teórico, pois tal compreensão confronta com a perspectiva desenvolvida na política de reconhecimento que estimula a reificação identitária. Como assinalamos, o filósofo afirma a existência de uma multiplicidade de fontes morais que constituem a identidade moderna, contrapondo-se a concepções rígidas de um *self* descentrado típico da tradição cartesiana. Ao rejeitar também um *self* unitário, sua perspectiva é aberta a uma multiplicidade de fontes morais, revelando o caráter complexo e multifacetado da identidade.

Outrossim, a percepção relativa à natureza dialógica do *self* e a ênfase na pluralidade de fontes morais constituem um instrumental teórico importante para combater essencializações identitárias; mas tal potencialidade é enfraquecida no seu relato acerca da política da diferença, que termina por promover a incomunicabilidade e a intolerância.

Referências

ABBEY, Ruth. *Charles Taylor*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

BAUMEISTER, Andrea. Habermas: Discourse and Diversity. *Political Studies*, Oxford, vol. 51, n. 4, p. 740-758, 2003.

CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COOKE, Maeve. Authenticity and Autonomy. Taylor, Habermas and the Politics of Recognition". *Political Theory*, London, vol. 25, n. 5, p. 258-288, 1997.

COOKE, Maeve. Realizing the Post-conventional self. *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n. 87. London: Sage Publications, p. 87-101.

CRONIN, Ciaran. Democracy and collective identity: In Defence of Constitutional Patriotism. *European Journal of Philosophy*, vol. 11, n. 1. London: Blackwell Publishing, p. 1-28, 2003.

FLEMING, Marie. *Emancipation and Illusion. Rationality and Gender in Habermas's Theory of Modernity*. Philadelphia: Pennsylvania State University Press, 1997.

FOSSUM, John Erik. Deep diversity versus constitutional patriotism. Taylor, Habermas and the Canadian constitutional crisis. *Ethnicities*, London, vol. 1, n. 2, p. 179-206, 2001.

FOSSUM, John Erik. The European Union in Search of an Identity. *European Journal of Political Theory*, vol. 2, n. 3. London: Sage Publications.

FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory?. In: MEEHAN, Johann (ed.). *Feminist Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*. New York: Routledge, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historian's Debate*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1994.

HABERMAS, Jürgen. A Reply. In: HONNETH, A; JOAS, H (eds.). *Communicative Action: Essays on Jürgen Habermas's the Theory of Communicative Action*. Trans. J. Gaines and D. L. Jones. Cambridge: Mit Press, 1998a.

HABERMAS, Jürgen. *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998b.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002a.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

HABERMAS, Jürgen. Individualização através de socialização. Sobre a teoria da subjetividade de George Herbert Mead. In: *Pensamento Pós-Metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. de Guido Antonio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre Facticidade e Validade*, Tomos I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo – sobre a crítica da razão funcionalista*. Tomo II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

LACROIX, Justine. For a European Constitutional Patriotism. *Political Studies*, Oxford, vol. 50, n. 5, p. 944-958, 2002.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Diversidade Cultural, Identidade Nacional Brasileira e Patriotismo Constitucional. In: LOPES, Antonio Herculano e CALABRE, Lia. *Identidade Cultural Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2005.

MEEHAN, Johanna. “Feminism and Habermas’s Discourse Ethics”. *Philosophy & Social Criticism*, London, vol. 26, n. 3, p. 39-52, 2000.

REDHEAD, Mark. *Charles Taylor. Thinking and Living Deep Diversity*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

ROSALES, José Maria. Sobre la idea de patriotismo constitucional. In: CARRACEDO, José Rubio; ROSALES, José María; MÉNDEZ, Manuel Toscano. *Ciudadania, Nacionalismo y Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2000.

SAURETTE, Paul. Questioning Political Theory. Charles Taylor’s Contrarianism. *Political Theory*, vol. 32, n. 5, p. 723-733, 2004.

REDHEAD, Mark. *Charles Taylor. Thinking and Living Deep Diversity*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

SHABANI, Omid Payrow. Who’s Afraid of Constitutional Patriotism? The Binding Source of Citizenship in Constitutional States. *Social Theory and Practice*, Florida, vol 28, n. 3, 2002.

TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

TAYLOR, Charles. Self-interpreting animals. In: *Human Agency and Language. Philosophical Papers I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

TULLY, James. *Philosophy in an Age of Pluralism – the Philosophy of Charles Taylor in question*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

SEPARAÇÃO ENTRE IGREJA E ESTADO: DEBATES CONTEMPORÂNEOS EM LÍNGUAS ANGLO-GERMÂNICAS

Gustavo Castagna Machado*

Sumário: Introdução. 1. Rawls e a criação de seu “liberalismo político”. 2. Rawls e a concepção política de justiça. 3. Fórum público em Rawls. 4. Esfera pública em Habermas. 5. Razão pública e fórum público em Rawls. 6. O espaço para a religião: Rawls e Habermas comparados. 7. Posição original e véu da ignorância em Rawls. 8. Rawls e a distinção entre razão pública e razão secular. 9. A razão pública de Rawls não soluciona questões políticas antecipadamente. 10. Comunidade, sociedade e pluralismo razoável em Rawls. 11. Opressão em Rawls. Considerações finais. Referências.

Introdução

Uma pergunta que sempre permaneceu frequente é: qual o lugar que a religião ocupa em um Estado separado da Igreja? Como afirma McConnell, “o debate a respeito das cláusulas religiosas muitas vezes é enquadrado como se houvesse apenas duas escolhas: mais religião na vida pública ou menos; derrubar o muro de separação entre Igreja e Estado, ou construí-lo novamente”.¹⁸³ Nisso estão incluídas famosas falsas soluções, como apontar para uma distinção entre o público e o privado que consequentemente solucionaria os problemas como mágica. A questão é bem mais complexa do que isso.

A partir da década de 1990, vários autores se destacaram por suas publicações nesse campo de investigação,¹⁸⁴ podendo ser citados Rainer Forst,¹⁸⁵ Audi e Wolterstorff,¹⁸⁶ Weithman¹⁸⁷ e Vattimo, Rorty e Zabala.¹⁸⁸

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Alemanha).

¹⁸³ MCCONNELL, Michael W. Religious Freedom at a Crossroads. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A.; SUNSTEIN, Cass R. (Eds.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 116. Tradução livre. Texto original: the debate over the Religion Clauses is all too often framed as if there were but two choices: more religion in public life or less; tearing down the wall of separation between church and state or building it up again.

¹⁸⁴ Ver uma lista de autores e seus argumentos em Iván Garzón Vallejo, Argumentos laicos para una revisión de la secularización, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Nº 66/67, pp. 227-246, Octubre 2009.

¹⁸⁵ Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994; Rainer Forst, *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2003.

¹⁸⁶ Robert Audi; Nicholas Wolterstorff, *Religion in the Public Sphere*, New York: Rowman and Littlefield, 1997.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Talvez possa ser lançada uma luz sobre essa questão se olharmos para o que escreve um dos mais importantes filósofos do século XX, John Rawls. E o Rawls que será analisado aqui é o Segundo John Rawls, aquele que formulou a teoria do liberalismo político¹⁸⁹, e não o que formulou a teoria da justiça como equidade, que o Segundo John Rawls considera uma teoria abrangente^{190 191}.

Assim, a pergunta que buscamos responder no presente artigo é a seguinte: qual é o espaço que ocupa a religião na vida pública, de acordo com John Rawls? Com o objetivo de responder a pergunta formulada, o presente trabalho apresentará alguns contrapontos lançados por Jürgen Habermas, seu debatedor, e ver como Rawls reagiu a isso. Colocaremos aqui apenas uma pequena exposição de seus argumentos, comparando algumas diferenças de um com o outro que podem esclarecer melhor a questão, sem a pretensão de que essa exposição seja exaustiva. Para aqueles que querem acompanhar seus argumentos diretamente, fazendo sua própria interpretação e avaliação, os textos básicos são os seguintes: a visão madura de Rawls sobre o assunto é expressa em seu *Political Liberalism*, publicada em 1993. Habermas reagiu a essa obra quando escreveu em 1995 “Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch”. Também em 1995 Rawls escreveu “Reply to Habermas”, que foi incluído em edições posteriores do *Political Liberalism*. A última expressão de John Rawls sobre o tema foi “The Idea of Public Reason Revisited”, escrito em 1997 e que também foi incluído na edição mais recente do *Political Liberalism*. Habermas continuou o diálogo em um artigo de 2006 intitulado “Religion in der Öffentlichkeit”, após Rawls, lamentavelmente, ter falecido.¹⁹²

¹⁸⁷ Paul J. Weithman, *Religion and the Obligations of Citizenship*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

¹⁸⁸ Gianni Vattimo; Richard Rorty; Santiago Zabala, *The Future of Religion*, New York: Columbia University Press, 2007. Ainda poderia ser citado importante artigo de autoria de Rorty: Religion in the Public Square: A Reconsideration, *Journal of Religious Ethics*, Oxford, Volume 31, Issue 1, pp. 141-149, 2003.

¹⁸⁹ Ver seção “1”.

¹⁹⁰ Ver seção “2”.

¹⁹¹ RAWLS, John. *The Law of the Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 179.

¹⁹² John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993. Jürgen Habermas, Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch, in *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, pp. 65-94. John Rawls, Reply to Habermas, *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, No. 3, pp. 132-180, Mar., 1995, reimpresso em *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 2005. John Rawls, The Idea of Public Reason Revisited, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, pp. 765-807, Summer, 1997, reimpresso em *Political Liberalism* (2005). Jürgen Habermas, Religion in der Öffentlichkeit: Kognitive Voraussetzungen für den »öffentlichen Vernunftgebrauch« religiöser und säkularer Bürger, in *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, pp. 119-154.

Nesse diálogo entre Rawls e Habermas, com duração de vários anos, podemos ver duas grandes mentes em trabalho na medida em que eles passam a entender um ao outro assim como eles às vezes não se entendem. Pertinentemente, os quadros a partir dos quais trabalham e as distinções que eles esboçam podem ajudar a responder à pergunta sobre a relação entre religião e política, mesmo se for considerado, de maneira mais modesta, apenas algumas poucas distinções existentes em suas teorias. Cada um deles teoriza sobre o fórum público e privado, estabelecendo distinções que nos ajudam a compreender diferentes tipos de fórum. Ambos possuem aspectos neokantianos em sua obra, “modernizando” e preservando, cada um de seu jeito, concepções básicas de moralidade encontradas na obra de Kant e, ao mesmo tempo, alijando a metafísica de Kant.¹⁹³ Cada um deles baseia-se também e expande de sua própria maneira a importante distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado.¹⁹⁴ Essa distinção é importante, porque em debates políticos estadunidenses muito se fala a respeito da recuperação da “praça pública”,¹⁹⁵ embora ambigualmente ocorra uma oscilação entre referências a esses dois tipos muito diferentes de fórum público.

1. Rawls e a Criação de seu “Liberalismo Político”

Conforme MacIntyre, por razões óbvias à luz da história de suas doutrinas, os liberais relutam em reconhecer que não recorrem a uma racionalidade independente da tradição como tal. Entretanto, há um número cada vez mais de pensadores liberais que, por uma razão ou outra, reconhecem que sua teoria e sua prática situam-se além de uma tradição fundada e baseada em dados contingentes. Essas estão, de fato, em conflito com outras tradições opostas e, como o fazem outras tradições, reivindicam o direito de adesão universal, porém, são incapazes de se evadir da condição de serem, também elas, uma tradição. Até mesmo isso, entretanto, pode ser reconhecido sem qualquer inconsistência e tem sido reconhecido por escritores liberais como Rawls, Rorty e Stout.¹⁹⁶ Conforme

¹⁹³ Ver sobre isso, no caso de Rawls, Meili Steele, *Theorizing Textual Subjects: Agency and Oppression*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 64, fn. 2.

¹⁹⁴ PELCZYNSKI, Z. A. Introduction: The Significance of Hegel's Separation of the State and Civil Society. In PELCZYNSKI, Z. A. (Ed.). *The State and Civil Society: Studies in Hegel's Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, p. 1. Cfr. G. F. W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1821, § 182 ff. (Die bürgerliche Gesellschaft), S. 187 ff.

¹⁹⁵ Expressão original: public square.

¹⁹⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988, p. 345.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Hespanha, apesar dos cuidados de Rawls, não era fácil escapar à crítica de que partia da hipótese idealizada de um indivíduo com uma racionalidade unidimensional, ideia que contende com a existência de uma pluralidade de visões do mundo e, portanto, de “racionalidades” que convivem no seio de uma mesma sociedade (mesmo de uma sociedade “nacional” – conflitos de valores geracionais, conflitos de valores relacionados com o género, com a oposição “urbano”/“suburbano”/“rural” etc.).¹⁹⁷

Em uma reflexão, como afirma Steele, “Rawls mudou seu ponto de vista nos últimos anos, adotando uma justificação para o liberalismo mais comunitarista do que kantiana – e.g., *Liberalismo Político* –”.¹⁹⁸ Rawls afirma que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis e, mais ainda, razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que Rawls denomina fato do pluralismo razoável.¹⁹⁹

Assim, Rawls elaborou a sua teoria do liberalismo político. O liberalismo político apresenta uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, não para a vida como um todo. É claro que é preciso que tenha o tipo de conteúdo que é associado historicamente ao liberalismo: por exemplo, deve afirmar certos direitos e liberdades básicos, atribuir-lhes certa prioridade e outras coisas mais. Conforme Rawls, o justo (*right*) e o bem são complementares: uma concepção política deve basear-se em várias ideias do bem. A questão é: sujeito a que restrição o liberalismo político pode fazer isso? A principal restrição parece ser a seguinte: as ideias do bem admitidas devem ser ideias políticas, isto é, devem fazer parte de uma concepção política razoável de justiça, de modo que nos é possível supor que: (a) são, ou podem ser, compartilhadas por cidadãos considerados livres e iguais, (b) não pressupõe qualquer doutrina plenamente (ou parcialmente) abrangente. Na justiça como equidade, essa restrição se expressa pela prioridade do

¹⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de em Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 541.

¹⁹⁸ STEELE, Meili. *Theorizing Textual Subjects: Agency and Oppression*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 64, fn. 2. Tradução livre. Texto original: Rawls has changed his views in recent years, adopting a more communitarian than Kantian justification for liberalism – e.g., *Political Liberalism* –.

¹⁹⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 36.

justo (*right*). Em sua forma geral, essa prioridade significa que as ideias admissíveis do bem devem respeitar os limites da concepção política de justiça e desempenhar um papel em seu interior.²⁰⁰ Essa teoria do liberalismo político é diferenciada por Rawls daquilo que ele chama de liberalismo abrangente, como representado por teorias de Kant e Mill.²⁰¹ Maritain em grandes linhas elaborou algo semelhante ao fazer uma distinção entre, de um lado, o credo humano e temporal que está na raiz da vida comum e é apenas um conjunto de *conclusões práticas* ou de *pontos práticos de convergências* e, de outro, as *justificações teóricas*, as doutrinas sobre o mundo e a vida, os credos filosóficos ou religiosos que encontram ou pretendem encontrar, na razão, essas conclusões práticas.²⁰² Como afirma Sunstein a respeito do projeto do liberalismo político, “Rawls está preocupado em mostrar que pessoas com diversas “visões abrangentes” - kantiana, utilitarista, aristotélica e outras - podem convergir em certos princípios básicos; esses são os princípios que todos podem compartilhar”.²⁰³ Portanto, embora Rawls seja classificado como um filósofo neokantiano, a filosofia kantiana é mais restritiva do que o liberalismo político de Rawls e com ele não se confunde, conforme aponta aquele que é considerado um dos principais autores kantianos dos Estados Unidos, Paul Guyer, até mesmo com relação ao pensamento (filosófico-)político estadunidense em geral:

[...] parece existir uma diferença filosófica fundamental entre a teoria política de Kant e os princípios básicos do pensamento político americano. Os signatários da Declaração de Independência em 1776 e os autores da Constituição em 1787 afirmaram um amplo em vez de restrito âmbito para seu novo governo, incluindo entre os seus adequados fins a promoção da felicidade ou do bem-estar dos seus cidadãos, bem como a preservação de suas vidas e liberdades.²⁰⁴

²⁰⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 175-176.

²⁰¹ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a Restatement*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, § 47.

²⁰² MARITAIN, Jacques. *L'homme et l'état*. Paris: Presses Universitaires de France, 1953, p. 103.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 250. Tradução livre. Texto original: Rawls is concerned to show that people with diverse “comprehensive views” – Kantian, utilitarian, Aristotelian, and more – may converge on certain basic principles; these are the principles that all can share.

²⁰⁴ GUYER, Paul. *Kant on Freedom, Law, and Happiness*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 262. Tradução livre. Texto original: (...) appears to be a fundamental philosophical difference between Kant's political theory and the basic tenets of American political thought. The signers of the Declaration of Independence in 1776 and the framers of the Constitution in 1787 asserted a wide rather than narrow scope for their new government,

Essa menção ao pensamento (filosófico-)político estadunidense é realizada na medida em que John Rawls é um autor considerado de inegável importância para o país e, provavelmente, o autor cujo pensamento encontra predominância entre os estadunidenses. Dworkin mesmo fala a respeito de uma forma de crítica que era encaminhada a ele a respeito da obra de Rawls por muitos colegas e estudantes, especialmente por juristas. De acordo com Dworkin, eles afirmavam que as instituições e as disposições políticas específicas que, segundo Rawls, os homens escolheriam na posição original, não passariam de formas idealizadas daquelas atualmente em vigor nos Estados Unidos. São, por assim dizer, as instituições da democracia constitucional liberal. Os críticos concluem que os pressupostos fundamentais da teoria de Rawls devem, portanto, ser os pressupostos do liberalismo clássico, seja como for que os definam, e que a posição original, que parece animar a teoria, deve ser de algum modo a incorporação desses pressupostos. Em sua totalidade, portanto, a teoria da justiça de Rawls lhes parecia uma idealização e racionalização sutil do status quo político, que poderia ser seguramente descartada por aqueles que querem fazer uma crítica mais radical da tradição liberal.²⁰⁵ Crítica semelhante é elaborada a respeito da obra de Rawls por Gray da seguinte forma: “na verdade, é argumentado que a tradição de teorização liberal que ela inaugurou fez pouco mais do que articular os preconceitos de uma classe acadêmica anglo-americana que não possui qualquer compreensão da vida política em nossa época, uma época distinguida pelo colapso do projeto iluminista em uma escala histórico-mundial”.²⁰⁶

2. Rawls e a Concepção Política De Justiça

Para Rawls, uma concepção política²⁰⁷ de justiça difere-se de uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente na medida em que (1) ela é uma concepção moral elaborada em função de um objeto específico,

including among its proper ends the advancement of its citizens' happiness or welfare as well as the preservation of their lives and liberties.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 182.

²⁰⁶ GRAY, John. *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*. London: Routledge, 1995, p. 2. Texto original: Indeed, it is arguable that the tradition of liberal theorizing it inaugurated has done little more than articulate the prejudices of an Anglo-American academic class that lacks any understanding of political life in our age, an age distinguished by the collapse of the Enlightenment project on a world-historical scale.

²⁰⁷ A respeito da interpretação de Habermas do uso feito por Rawls da palavra “político”, ver Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, 2. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp, 1997, pp. 90-91.

qual seja, a estrutura básica de um regime democrático constitucional, (2) de que aceitar a concepção política não pressupõe aceitar qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente em particular, e sim que a concepção política apresenta-se como uma concepção razoável unicamente para a estrutura básica, e (3) de que não é formulada em termos de alguma doutrina abrangente específica, e sim em termos de certas ideias fundamentais consideradas latentes na cultura política e pública de uma sociedade democrática. Assim, a distinção entre as concepções políticas de justiça e outras concepções morais é uma questão de alcance, isto é, do leque de objetos ao qual uma concepção se aplica, e do conteúdo mais amplo que um leque maior requer. Rawls diz que uma concepção é geral quando se aplica a um amplo leque de objetos (no limite, a todos objetos); é abrangente quando inclui concepções do que é valioso na vida humana, bem como ideais de virtude e caráter pessoais, que definem grande parte da conduta humana não política (no limite, a vida humana como um todo). As concepções religiosas e filosóficas tendem a ser globais e plenamente abrangentes; na verdade, que o sejam é considerado às vezes como um ideal a ser realizado. Uma doutrina é plenamente abrangente quando abarca todos os valores e virtudes reconhecidos num sistema de pensamento articulado de maneira rigorosa, ao passo que uma doutrina é apenas parcialmente abrangente quando abarca certos (mas não todos) valores e virtudes não políticos e sua articulação é menos precisa. Note que, por definição, para uma concepção ser até mesmo parcialmente abrangente, precisa ir além do político e abranger valores e virtudes não políticos.²⁰⁸

3. Fórum Público em Rawls

Então passamos a investigar a noção de fórum público para Rawls. Rawls faz uma distinção entre o fórum público e a cultura de fundo (*background culture*), dois tipos diferentes de fórum público, com a plena compreensão da potencialidade do uso de “público” de forma ambígua. A fim de significar a natureza política do fórum público, ele formalmente o chama de fórum político público e passa a informalmente largar o “político”, normalmente apenas chamando-o de fórum público. A fim de preservar a natureza política da palavra “público”, ele refere-se à cultura de fundo como um fórum não público (embora existam pessoas que interagem nesse fórum, elas estão fazendo isso de uma forma não política). É importante para ele enfatizar a natureza política do fórum público, porque

²⁰⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 174-175.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

a esfera política é uma esfera de coerção. Sua teoria é única porque ele desenvolve um método pelo qual pessoas com diferentes doutrinas abrangentes – sejam essas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais – trabalhem para acordar os princípios aos quais eles estarão obrigados (por meio da legislação, da aplicação dessa legislação ou do julgamento daquela legislação). O fórum público e a cultura de fundo de Rawls lembram vagamente o Estado e a sociedade civil de Hegel. O fórum público é o fórum que é ocupado pelo que Rawls chama de estrutura básica da sociedade, como ele explica: “Por estrutura básica eu tenciono as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e como elas se encaixam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração para outra”.²⁰⁹ O fórum público pode ser dividido em três partes: o discurso dos juízes nas suas discussões, e especialmente dos juízes de um tribunal supremo; o discurso dos funcionários de governo, especialmente executivos e legisladores principais e, finalmente, o discurso de candidatos a cargo público e de seus chefes de campanha, especialmente no discurso público, nas plataformas de campanha e declarações políticas.²¹⁰ Para Rawls, precisamos dessa divisão tripartite porque, como Rawls formula em sua teoria, a ideia de razão pública não se aplica da mesma maneira a esses três casos e em outras partes.²¹¹ A ideia de razão pública aplica-se mais estritamente aos juízes que a outros, mas que as exigências da justificativa pública para essa razão são sempre as mesmas. Já a cultura de fundo é distinta e separada desse fórum político público tripartite.²¹² É a cultura da sociedade civil. Em uma democracia, essa cultura, naturalmente, não é guiada por alguma ideia ou princípio central, político ou religioso. A cultura de fundo está livre de coerção estatal, porque esse é o fórum no

²⁰⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 11. Texto original: By the basic structure I mean a society's main political, social, and economic institutions, and how they fit together into one unified system of social cooperation from one generation to the next.

²¹⁰ Rawls aqui enfrenta a questão de elaborar o limite entre os candidatos e os que administram suas campanhas e outros cidadãos politicamente engajados em geral. Rawls elabora essa questão tornando os candidatos e os que administram suas campanhas responsáveis pelo que é dito e feito em nome dos candidatos (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 443).

²¹¹ Muitas vezes, autores que discutem esse tópico usam termos que não distinguem as partes da discussão pública, por exemplo, termos como “a praça pública”, o “o fórum público” e coisas parecidas. Rawls afirma que segue Kent Greenwalt quando pensa que é necessária uma divisão mais refinada. Ver Kent Greenwalt, *Religious Convictions and Political Choice*, Oxford, Oxford University Press, 1988, pp. 226-227 (descrevendo, por exemplo, as diferenças entre um líder religioso pregar ou promover uma organização pró-vida e liderar um movimento político importante ou concorrer a cargo político) (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 443).

²¹² Ver *Political Liberalism*, lecture I, sec. 2.3, p. 14.

qual as pessoas formam livremente as associações voluntárias. Os seus muitos e diversos agentes e associações, com a sua vida interna, residem em uma estrutura jurídica que assegura as conhecidas liberdades de pensamento e expressão e o direito de livre associação²¹³ ²¹⁴ Para Rawls, a religião adequadamente reside livremente na cultura de fundo embora sofra algumas restrições na esfera política do fórum público.

4. Esfera Pública em Habermas

Habermas reconhece que a fronteira historicamente cambiante entre aquilo que em sua teoria ele denomina de esferas pública e privada sempre foi problemática de um ponto de vista normativo.²¹⁵ Ele teoriza que a esfera pública é um desenvolvimento histórico que reside em algum lugar entre as categorias hegelianas sociedade civil e Estado. Habermas vê a sociedade civil como uma esfera privada, incluindo tanto a esfera privada da família e a área econômica da troca de mercadorias e o trabalho social. Ele vê o Estado como a esfera do poder público, incluindo diferentes funções governamentais. A esfera pública para Habermas surge como o espaço no qual o discurso ocorre, a troca pública de ideias naquilo que poderíamos chamar de cultura popular e de cultura literária (essa distinção não é tão evidente na Europa como é nos Estados Unidos).²¹⁶ Discurso significa muito mais do que comunicação ou mesmo diálogo. Para entrar na esfera do discurso são necessárias certas capacidades cognitivas (ex: metacomunicação) e a vontade de utilizá-las, em vez de apenas dogmaticamente repetir o que foi dito por alguém, afigura-se como uma sorte de

²¹³ A cultura de fundo inclui, então, a cultura de igrejas e associações de todos os tipos e de instituições de aprendizado em todos os níveis, especialmente universidades, escolas profissionais, sociedades científicas e outras. Além disso, a cultura política não pública faz a mediação entre a cultura política pública e a cultura de fundo. Esta abrange a adequadamente denominada mídia de todos os tipos: jornais e revistas, televisão e rádio, e muito mais. Rawls sugere que se compare essas divisões com a descrição de Habermas da esfera pública. Ver *Political Liberalism*, lecture IX, sec. 1.3, p. 382 n. 13 (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, pp. 443-444). É importante esclarecer aqui que a cultura política pública é aquela que compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (incluindo aquelas do judiciário), bem como os textos históricos e os documentos que são de conhecimento comum (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 14).

²¹⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 443.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p. 91.

²¹⁶ FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25-26, 1990, p. 57.

exigência moral.²¹⁷ Discurso exige o que é chamado de problematização. A problematização é em muitas maneiras o oposto de resolução de problemas, que é a atividade de tentar corrigir algum problema percebido dado um determinado conjunto de circunstâncias em uma determinada estrutura. Problematização começa por desafiar o que é dado, encontrar ou até mesmo criar problemas dentro das estruturas, condições e circunstâncias dadas, inclusive tradições culturais.²¹⁸ Por exemplo, digamos que uma dada Igreja tenha trabalhado para resolver o problema da pobreza por meio de atos variados e criativos e sistemas de caridade. E embora os seus membros possam se comunicar e até mesmo dialogar enquanto engajados na resolução de problemas, eles não estão envolvidos no discurso. Discurso implicaria problematizar aquilo que é dado – as estruturas e condições.²¹⁹ Em outras palavras, a pobreza é apenas um sintoma de um problema mais profundo, e esse problema mais profundo é um problema sistêmico que pode ser resolvido apenas ao problematizar todo o sistema. Discurso sobre a pobreza seria uma troca de ideias que poderia envolver e estar centrada em torno de mudar os sistemas econômicos dentro da sociedade civil, bem como as estruturas governamentais do Estado. Tanto religiosos como secularistas adequadamente trocam ideias na esfera pública de Habermas com o ônus hermenêutico de tradução recíproca entre as pessoas com diferentes visões de mundo. No entanto, a problematização discursiva que ocorre na esfera pública tem uma tendência natural de secularização, precisamente porque a religião não é discursiva, uma vez que o discurso começa por desafiar o que é dado e por desafiar a autoridade, que geralmente é um anátema para a religião.

5. Razão Pública e Fórum Público em Rawls

Rawls defende que a razão pública seja o modo de comunicação no fórum público. Rawls continuamente revisou o seu quadro teórico, abordando algumas questões decorrentes das suas formulações iniciais. Sua concepção do liberalismo político surgiu da crítica de que sua teoria da justiça era uma doutrina moral abrangente, talvez apenas uma entre muitas. A fim de abordar a realidade política das pessoas que seguem

²¹⁷ OUTHWAITE, William. *Habermas: A Critical Introduction*. Cambridge: Polity Press: 1994, p. 50.

²¹⁸ MCCARTHY, Thomas. Translator's Introduction. In: HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*. Volume One: Reason and the Rationalization of Society. Boston: Beacon Press, 1981, p. 406, n. 13.

²¹⁹ ROUANET, Sérgio Paulo. Ética Discursiva e Ética Iluminista. In: *Mal-estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 216.

doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas e morais irreconciliáveis, ele elaborou o que chamou de uma concepção política razoável em que uma sociedade pode participar do espaço político público, idealmente sem coerção, ou na prática por minimizá-la de uma forma mutuamente combinável. Eles iriam fazê-lo usando a razão pública. “A razão pública neste texto é a razão dos legisladores, executivos (presidentes, por exemplo) e juízes (especialmente os de um tribunal supremo, se houver um). Inclui também a razão dos candidatos nas eleições políticas e de líderes partidários e outros que trabalham em suas campanhas, bem como a razão dos cidadãos quando votam em elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.”²²⁰ A razão pública implica o dever de civilidade,²²¹ um dever que exige observância do princípio da reciprocidade. A reciprocidade é a concepção de que as pessoas justificariam as suas razões quando se lida com elementos constitucionais essenciais no âmbito da estrutura básica usando uma exposição de razões que todas as partes possam aceitar.²²²

6. O Espaço para a Religião: Rawls e Habermas Comparados

À primeira vista pode parecer que Habermas é mais inclusivo do que Rawls, uma vez que Habermas permite justificativa religiosa na esfera pública, enquanto que Rawls não o permite no fórum público; porém, não é exatamente isso.²²³ Rawls considera seus respectivos termos diferentes; de fato, ele diz que aquilo que Habermas chama de esfera pública equivale

²²⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 382, n. 13. Texto original: Public reason in this text is the reasoning of legislators, executives (presidents, for example), and judges (especially those of a supreme court, if there is one). It includes also the reasoning of candidates in political elections and of party leaders and others who work in their campaigns, as well as the reasoning of citizens when they vote on constitutional essentials and matters of basic justice.

²²¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 253.

²²² RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 16 ss., 49 ss.

²²³ O que não é surpreendente. Conforme Maffettone “ninguém deve esquecer quão profunda sua natureza religiosa era e como respeitosa [eram] suas considerações desse tópico ao longo de sua vida” (nobody should forget how deep his religious nature was and how respectful his considerations of this topic throughout his life). “Sua principal mudança filosófica, aquela entre Rawls1 e Rawls2 (...) depende – como me foi dito muitas vezes pelo próprio Rawls – do fato de que a TJ poderia ter sido tomada por alguns leitores como insensível a considerações religiosas” (His main philosophical shift, the one between Rawls1 and Rawls2 (...) depends – as I was told many times by Rawls himself – on the fact that TJ could have been taken by some readers as insensitive to religious considerations) (Sebastiano Maffettone, *Rawls: An Introduction*, Cambridge: Polity Press, 2011, p. 4.)

à cultura de fundo de Rawls e não ao seu público. A razão pública não está necessariamente dentro da cultura de fundo, pois essa parte da vida social é livre e voluntária e não estaria sujeita a coerção.²²⁴ Assim, Rawls e Habermas têm ambos um espaço social em que todo tipo de expressão é livre. E da mesma forma, quando Rawls quer restringir a exposição de razões religiosas no espaço público quando lida com as estruturas básicas, Habermas, também, quer restringir a exposição de razões religiosas quando se trata de assuntos de Estado. Para ele, a exigência estrita de justificar as declarações políticas deve ser exigida dos políticos, que dentro das instituições do Estado estão sujeitos à obrigação de permanecer neutros face a competidoras visões de mundo; em outras palavras, a condição de Rawls deverá ser exigida de quem detém um cargo público ou é um candidato a tal.²²⁵

7. Posição Original e Véu da Ignorância em Rawls

Rawls ainda utiliza o recurso de representação conhecido como posição original, uma posição idealizada onde os membros se engajam na razão pública por trás de um véu de ignorância. O véu remove o seu próprio interesse, convidando os participantes a imaginar que sabem tudo que é relevante sobre a situação, exceto quem são eles e onde eles podem se encaixar na sociedade uma vez que os princípios são estabelecidos e o véu é levantado. Quando os participantes satisfazem o recurso de representação de Rawls, eles estão fazendo o que poderia ser chamado de escolhas possíveis, em vez de escolhas reais, escolhas reais sendo aquelas que eles provavelmente fariam se eles mantivessem sua identidade própria, mantendo assim o seu interesse de acordo com as assim chamadas condições contingentes. Seu neokantismo se manifesta quando nos lembramos que a teoria moral de Kant defende que a moralidade não pode ser baseada em interesse próprio. Seguindo o princípio da reciprocidade e, portanto, o dever de civilidade, que permitem às pessoas fazer reivindicações a partir de doutrinas abrangentes razoáveis, desde que observem a *condição*, que é a disposição de que, então, elas justifiquem essas reivindicações com razões que outros participantes possam, em princípio, aceitar (não necessariamente aceitar realmente, mas possivelmente aceitar).²²⁶

²²⁴ Comparar com John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, pp. 382-383, inclusive n. 13.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 133-134.

²²⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 462-463, 465.

Uma maneira de pensar sobre isso é imaginar que tanto os seculares como os religiosos na posição original compreenderiam o vocabulário e os conceitos das doutrinas abrangentes, eles simplesmente não saberiam em qual grupo eles estariam uma vez que saíssem do véu da ignorância. Se as reivindicações de doutrinas abrangentes podem ser justificadas utilizando a razão pública dessa maneira, então elas seriam aceitáveis.

8. Rawls e a Distinção entre Razão Pública e Razão Secular

Rawls também distingue a razão pública daquilo que às vezes é referido como razão secular e valores seculares. Estes não são o mesmo que a razão pública. Rawls define a razão secular como arrazoar em função de doutrinas não religiosas abrangentes. Tais doutrinas e valores são amplos demais para servir aos propósitos da razão pública. Os valores políticos não são doutrinas morais,²²⁷ por mais disponíveis e acessíveis que possam ser à nossa razão e à nossa reflexão de senso comum. As doutrinas morais estão no mesmo nível que a religião e a primeira filosofia.²²⁸ Uma concepção muitas vezes manifestada é a de que, embora razões religiosas e doutrinas sectárias não devam ser invocadas para justificar a legislação numa sociedade democrática, argumentos seculares podem ser.²²⁹ Mas o que é um argumento secular? Segundo Rawls, alguns pensam ser qualquer argumento reflexivo e crítico, publicamente inteligível e racional, e discutem vários argumentos desse tipo para considerar, diga-

²²⁷ Rawls utiliza o termo “doutrina” para visões abrangentes de todos os tipos e o termo “concepção” para uma concepção política e suas partes componentes, tais como a concepção da pessoa como cidadão. O termo “ideia” é utilizado como um termo genérico e pode referir-se a qualquer um dos dois como determinado pelo contexto (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 441, n. 2).

²²⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 452.

²²⁹ Ver Robert Audi, The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society, *San Diego Law Review*, San Diego, Volume 30, Issue 4, pp. 677-702, 1993. Aqui Audi define uma razão secular como segue: “uma razão secular é, grosso modo, uma cuja força normativa não evidentemente dependa da existência de Deus ou de considerações teológicas, ou de pronunciamentos de uma pessoa ou instituição como autoridade religiosa” (A secular reason is roughly one whose normative force does not evidentially depend on the existence of God or on theological considerations, or on the pronouncements of a person or institution qua religious authority) (Audi, *ibid.*, p. 692). Segundo Rawls, essa definição é ambígua entre razões seculares no sentido de uma doutrina abrangente não religiosa e no sentido de uma concepção puramente política dentro do conteúdo da razão pública. Dependendo do que se tenciona, a visão de Audi que as razões seculares também devem ser dadas juntamente com as razões religiosas, poderia ter um papel semelhante ao que Rawls chama de condição (*proviso*) em John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, pp. 462-463.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

mos, as relações homossexuais indignas ou degradantes.²³⁰ Naturalmente, alguns desses argumentos podem ser reflexivos e seculares racionais (como assim definidos). Não obstante, uma característica central do liberalismo político é que ele encara todos esses argumentos da mesma maneira como encara os argumentos religiosos e, portanto, essas doutrinas filosóficas seculares não proveem razões públicas. Os conceitos seculares e o raciocínio desse tipo pertencem à primeira filosofia e à doutrina moral, e estão fora do domínio do político.²³¹

Assim, entende Rawls que ao considerar se devemos tornar delitos criminais as relações homossexuais, a questão não é determinar se essas relações são excluídas por uma ideia meritória do bem humano pleno, tal como caracterizada por uma visão filosófica e não religiosa sólida, nem se os que possuem fé religiosa as consideram pecado, mas, primariamente, se os estatutos legislativos que proíbem essas relações infringem os direitos civis de cidadãos democráticos livres e iguais.²³² Essa questão pede uma concepção política razoável de justiça especificando esses direitos civis, que são sempre uma questão de elementos constitucionais essenciais.²³³

Por contraste, os princípios e valores liberais, embora intrinsecamente valores morais, são especificados por concepções políticas liberais de justiça e se incluem na categoria do político. Essas concepções políticas têm três características: (a) os seus princípios aplicam-se às instituições políticas e sociais básicas (a estrutura básica da sociedade); (b) elas podem ser apresentadas independentemente das doutrinas abrangentes de qualquer tipo (embora possam ser, naturalmente, sustentadas por um consenso sobreposto razoável de tais doutrinas); e (c) podem ser elaboradas a partir de ideias fundamentais, vistas como implícitas na cultura política pública de um regime constitucional, tais como as concepções dos cidadãos como pessoas iguais e livres, e da sociedade como um sistema justo de cooperação.²³⁴

²³⁰ Ver a discussão de Michael Perry do argumento de John Finnis, que nega que tais relações sejam compatíveis com o bem humano. *Religion in Politics: Constitutional and Moral Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 1997, ch. 3, pp. 85-86.

²³¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 457-458.

²³² Aqui Rawls segue a visão de T. M. Scanlon em *The Difficulty of Tolerance*, in: HEYD, David (Ed.), *Tolerance: An Elusive Virtue*, Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 226-239. Embora o todo seja instrutivo, o trecho da sec. 3, pp. 230-233, é especialmente relevante aqui.

²³³ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 458.

²³⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 452-453.

Assim, o conteúdo da razão pública é dado pelos princípios e valores da família das concepções políticas liberais de justiça que satisfaçam essas condições. Participar da razão pública é recorrer a uma dessas concepções políticas – aos seus ideais e princípios, padrões e valores – ao debater questões políticas fundamentais. Essa exigência ainda nos permite introduzir na discussão política,²³⁵ em qualquer tempo, a nossa doutrina abrangente, religiosa ou não religiosa, contanto que, no devido tempo, ofereçamos razões adequadamente públicas para apoiar os princípios e políticas que a nossa doutrina abrangente alegadamente sustenta. Rawls refere-se a essa exigência como condição (*proviso*).²³⁶

Assim, é aqui importante ressaltar que, segundo Rawls, o liberalismo político não tenta fixar a razão pública definitivamente na forma de uma concepção política de justiça favorecida. Segundo ele, essa não seria uma abordagem sensível. Conforme cita Rawls, o “liberalismo político também admite a concepção discursiva de legitimidade de Habermas (por vezes dita ser radicalmente democrática em vez de liberal²³⁷), bem como visões católicas do bem comum e da solidariedade quando essas são expressas em termos de valores políticos”.²³⁸ Ao concluir a linha, Rawls cita em nota 29 que, com origem em Aristóteles e Tomás de Aquino, a ideia de bem comum é essencial para boa parte do pensamento moral e político católico, e ele cita como exemplos John Finnis²³⁹ e Jacques Maritain^{240 241}.

²³⁵ É importante ressaltar que para Rawls é imperativo perceber que a ideia de razão pública não se aplica a todas as discussões políticas de questões fundamentais, mas apenas às discussões das questões que ocorrem naquilo a que Rawls se refere como o fórum político público (Ibid., pp. 442-443), o que sugere que podem existir discussões políticas fora do fórum político público.

²³⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 453.

²³⁷ Para essa afirmação ser compreendida, deve-se ter em mente as discussões relacionadas com o tema. No debate desses autores, democracia e constitucionalismo (conceitos que tiveram origem em locais e épocas distintas, mas que foram combinados na teoria política do século XVIII, em especial nos Estados Unidos da América), quando reunidos em um conceito de democracia constitucional, parece que as possibilidades de combinação são virtualmente infinitas. Para Zurn, existem basicamente três opções teóricas para se conceber a relação entre constitucionalismo e democracia: eles podem ser equivalentes, antitéticos ou mutuamente pressupostos (Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 103-104). Rawls e Habermas promoveram uma longa discussão a respeito dessa questão, assim como muitos outros autores, e é dentro desse contexto que a essa afirmação pode ser compreendida.

²³⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 451-452. Tradução livre. Texto original: sometimes said to be radically democratic rather than liberal), as well as catholic views of the common good and solidarity when they are expressed in terms of political values.

²³⁹ Ele cita *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 153-156.

²⁴⁰ Ele cita *Man and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1951, pp. 108-114.

Essa explicação do próprio Rawls de sua teoria é importante para afastar mal-entendidos comuns. Nesse contexto, é interessante também citar o seguinte livro: Robert P. George; Christopher Wolfe (Editors), *Natural Law and Public Reason*, Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2000. Nele, é realizado um debate entre teóricos contemporâneos do direito natural e teóricos liberais-políticos sobre a definição e validade da ideia de razão pública. Os colaboradores examinam as consequências de interpretar a razão pública de uma forma mais ampla, como “reta razão”, de acordo com a teoria da lei natural, confrontando com sua compreensão no sentido mais restrito que Rawls tencionava.

9. A Razão Pública de Rawls não Soluciona Questões Políticas Antecipadamente

Rawls diz que uma razão para pensar que a razão pública é muito restritiva é supor que ela tenta erroneamente solucionar questões políticas antecipadamente. Para rebater essa objeção, Rawls considera a questão da oração nas escolas. Segundo Rawls, pode-se pensar que uma posição liberal sobre essa questão negaria a sua admissibilidade nas escolas públicas. Mas por quê? Segundo Rawls, temos de considerar todos os valores políticos que podem ser invocados para solucionar essa questão e de que lado estão as razões decisivas. O famoso debate de 1784-1785 entre Patrick Henry e James Madison quanto ao estabelecimento da Igreja Anglicana na Virgínia e envolvendo a religião nas escolas foi argumentado quase inteiramente com referência apenas a valores políticos. O famoso argumento de Henry a favor do estabelecimento baseou-se na visão de que “o conhecimento cristão tem uma tendência natural de corrigir a moralidade dos homens, conter os seus vícios e preservar a paz da sociedade, o que não pode ser efetuado sem uma provisão adequada para professores instruídos”.²⁴² Henry não parecia argumentar a favor do conhecimento cristão como bom em si, mas, antes, como uma maneira eficaz de conquistar valores políticos básicos, a saber, a conduta boa e pacífica dos cidadãos. Assim, Rawls considera que, com “vícios”, pelo

²⁴¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 452, fn. 29. Ver também Luiz Bernardo Leite Araújo, *Razão Pública e Pós-Secularismo: Apontamentos Para o Debate*, *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, 2009, p. 159.

²⁴² Ver Thomas J. Curry, *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 139-148. Texto original: Christian knowledge hath a natural tendency to correct the morals of men, restrain their vices, and preserve the peace of society, which cannot be effected without a competent provision for learned teachers. A linguagem citada, que aparece na p. 140, é de um preâmbulo ao “Projeto de lei estabelecendo uma provisão para professores da religião cristã” (1784). Note que o popular Patrick Henry também ofereceu a mais séria oposição ao “Projeto de lei para estabelecer a liberdade religiosa” (1779) de Jefferson, que foi aprovado ao ser reapresentado na Assembleia da Virgínia em 1786. Curry, op. cit., p. 146.

menos em parte, queira designar as ações contrárias às virtudes políticas encontradas no liberalismo político²⁴³ e expressas por outras concepções de democracia.²⁴⁴

Deixando de lado a dificuldade óbvia de ser ou não possível comportar orações que satisfaçam todas as restrições necessárias de justiça política, as objeções de Madison ao projeto de lei de Henry giravam em boa parte em torno de determinar se o estabelecimento religioso era necessário para sustentar a sociedade civil ordenada. Ele concluiu que não era. As objeções de Madison dependiam também dos efeitos históricos do estabelecimento na sociedade e da integridade da própria religião. Ele conhecia a prosperidade das colônias que não tinham estabelecimento, especialmente a Pensilvânia; citou a força do cristianismo primitivo em oposição ao hostil Império Romano e a corrupção dos antigos estabelecimentos.²⁴⁵ Com certo cuidado, muitos, se não todos esses argumentos, podem ser expressos em função dos valores políticos da razão pública.²⁴⁶

Segundo Rawls, de especial interesse no exemplo da oração nas escolas é que ele revela que a ideia de razão pública não é uma concepção sobre instituições e programas políticos específicos; em vez disso, é uma concepção sobre o tipo de razões em que os cidadãos baseiam seus argumentos políticos ao fazer justificativas políticas um ao outro quando sustentam leis e programas de governo que invocam os poderes coercitivos do governo quanto a questões políticas fundamentais. Também de especial interesse nesse exemplo é que ele serve para enfatizar que os princípios que sustentam a separação de Igreja e Estado devem ser tais que possam

²⁴³ Para uma discussão dessas virtudes, ver *Political Liberalism*, lecture V, sec. 5.4, pp. 194-195.

²⁴⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 474-475.

²⁴⁵ Ver James Madison, Memorial and Remonstrance (1785), em *The Mind of the Founder*, edited by Marvin Meyers, Hanover: University Press of New England, 1981, pp. 5-13. O parágrafo 6 refere-se ao vigor do cristianismo primitivo em oposição ao império, enquanto os parágrafos 7 a 11 referem-se à influência mutuamente corruptora do estabelecimento no Estado e na religião. Na correspondência entre Madison e William Bradford da Pensilvânia, que ele encontrou em Princeton (faculdade de Nova Jersey), a liberdade e prosperidade da Pensilvânia sem religião oficial estabelecida são elogiadas e celebradas. Ver *The Papers of James Madison*, vol. 1, edited by William T. Hutchinson, William M.E. Rachal, and Robert Allen Rutland, Chicago: University of Chicago Press, 1962. Ver especialmente as cartas de Madison de 1º de dezembro de 1773, *ibid.*, pp. 100-101; 24 de janeiro de 1774, *ibid.*, pp. 104-106; e 1º abril de 1774, *ibid.*, pp. 111-113. Uma carta de Bradford a Madison, de 4 de março de 1774, refere-se à liberdade como o gênio da Pensilvânia; *ibid.*, p. 109. Os argumentos de Madison eram similares aos de Tocqueville que Rawls menciona abaixo. Ver também Curry, *The First Freedoms*, op. cit., pp. 142-148 (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 475).

²⁴⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 475-476.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ser afirmados por todos os cidadãos livres e iguais, dado o fato do pluralismo razoável.²⁴⁷

As razões para a separação de igreja e Estado são estas, entre outras: ela protege a religião do Estado e o Estado da religião; o Estado protege os cidadãos de suas igrejas²⁴⁸ e um cidadão do outro. É um erro dizer que o liberalismo político é uma concepção política individualista, pois seu objetivo é a proteção dos vários interesses com base na liberdade, tanto associativos como individuais. E também é um grave erro pensar que a separação de Igreja e Estado é primordialmente voltada para a proteção da cultura secular; naturalmente, ela protege essa cultura, mas não mais do que protege todas as religiões.²⁴⁹ A vitalidade e a ampla aceitação da religião nos Estados Unidos é muitas vezes comentada como se fosse um sinal de uma virtude específica do povo estadunidense. Talvez sim, mas também pode estar conectada ao fato de que, naquele país, as várias religiões foram protegidas contra o Estado pela primeira emenda e nenhuma foi capaz de dominar e suprimir as outras religiões com a conquista e o uso do poder estatal.²⁵⁰ Embora, sem dúvida, alguns tenham conside-

²⁴⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 476.

²⁴⁸ O Estado faz isso ao proteger a liberdade de alguém mudar de fé. Heresia e apostasia não são crimes (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 476).

²⁴⁹ Para Madison, a grande multiplicidade de seitas nos Estados Unidos era considerada “A melhor segurança para a liberdade religiosa. Porque há uma variedade tal (...) que não pode haver uma maioria de uma seita qualquer a oprimir e perseguir o resto” (the best security for religious liberty. For there is such a variety (...) there cannot be a majority of any one sect to oppress and persecute the rest) (James Madison, Virginia Convention Speech, June 12, 1788, in: *Selected Writings of James Madison*, edited by Ralph Louis Ketcham, Indianapolis: Hackett Publishing, 2006, p. 155).

²⁵⁰ Rawls refere-se aqui ao fato de que, desde os primeiros dias do imperador Constantino, no século IV, o cristianismo puniu a heresia e tentou eliminar a força pela perseguição e pelas guerras religiosas o que considerava como falsa doutrina (por exemplo, a cruzada contra os albigenses, conduzida por Inocêncio III, no século XIII). Fazer isso exigia os poderes coercitivos do Estado. Instituída pelo papa Gregório IX, a Inquisição esteve ativa durante as guerras de religião dos séculos XVI e XVII. Embora muitas das colônias norte-americanas tenham conhecido estabelecimentos de algum tipo (congregacionista na Nova Inglaterra, episcopal no Sul), isso não aconteceu nos Estados Unidos, graças à pluralidade das suas seitas religiosas e à primeira emenda, que elas endossaram. Um zelo perseguidor tem sido a grande maldição da religião cristã. Foi compartilhado por Lutero e Calvino, pelos reformadores protestantes, e não sofreu mudança radical na Igreja Católica até o Concílio Vaticano II. Na Declaração de Liberdade Religiosa do Concílio – *Dignitatis Humanae* –, a Igreja Católica comprometeu-se com o princípio da liberdade religiosa tal como encontrado em um regime democrático constitucional. Ela declarou a doutrina ética da liberdade religiosa baseada na dignidade da pessoa humana, uma doutrina política com respeito aos limites do governo em questões religiosas e uma doutrina teológica da liberdade da Igreja nas suas relações com o mundo político e social. Todas as pessoas, seja qual for a sua crença, têm o direito da liberdade religiosa nos mesmos

rado esse objetivo desde os primeiros dias da república, ele não foi tentado seriamente. Na verdade, Tocqueville pensava que, entre as principais causas do vigor da democracia naquele país, estava a separação de Igreja e Estado.²⁵¹ O liberalismo político concorda com muitas outras concepções

termos. Declaration on Religious Freedom (*Dignitatis Humanae*): On the Right of the Person and of Communities to Social and Civil Freedom in Matters Religious (1964), em Walter Abbott, S.J., ed., *The Documents of Vatican II*, New York: Geoffrey Chapman, 1966, pp. 692-696. Como disse John Courtney Murray, S.J.: “Uma prolongada ambiguidade fora finalmente esclarecida. A Igreja não lida com a ordem secular em função de um padrão duplo – liberdade para a igreja quando os católicos estão em minoria, privilégio para a igreja e intolerância para os outros quando os católicos são maioria” (A long-standing ambiguity had finally been cleared up. The Church does not deal with the secular order in terms of a double standard - freedom for the Church when Catholics are in the minority, privilege for the Church and intolerance for others when Catholics are a majority). John Courtney Murray, Religious Freedom, in: ABBOTT, Walter, S.J., (ed.), *The Documents of Vatican II*, New York: Geoffrey Chapman, 1966, p. 673. Ver também a educativa discussão de Paul E. Sigmund, Catholicism and Liberal Democracy, in: DOUGLAS, R. Bruce; HOLLENBACH, David (eds.), *Catholicism and Liberalism: Contributions to American Public Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, especialmente pp. 233-239 (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 477).

²⁵¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique I*, deuxième partie, chap. IX, p. 436-445. Ao discutir “Das principais causas que tornam a religião poderosa na América” (Des principales causes qui rendent la religion puissante en Amérique), Tocqueville diz que entre os integrantes do clero católico “todos atribuíam principalmente à completa separação da Igreja e do Estado o império pacífico que a religião exerce em seu país. Não receio afirmar que, durante a minha permanência na América, não encontrei um só homem, sacerdote ou leigo, que não tivesse estado de acordo nesse ponto” (tous attribuaient principalement à la complète séparation de l'Église et de l'État l'empire paisible que la religion exerce en leur pays. Je ne crains pas d'affirmer que, pendant mon séjour en Amérique, je n'ai pas rencontré un seul homme, prêtre ou laïque, qui ne soit tombé d'accord sur ce point) (Ibid., p. 437). Ele continua: “Já se viram religiões, intimamente ligadas aos governos da terra, dominar ao mesmo tempo as almas pelo terror e pela fé; mas quando uma religião contrai semelhante aliança, não receio dizer que age como poderia fazer um homem: sacrifica o futuro tendo em vista o presente, e obtém um poder que não lhe é devido, expondo o seu poder legítimo (...) A religião não poderia, portanto, dividir a força material dos governantes, sem se encarregar de uma parte dos ódios que fazem nascer” (On a vu des religions intimement unies aux gouvernements de la terre, dominer en même temps les âmes par la terreur et par la foi; mais lorsqu'une religion contracte une semblable alliance, je ne crains pas de le dire, elle agit comme pourrait le faire un homme: elle sacrifie l'avenir en vue du présent, et en obtenant une puissance qui ne lui est point due, elle expose son légitime pouvoir (...) La religion ne saurait donc partager la force matérielle des gouvernants, sans se charger d'une partie des haines qu'ils font naître) (Ibid., pp. 439-440). Ele ressalta que tais observações aplicam-se ainda mais a um país democrático, pois nesse caso, quando a religião busca poder político, irá unir-se a um partido em específico e ser onerada pela honestidade a ele (Ibid., pp. 440-441). Ao referir-se à causa do declínio da religião na Europa, ele conclui: “Estou profundamente convencido de que essa causa particular e acidental é a união íntima da política e da religião (...). Na Europa, o cristianismo permitiu que o unissem intimamente aos poderes terrenos” (Je suis profondément convaincu que cette cause particulière et accidentelle est l'union intime de la politique et de la religion (...). En Europe, le christianisme a permis qu'on l'unît intimement aux puissances de la terre) (Ibid., pp. 444-445). O liberalismo político aceita a visão de Tocqueville e a vê como explicando, tanto quanto possível, a base da paz entre doutrinas abrangentes religiosas e seculares (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 477).

liberais ao aceitar essa proposição.²⁵² Alguns cidadãos de fé sentiram essa separação como hostil à religião e buscaram mudá-la. Ao fazer isso, Rawls acredita que eles deixam de apreender a causa principal do vigor da religião nos Estados Unidos e, como diz Tocqueville, parecem dispostos a colocá-la em risco em troca de ganhos temporários no poder político.²⁵³

A separação entre Igreja e Estado trouxe vários efeitos para o Estado e o direito. Um paradigma que vinha se desenvolvendo lentamente a partir do Renascimento tornou-se definitivo com a liberdade de consciência e de pensamento definitivamente assegurados com a separação entre Igreja e Estado: foi estabelecida uma separação *normativa* entre sociedade e comunidade, que deu lugar ao pluralismo.

10. Comunidade, Sociedade e Pluralismo Razoável em Rawls

Rawls, em uma distinção provavelmente influenciada pelo clássico *Gemeinschaft und Gesellschaft* de Ferdinand Tönnies, aponta que é um grave erro não distinguir entre a ideia de uma sociedade política democrática e a ideia de comunidade. Rawls entende por comunidade um grupo de pessoas unidas por uma mesma doutrina abrangente.²⁵⁴ Uma sociedade democrática sem dúvida acolhe muitas comunidades dentro dela e tenta ser um mundo social dentro do qual a diversidade possa florescer num clima de entendimento mútuo e conciliação; mas essa sociedade não é em si uma comunidade, nem pode sê-lo tendo em vista o fato do pluralismo razoável.²⁵⁵

A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis²⁵⁶ e, mais ainda, razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que Rawls denomina fato do pluralismo razoável.²⁵⁷

²⁵² Nisso, concorda com Locke, Montesquieu e Constant, Kant, Hegel e Mill (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, p. 478).

²⁵³ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 478.

²⁵⁴ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a Restatement*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, § 1, 1.3.

²⁵⁵ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a Restatement*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, § 7, p. 21. Maritain também distingue entre sociedade e comunidade (Jacques Maritain, *L'homme et l'état*, Paris: Presses Universitaires de France, 1953, pp. 2-4).

²⁵⁶ Aqui Rawls segue Isaiah Berlin.

²⁵⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 36. Ver também o primeiro parágrafo do seção "1" do presente capítulo.

Para Rawls, esse fato do pluralismo razoável deve ser diferenciado do fato do pluralismo como tal. Ele é o fato de que instituições livres tendem a gerar não simplesmente uma variedade de doutrinas e visões, como alguém pode esperar dos vários interesses do povo e de sua tendência a focar em pontos de vista limitados. Em vez disso, é o fato de que entre as visões que se desenvolvem está uma diversidade de doutrinas compreensivas razoáveis. Essas são as doutrinas que cidadãos razoáveis afirmam e que o liberalismo político deve abordar. Elas não são simplesmente o resultado de interesses de classe e pessoais, ou a tendência compreensível das pessoas de verem o mundo político de um ponto de vista limitado. Em vez disso, elas são o produto, em parte, da razão prática livre no contexto de instituições livres. Assim, embora as doutrinas históricas não sejam, evidentemente, obra somente da razão livre, o fato do pluralismo razoável não é uma condição infeliz da vida humana. Ao articular a concepção política de tal maneira que ela possa, no segundo estágio,²⁵⁸ conquistar o apoio de doutrinas abrangentes e razoáveis, o que fazemos não é tanto ajustar aquela concepção às forças brutas do mundo, mas sim ao produto inevitável da razão humana livre.²⁵⁹

11. Opressão em Rawls

Para Rawls, a adesão coletiva continuada a apenas uma doutrina abrangente só se mantém mediante o uso opressivo do poder do Estado, com todos os seus crimes oficiais e as inevitáveis brutalidades e crueldades, seguidas da corrupção da religião, filosofia e ciência. Se denominarmos comunidades uma sociedade política unificada em torno da afirmação de uma única e mesma doutrina abrangente, então o uso opressivo do poder de estado com seus consequentes crimes é necessário para manter a comunidade política. Rawls argumenta que na sociedade da Idade Média, mais ou menos unificada em torno da afirmação da fé católica, a Inquisição não foi um acidente; a supressão da prática da heresia era necessária para preservar a crença comum. O mesmo, se aplica, Rawls supõe, a qualquer doutrina filosófica e moral abrangente, mesmo as seculares. Uma sociedade unificada em torno de uma forma de utilitarismo, ou das

²⁵⁸ A sequência de quatro estágios de Rawls é a seguinte: de acordo com a teoria, começamos na posição original na qual as partes selecionam princípios de justiça; depois, passamos para uma convenção constitucional na qual, vendo-nos como delegados, devemos formular os princípios e regras de uma constituição à luz dos princípios de justiça já disponíveis. Depois disso, tornamo-nos, digamos, legisladores, promulgando leis como a constituição autoriza e como os princípios de justiça requerem e permitem; e, finalmente, assumimos o papel de juizes, interpretando a constituição e as leis como membros do judiciário (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, pp. 397-398).

²⁵⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, pp. 36-37.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ideias de Kant ou Mill, também exigiria as sanções opressivas do poder de Estado para assim permanecer^{260, 261}. Rawls chama isso de fato da opressão.²⁶²

Nesse modelo de pensamento de Rawls de pessoas livres e iguais com liberdade de consciência e separação entre igreja e Estado, não existem fontes de reivindicações válidas que se autenticam por si mesmas. Quando essas existem, as reivindicações só têm peso se derivam dos deveres e obrigações para com a sociedade, ou do papel que lhes é atribuído numa hierarquia social justificada por valores religiosos ou aristocráticos.²⁶³ Não é o caso da democracia constitucional estadunidense. Esse conjunto de coisas é apenas mais uma das razões que torna essencial a concepção de deliberação em uma democracia constitucional.²⁶⁴ Sunstein, dentro desse mesmo modelo de pensamento, afirma que para se chegar a alguma conclusão válida a respeito do direito de liberdade religiosa é necessária uma deliberação democrática.²⁶⁵

²⁶⁰ Em uma observação realizada a partir de comentários de Cass Sunstein, Rawls diz que essa afirmação pode parecer paradoxal. Rawls diz que se alguém fizer a objeção de que, de acordo com a doutrina de Kant ou de Mill, as sanções do poder estatal não podem ser usadas, ele concordará inteiramente. Mas, segundo ele, isso não contradiz o texto, que diz que uma sociedade onde todos professam uma doutrina liberal razoável, se por hipótese existisse, não duraria muito tempo. Para Rawls, com doutrinas não razoáveis, e com religiões que enfatizam a ideia da autoridade institucional, podemos considerar o texto correto; e podemos equivocadamente pensar que há exceções no que se refere a outras visões abrangentes. O que o texto quer dizer é que não há exceções (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, pp. 37-38).

²⁶¹ Segundo Rawls, o conteúdo e o tom da concepção de justiça que se tem, seja ela política ou não, são sem dúvida influenciados pela ênfase que se dá a certos fatos da experiência histórica. Segundo Rawls, para a justiça como equidade (*justice as fairness*) os fatos importantes são as infundáveis opressões e crueldades do poder de Estado e da Inquisição usadas para manter a unidade cristã que começou com S. Agostinho e perdeu até o século XVIII. O liberalismo político começa com a divisão da cristandade depois da Reforma, ainda que não fosse essa a intenção dos reformistas. Como dizia Hegel, que isso tenha ocorrido não foi um infortúnio, mas uma coisa boa tanto para a Igreja como para o Estado. Ver G. F. W. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, translated by H. B. Nibet and edited by Allen Wood, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, § 270 (fim do longo comentário), pp. 301 f. No original, ver G. F. W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1821, S. 272-273 (John Rawls, *Political Liberalism*, expanded edition, New York: Columbia University Press, 2005, § 11, p. 34). Ou seja, a partir da reforma, a existência factual de um pluralismo religioso forçou um “processo que em si mesmo, não era senão um desenvolvimento da distinção evangélica entre as coisas que pertencem a César e as coisas que pertencem a Deus” (processus qui en lui-même n’était qu’un développement de la distinction évangélique entre les choses qui sont à César et celles qui sont à Dieu”) (Jacques Maritain, *L’homme et l’état*, Paris: Presses Universitaires de France, 1953, p. 100).

²⁶² RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 37.

²⁶³ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a Restatement*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 23.

²⁶⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*, Op. cit., p. 448.

²⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 347.

Considerações Finais

A pergunta que buscamos responder no presente artigo foi a seguinte: qual é o espaço que ocupa a religião na vida pública, de acordo com John Rawls? Com o objetivo de responder a pergunta formulada, o presente trabalho apresentou alguns contrapontos lançados por Jürgen Habermas, seu debatedor, e viu como Rawls reagiu a isso. Foi realizada aqui apenas uma pequena exposição de seus argumentos, comparando algumas diferenças de um com o outro que esclarecem melhor a questão, sem a pretensão de que essa exposição fosse exaustiva. Foram tratados também dos argumentos centrais para compreender o pensamento de Rawls a respeito do tema.

Uma observação que parece relevante a ser feita a respeito da obra de Rawls é que, ao diferenciar razão pública de razão secular, assim como ao diferenciar doutrinas abrangentes de doutrinas não abrangentes, ele mantém em igualdade doutrinas religiosas e doutrinas não religiosas, principalmente as de cunho iluminista, como as de Mill e Kant, que normalmente são julgadas superiores por seus proponentes, do ponto de vista da democracia constitucional, como se gozassem de um privilégio a ser aceitas *a priori* e de ver as outras rejeitadas. Na medida em que uma característica central do liberalismo político é que ele encara todos esses argumentos da mesma maneira como encara os argumentos religiosos, essas doutrinas filosóficas seculares, portanto, não proveem razões públicas. Os conceitos seculares e o raciocínio desse tipo pertencem à primeira filosofia e à doutrina moral, e estão fora do domínio do político. Todos os argumentos elaborados com base nessas doutrinas devem poder ser expressos em função dos valores políticos da razão pública, assim como os argumentos elaborados com base em doutrinas religiosas.

Mais do que regular disputas entre religiosos e não religiosos em países de maioria cristã como os Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, onde a democracia constitucional é sólida, isso parece estar de acordo com os interesses estadunidenses, da época em que Rawls escreveu (sendo ele o principal e mais representativo filósofo político do país na época, conforme seção "1"), de estabelecer e consolidar a democracia constitucional em países de maioria muçulmana. Um ponto que permite essa compreensão se encontra no fato de que o próprio Rawls buscou justificar como a sua teoria seria compatível com os ensinamentos de Maomé.²⁶⁶

²⁶⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 461, fn. 46.

Referências

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Razão Pública e Pós-Secularismo: Apontamentos Para o Debate. *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, pp. 155-173, 2009.

AUDI, Robert. The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society. *San Diego Law Review*, San Diego, Volume 30, Issue 4, pp. 677-702, 1993.

AUDI, Robert; WOLTERSTORFF, Nicholas. *Religion in the Public Sphere*. New York: Rowman and Littlefield, 1997.

CURRY, Thomas J. *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FORST, Rainer. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994.

FORST, Rainer. *Toleranz im Konflikt*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2003.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25-26, pp. 56–80, 1990.

GEORGE, Robert P.; WOLFE, Christopher (Editors). *Natural Law and Public Reason*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2000.

GRAY, John. *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*. London: Routledge, 1995.

GREENWALT, Kent. *Religious Convictions and Political Choice*. Oxford, Oxford University Press, 1988.

GUYER, Paul. *Kant on Freedom, Law, and Happiness*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Elements of the Philosophy of Right*. Translated by H. B. Nibet and edited by Allen Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1821.

HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de em Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

MADISON, James. *Selected Writings of James Madison*. Edited by Ralph Louis Ketcham. Indianapolis: Hackett Publishing, 2006.

MADISON, James. *The Mind of the Founder: Sources of the Political Thought of James Madison*. Edited by Marvin Meyers. Hanover: University Press of New England, 1981.

MADISON, James. *The Papers of James Madison*. Edited by William T. Hutchinson, William M.E. Rachal, and Robert Allen Rutland. Chicago: University of Chicago Press, 1962-76. 17 vols.

MAFFETTONE, Sebastiano. *Rawls: An Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2011.

MARITAIN, Jacques. *L'homme et l'état*. Paris: Presses Universitaires de France, 1953.

MARITAIN, Jacques. *Man and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.

MCCARTHY, Thomas. Translator's Introduction. In: HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*. Volume One: Reason and the Rationalization of Society. Boston: Beacon Press, 1981.

MCCONNELL, Michael W. Religious Freedom at a Crossroads. In: STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A.; SUNSTEIN, Cass R. (Eds.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

MURRAY, John Courtney. Religious Freedom. In: ABBOTT, Walter, S.J., (ed.). *The Documents of Vatican II*. New York: Geoffrey Chapman, 1966.

OUTHWAITE, William. *Habermas: A Critical Introduction*. Cambridge: Polity Press: 1994.

PELCZYNSKI, Z. A. (Ed.). *The State and Civil Society: Studies in Hegel's Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

PERRY, Michael J. *Religion in Politics: Constitutional and Moral Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. *Justice as Fairness: a Restatement*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

RORTY, Richard. Religion in the Public Square: A Reconsideration. *Journal of Religious Ethics*, Oxford, Volume 31, Issue 1, pp. 141-149, 2003.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCANLON, T. M. The Difficulty of Tolerance. In: HEYD, David (Ed.). *Toleration: An Elusive Virtue*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SIGMUND, Paul E. Catholicism and Liberal Democracy. In: DOUGLAS, R. Bruce; HOLLENBACH, David (Eds.). *Catholicism and Liberalism: Contributions to American Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

STEELE, Meili. *Theorizing Textual Subjects: Agency and Oppression*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique I*. Paris: Gallimard, 1986.

VALLEJO, Iván Garzón. Argumentos laicos para una revisión de la secularización. *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Nº 66/67, pp. 227-246, Octubre 2009.

VATTIMO, Gianni; RORTY, Richard; ZABALA, Santiago. *The Future of Religion*. New York: Columbia University Press, 2007.

ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.

PARTE II

Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Luis Fernando Barzotto*

Nossas leis não são conhecidas por todos, elas são um segredo do pequeno grupo de aristocratas que nos domina (...). Talvez nem existam essas leis que tentamos adivinhar. Há um pequeno partido que realmente defende essa opinião e procura demonstrar que, se existe uma lei, ela só pode rezar: o que a aristocracia faz, é lei.

Franz Kafka, "Sobre a questão das leis"

Uma função da Suprema Corte é manter a paz entre grupos sociais rivais, que aderem a princípios rivais e incompatíveis de justiça. (...) A Suprema Corte não invoca nossos princípios morais compartilhados, pois a nossa sociedade como um todo não tem nenhum.

Alasdair MacIntyre, "Depois da virtude"

De todas as funções indispensáveis à existência da polis, a mais necessária de todas é a do órgão encarregado de decidir as questões acerca do justo e do conveniente entre os cidadãos. A polis necessita (...) de juízes.

Aristóteles, "Política"

Sumário: Preliminares. 1. O positivismo jurídico de Hans Kelsen. 1.1. Autointeresse e conflito. 1.2. A norma. 1.3. Ativismo judicial. 1.4. Conclusão: dominação ilegal e tirania. 2. Neoconstitucionalismo. 2.1. O sujeito de direitos e a despolarização do convívio. 2.2. Os direitos. 2.3. Ativismo judicial. 2.4. Conclusão: estado de natureza e anarquismo. Considerações finais. Referências.

Preliminares

O presente texto versa sobre a questão de como uma determinada concepção acerca do direito pode influenciar a atividade do julgador. Tendo em vista esta questão, dois paradigmas estarão aqui em pauta: o primeiro, o positivismo jurídico, será tematizado a partir da obra de Hans Kelsen. O segundo, o neoconstitucionalismo, será reconstruído como "tipo ideal" para tornar-se objeto de análise.

A tese é a de que tanto o positivismo, na vertente kelseniana, como o neoconstitucionalismo, são concepções que favorecem o ativismo judicial ao desvincular o juiz do direito de sua comunidade expresso em lei.

* Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

A análise se dará em três momentos: uma breve descrição dos pressupostos antropológicos e sociológicos de cada paradigma, a elucidação do seu conceito de direito e o ativismo judicial como decorrência de ambos.

A elucidação da antropologia subjacente aos paradigmas impõe-se porque toda teoria que tem por objeto a práxis humana pressupõe uma concepção de ser humano: “a ação segue o ser”, como diziam os medievais. Assim, o comportamento de um animal que só se alimenta de carne revela sua natureza de carnívoro. Do mesmo modo, o agir humano revela a natureza humana e descrições sobre a ação humana apontam uma concepção do ser humano. Assim, teorias sobre a ação humana em sociedade, como as teorias políticas e jurídicas, repousam sobre certa concepção antropológica, mais ou menos explícita, mas sempre presente: o ser humano *age* a partir do que ele *é*. Francis Fukuyama, na sua obra *Nosso futuro pós-humano*, após demonstrar que os teóricos que querem construir teorias éticas e teoria política (e teorias jurídicas, pode-se acrescentar) à margem de considerações antropológicas violam essa pretensão constantemente, uma vez que suas construções conceituais pressupõem uma certa visão de ser humano. O autor citado conclui: “todos os filósofos (...) acabam reinserindo em suas teorias vários pressupostos sobre a natureza humana. A diferença [dos autores contemporâneos] é que o fazem de maneira disfarçada e desonesta.”²⁶⁷ A desonestidade dos autores contemporâneos consiste em explicitamente tentarem prescindir de uma concepção de ser humano, e simultaneamente permitirem que sua antropologia oculta determine, de um modo sub-reptício, o que escrevem sobre política, moral e direito. De qualquer modo, tanto a concepção antropológica de Kelsen como a do neoconstitucionalismo são suficientemente claras para nossos propósitos.

Sendo o direito um fenômeno social, toda consideração sobre o direito pressupõe igualmente uma concepção sociológica, em estreita conexão com a antropologia de base que informa as construções teóricas sobre moral, política e direito.

É a partir desses pressupostos antropológicos e sociológicos que as teorias do direito, e entre elas, o positivismo e o neoconstitucionalismo, propõem um conceito de direito.

Ora, o conceito de direito do positivismo, como sistema de normas, e o do neoconstitucionalismo, como sistema de direitos, leva de um modo inexorável, ao ativismo judicial, se aceitamos a definição tradicional de juiz como sendo o órgão encarregado pela comunidade política para

²⁶⁷ FUKUYAMA, Francis, *Nosso futuro pós-humano*, p. 129.

julgar os casos segundo a lei produzida pela comunidade. Assim, o ativismo judicial consiste na atitude do julgador que não orienta seu juízo no caso concreto pela lei. A seguir, veremos como as duas correntes examinadas negam a conexão conceitual entre juiz e lei, desembocando no ativismo judicial.

A análise coloca-se em um plano conceitual, não empírico. Procura-se esclarecer os vínculos entre o aparato conceitual do positivismo e do neoconstitucionalismo e uma certa concepção da atividade judicial. Desta forma, a análise coloca-se no plano das possibilidades lógicas, e não das efetivações históricas. Não se faz um juízo sobre qualquer prática judicial de uma sociedade concreta, mas tenta-se estabelecer parâmetros para a realização deste juízo.

1. O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen

1.1 Autointeresse e conflito

A antropologia de Kelsen fica evidenciada na seguinte afirmação da Teoria Pura do Direito: “É psicologicamente impossível agir com base em motivos diversos da inclinação ou interesse egoísticos.”²⁶⁸ Ora, se o agir revela o ser, como afirmam os medievais, fica explicitada a antropologia kelseniana: o ser humano age somente a partir de interesses egoísticos porque ele é essencialmente um ser auto-interessado. É uma consequência dessa teoria antropológica a recusa do conceito de justiça como instrumento válido para a descrição da realidade social: “A justiça é uma ideia irracional (...). Na perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e conflitos de interesses.”²⁶⁹ A justiça é irracional, porque sendo apenas “a expressão do interesse do indivíduo”²⁷⁰, isto é, a formulação em termos ideais das tendências subjetivas (interesses ou valores) de um indivíduo, tem a pretensão de valer objetivamente. Ora, é impossível para seres autointeressados recorrerem a um padrão objetivo, como a justiça, porque este padrão não existe. A observação da realidade social nos mostra apenas conflito de interesses, que é o único tipo de interação que se pode esperar de seres autointeressados.

A partir dessa antropologia, o problema central do convívio social passa a ser a paz, uma vez que seres autointeressados em conflito tendem a utilizar a violência para alcançar seus objetivos. Ora, é para impor a paz

²⁶⁸ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto* (tradução italiana de Mario Losano da segunda edição alemã da Teoria Pura do Direito), p. 76. De agora em diante: DPD.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. *General theory of law and state.*, p. 13.

²⁷⁰ KELSEN, Hans. *O que é a justiça?*, p. 223.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

que o direito se faz necessário: “A paz é a ausência do uso da força física. O ordenamento jurídico, determinando as condições na presença das quais deve ocorrer o uso da força e os indivíduos que devem efetivá-lo e criando um monopólio da coerção pela comunidade jurídica, dá paz a esta comunidade assim constituída.”²⁷¹ O ideal de ausência da violência nas relações humanas é inalcançável, dado a natureza autointeressada do ser humano e a natureza conflitiva das relações sociais. O que se pode alcançar é a limitação desta violência, pela sua monopolização por parte do órgão instituído pelo direito, o Estado. A disciplina do uso da força na vida em sociedade é a própria essência do fenômeno jurídico para Kelsen: “O direito é uma organização da força.”²⁷²

A força é monopolizada pela comunidade de tal modo que aos indivíduos não está facultado servirem-se dela para buscarem seus interesses. E para evitar que o autointeresse leve a atitudes que podem perturbar a paz social, o direito utiliza-se diretamente da força para impor comportamentos exigidos para a obtenção da paz. O direito é a técnica de controle social que consiste em ameaçar os indivíduos com a interferência coativa na sua esfera de interesses se eles violarem as condições de convívio estabelecidas pelo próprio direito: uma “técnica que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.”²⁷³

Esta técnica de controle social é implementada por meio da “vontade de poder” do detentor do aparato coativo de uma sociedade. Este promulga normas que antecipam as condições em que a força será usada. O direito positivo é o conjunto de normas positivas presentes em uma sociedade, e estas demandam uma vontade capaz de se impor: “a norma positiva é posta por um ato de vontade real”²⁷⁴. O voluntarismo kelseniano é a chave de leitura do seu projeto positivista. O direito é essencialmente um fenômeno da vontade, e não da razão: “A criação de normas não é, porém, uma função do conhecimento. Com a criação de uma norma não se conhece um objeto já dado, tal como ele é, mas exige-se algo que deve ser. Neste sentido, a norma é uma função do querer, não do conhecer.”²⁷⁵

A ordem social, como em Hobbes, não é produzida apelando-se a valores ou princípios morais, que são essencialmente expressões de interesses subjetivos e, portanto, incapazes de garantir um convívio pacífico.

²⁷¹ DPD, p. 50.

²⁷² KELSEN, Hans. *General theory, op. cit.*, p. 21.

²⁷³ KELSEN, Hans. *General theory, op.cit.*, p. 19.

²⁷⁴ DPD, p. 19.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*, p. 115.

Faz-se necessário uma decisão ou ato de vontade do detentor do poder, isto é, daquele sujeito ou grupo que alcança monopolizar os meios de coação.

A decisão que impõe a paz é pensada por Kelsen como norma.

1.2 A norma

“O direito é (...) um sistema de normas que regulam comportamentos humanos.”²⁷⁶ Definindo o direito como norma, ou mais precisamente como sistema de normas, Kelsen estabelece o objeto da ciência do direito face às ciências causais. A ciência do direito dirige-se a um objeto que está no plano do dever ser (*Sollen*) e não no plano dos fatos ou do ser (*Sein*). Por dever ser (*sollen*) se entende “o sentido normativo de um ato dirigido à conduta de outrem”²⁷⁷ e que compreende também as autorizações e a permissão. A norma é o sentido de um ato de vontade: “a norma (...) é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e se a norma é um preceito, um comando, é o sentido de um ato dirigido ao comportamento de outrem, isto é, de um ato segundo o qual um outro sujeito (ou outros sujeitos) deve (ou devem) comportar-se de um certo modo.”²⁷⁸

Este sentido pode ser meramente subjetivo, como quando um assaltante quer que sua vítima se comporte de certo modo, entregando-lhe uma quantia em dinheiro, ou o sentido pode ser objetivo, quando o querer de alguém dirigido à conduta de outrem está autorizado por uma norma. Assim, uma ordem de um fiscal a um contribuinte possui um sentido objetivo, porque o seu querer, estando autorizado por uma lei, pode ser interpretado por um estranho à relação como gerando um dever objetivo. É necessário que o querer esteja previsto em uma outra norma para poder ser interpretado como produzindo uma norma válida, isto é, para ter seu sentido subjetivo de prescrição, autorização ou permissão interpretado como sentido objetivo.

A partir desta distinção entre sentido subjetivo e objetivo Kelsen introduz o conceito de validade. A validade consiste no fato de uma norma ser produzida em conformidade com outra norma do sistema. Isto é, atos de vontade adquirem um sentido objetivo ao serem interpretados a partir de uma norma pré-existente. As normas validam-se umas às outras em termos de uma hierarquia, em que a validade apresenta-se em uma estrutura “descendente” na qual as normas “superiores” validam as normas

²⁷⁶ DPD, p. 13.

²⁷⁷ DPD, p. 13.

²⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*, p. 4.

“inferiores”: “O ordenamento jurídico não é um sistema de normas jurídicas postas umas ao lado das outras em condições de igualdade, mas uma estrutura hierárquica composta de vários planos de normas jurídicas. A sua unidade é produzida pelo nexu resultante pelo fato de que a validade de uma norma, produzida em conformidade com uma outra norma, repousa sobre esta última, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra.”²⁷⁹ A condição de possibilidade de interpretar um ato de vontade como produzindo uma norma válida é considerá-lo a partir de uma norma anterior, ou seja, a validade é uma relação intra-normativa: “o fundamento da validade de uma norma não pode ser senão a validade de uma outra norma.”²⁸⁰

Assim uma sentença judicial (norma individual) encontra seu fundamento de validade em uma norma legal e esta, em uma norma constitucional. O problema se põe agora no nível constitucional: sobre qual norma válida repousa a validade da constituição? Para responder a esta questão, Kelsen elaborou a célebre teoria da norma fundamental. O jurista deve postular a existência de uma norma hipotética, cujo teor seria: “Devemos comportar-nos no modo previsto na constituição.”²⁸¹ O ordenamento jurídico positivo tem sua validade dependente de uma hipótese, a hipótese de que devemos obedecer às normas impostas por um aparato coativo efetivo. É essa obediência à vontade do poderoso que permite à comunidade alcançar a paz.

Nessa perspectiva pode-se entender a insistência de Kelsen quanto à necessidade de eficácia das normas: “Uma norma não aplicada nem seguida em nenhum tempo, em nenhum lugar, isto é, uma norma, que, como se costuma dizer, não seja em certa medida eficaz, não é considerada uma norma jurídica válida. Um mínimo desta chamada eficácia é uma condição para a sua validade.”²⁸² A norma eficaz é aquela que produz a paz. Assim como o único poder relevante para uma teoria política centrada na paz é o poder efetivo (Hobbes), a única norma relevante para uma teoria jurídica centrada na paz é a norma eficaz (Kelsen).

1.3 Ativismo judicial

O ativismo judicial no positivismo kelseniano está ligado à sua concepção voluntarista do direito. O direito, na visão positivista, é essencialmente vontade, e não razão.

²⁷⁹ DPD, p. 252.

²⁸⁰ DPD, p. 217.

²⁸¹ DPD, p. 226.

²⁸² DPD, p. 20.

É no capítulo VIII da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960), que Kelsen, para explicar o fenômeno da interpretação jurídica, traz a célebre metáfora da moldura. A norma geral a ser aplicada é uma moldura na qual encontram-se várias possibilidades de normas individuais, devido ao caráter equívoco da linguagem. Entre essas possibilidades, cabe ao julgador escolher qual será atualizada. O caráter sedutor da metáfora está em que permite combinar, a um tempo, vinculação e liberdade do julgador. Mas não esqueçamos que a sentença é uma norma individual, e como tal, produzida pela vontade: “A produção de normas individuais no procedimento de aplicação da lei é uma função da vontade, na medida em que permanece no interior da moldura da norma geral.”²⁸³

Assim, a descrição kelseniana da aplicação judicial do direito pode ser formulada nos seguintes termos: a sentença, norma individual, é produzida por um ato de vontade que escolhe, entre as várias possibilidades contidas no interior da norma geral a ser aplicada, a que apraz ao julgador. O que parece levar à conclusão de que se o julgador escolher um conteúdo para a norma individual que não esteja virtualmente “contido” na norma geral, ele estará produzindo uma norma individual inválida.

Mas para Kelsen, “norma inválida” é uma contradição em termos. Se uma norma não é válida, ela não existe, e nada se pode falar sobre ela. Não há normas “nulas” mas apenas “anuláveis” segundo um procedimento previsto pelo próprio ordenamento jurídico. Se uma norma só pode ser anulada a partir de um procedimento, enquanto ela não for anulada deve ser considerada válida. Isto significa que o ordenamento jurídico outorgou ao órgão encarregado de aplicar a norma geral de decidir “dentro” da norma ou “fora” dela. A tese é de tal modo contrária ao senso comum (ou ao bom senso) que merece ser citada em extenso: “O fato de que a sentença do tribunal de primeira instância seja, segundo as disposições do ordenamento jurídico, somente anulável, isto é, seja válida até o momento em que não é anulada por um tribunal superior, significa que estes órgãos são autorizados pelo ordenamento jurídico a produzir uma norma jurídica cujo conteúdo é predeterminado pela norma jurídica geral, *ou* (grifo no original) uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é predeterminado, mas deve ser determinado pelo próprio órgão.”²⁸⁴ É assim que Kelsen explica o fenômeno da sentença ilegal que é considerada válida por não estar mais sujeita a recurso, isto é, ser considerada “coisa julgada”. Embora ela seja uma norma individual que não pode ser validada por recurso ao conteúdo da norma geral que pretendia aplicar,

²⁸³ DPD, p. 386.

²⁸⁴ DPD, p. 300.

ela é validada pela norma que prescreve que toda sentença deve ser considerada válida enquanto não for anulada por um tribunal revisor. Mas isso significa simplesmente que a sentença, legal ou ilegal, é válida enquanto não for anulada, ou em termos de Kelsen, que o juiz está autorizado a prolatar sentenças legais ou sentenças ilegais. A estrutura hierárquica do ordenamento não permite apenas explicar a validade da legalidade, mas também a validade da ilegalidade.

Assim, levando às últimas conseqüências a ideia de que o juiz cria direito por um ato de vontade, e que sua interpretação, como foi visto acima, é função do querer (vontade) e não do conhecimento (razão), Kelsen é levado a afirmar: “A interpretação da parte do órgão que aplica o direito é sempre autêntica. Ela cria direito (...). Observe-se que com interpretação autêntica (isto é, interpretação de uma norma da parte do órgão jurídico que deve aplicá-la), se pode realizar não somente uma das possibilidades reveladas pela interpretação teórica da norma a ser aplicada, mas se pode antes produzir *uma norma totalmente fora da moldura constituída pela norma a ser aplicada*” (não há grifo no original).²⁸⁵

O juiz pode assumir uma dupla postura. Na primeira delas, em que permanece no interior da moldura da norma geral, ele apresenta-se como uma curiosa síntese entre um lexicógrafo e um apostador. Como lexicógrafo ele lista possibilidades semânticas, e como apostador ele elege, sem base racional, uma das possibilidades linguísticas. Na segunda postura, ele também escolhe uma norma individual qualquer, ainda que fora da moldura da norma geral. O que permanece constante nas duas hipóteses é a decisão sem fundamentação racional.

Mas o que guia o juiz na sua escolha? A sua própria perspectiva política ou moral. Como não há um critério jurídico, objetivo, para decidir entre as possibilidades, este critério só pode ser extrajurídico, subjetivo: “o órgão encarregado de aplicar a norma pode atribuir a estas soluções [possíveis] valores diferentes se elas são consideradas do ponto de vista político ou moral. Ele tem a competência de escolher aquela que lhe parece a mais apropriada.”²⁸⁶ Ou seja, a mais apropriada segundo o único critério disponível na teoria dos valores kelseniana, a própria subjetividade: “o juízo de valor é determinado por fatores emotivos, e assim, essencialmente subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga.”²⁸⁷

Assim, para Kelsen o direito judicial consiste exclusivamente no ato de vontade do juiz, qualquer que seja ele, e é portanto supérfluo per-

²⁸⁵ DPD, p. 388.

²⁸⁶ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*, p. 138.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. *General Theory*, cit., p. 6.

guntar entre o vínculo racional entre sua decisão e um conteúdo linguisticamente identificável de uma norma legal. Em outros termos, mesmo a frágil presença da razão, como uma mera expositora de sentidos linguísticos, não tem lugar na teoria kelseniana da jurisdição. A vontade do poder é condição não só necessária, mas suficiente para a criação do direito. Assim, é indiferente se a decisão judicial está dentro da moldura de uma norma anterior ou fora dela: o poder não depende de normas e ainda menos de razões.

A obra póstuma de Kelsen, a *Teoria Geral das Normas*, representa o desenlace fatal de uma concepção voluntarista do direito: a dissolução dos tênues laços racionais que vinculavam o direito à razão na obra kelseniana representados pela aplicação de princípios lógicos ao direito. Tem particular interesse para nós a posição de Kelsen sobre a relação entre norma geral (lei) e norma particular (sentença) e o princípio lógico da dedução.

Tende-se a conceber a validade de normas individuais como a transposição da validade da norma geral para a norma individual, através da aplicação do princípio da dedução. Assim, da norma geral “Todos os homens devem manter suas promessas” entendida como premissa maior, a descrição de um fato “Maier fez a promessa de pagar 1000 a Schulze”, seguir-se-ia a sentença judicial que determina “Maier deve pagar 1000 a Schulze.”

Na obra referida, Kelsen afirma que os princípios lógicos são aplicáveis somente a asserções, que são o sentido de atos de pensamento, e não a normas, que são o sentido de atos de vontade. Em um silogismo teórico, a verdade da conclusão é garantida pela verdade das premissas, porque a conclusão já está contida nas premissas. Assim, a verdade da proposição “Sócrates é mortal” está fundada na verdade das premissas: “Todo homem é mortal” e “Sócrates é homem”, porque a proposição em exame está implícita nas proposições anteriores.

Ora, isto não é válido para as normas, porque estas, como o sentido de atos de vontade, não podem estar contidas umas nas outras. A norma individual é um ato de vontade que não está implícito em um ato de vontade anterior. No exemplo acima, que é de Kelsen, este conclui: “A autoridade, que estatuiu a norma geral, isto é, que quer que todos os homens devam manter suas promessas, não pode querer que Maier deva manter a promessa feita a Schulze de pagar-lhe 1000, porque não pode saber antecipadamente que no futuro um certo Maier prometerá a um

certo Schulze de pagar-lhe 1000. Não se pode querer aquilo do qual nada se sabe.”²⁸⁸

Como a vontade só pode querer o que se conhece, e o legislador não conhece os casos futuros, a sentença deixa de referir-se à “vontade do legislador” para vincular-se somente à “vontade do juiz”. Sem o princípio de dedução, perde-se a conexão racional entre o universal da lei, o caso e a sentença como proposição particular.²⁸⁹ Mas isto obviamente é um problema só para aqueles que veem um nexó constitutivo entre direito e razão. O juiz kelseniano está ocupado somente com a coerção física que vai aplicar, e não com a coerção lógica que se impõe à sua atividade.

1.4 Conclusão: dominação ilegal e tirania

Em uma primeira abordagem, o positivismo kelseniano pode ser visto como a teoria do direito que pretende explicar, em termos jurídicos, o fenômeno político designado por Max Weber como “dominação legal”.

A dominação legal é a forma de exercício do poder cuja legitimidade repousa sobre normas que foram positivadas no interior de um procedimento. Nesta forma de dominação, a obediência não se dirige à pessoa, mas ao direito: “o que obedece só obedece ao direito”²⁹⁰. De um modo mais detalhado, Weber explica que os membros da comunidade, “enquanto obedecem ao soberano, não o fazem em relação à sua pessoa, mas que obedecem à aquela ordem impessoal [o direito]; e que só estão obrigados à obediência dentro da competência limitada, racional e objetiva a ele outorgada pela referida ordem.”²⁹¹

Nas sociedades modernas, nas quais vigora a dominação legal, a decisão judicial é vista como “a aplicação de um preceito abstrato a um fato concreto”.²⁹² Não há outro modo da decisão judicial obter legitimidade senão vinculando-se estritamente à lei. Mas como vimos, o voluntarismo kelseniano, leva a que o conteúdo do que é aplicado dependa essencialmente da valoração do juiz, único dado imutável da decisão judicial. Com efeito, a própria moldura é opcional para o juiz. Deste modo, sua perspectiva pessoal, ou sua ideologia, é que constitui o verdadeiro conteúdo da decisão judicial.

O positivismo da Teoria Pura pode ser visto como uma racionalização do poder na sociedade, não no sentido de dar fundamentos racio-

²⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*, p. 390.

²⁸⁹ Cf. Neil MACCORMICK, *Retórica e Estado de Direito*, caps. 3 e 4.

²⁹⁰ WEBER, Max. *Economia y sociedad*, p. 174.

²⁹¹ WEBER, Max. *Economia y sociedad*, p. 174.

²⁹² WEBER, Max. *Economia y sociedad*, p.511.

nais, mas de fornecer uma justificação teórica para um despotismo prático. A Teoria Pura aparece assim, como a tentativa de dar um sentido jurídico à opressão política, uma verdadeira teoria da “dominação ilegal”, parafraseando Weber. De fato, se para Kelsen “não há imperativo sem imperador”²⁹³, na dominação legal vale o contrário: não há imperador sem imperativo, não há dominação sem norma ou decisão judicial sem lei. Sem a lei, o poder passa a ser identificado com a força, um fenômeno conhecido sob o nome de tirania.

2. Neoconstitucionalismo

2.1 O sujeito de direitos e a despolitização do convívio

Ronald Dworkin estabeleceu didaticamente três tipos de “teorias políticas” ou teorias éticas. A primeira ele denominou “teorias baseadas em metas”, da qual Aristóteles poderia ser considerado um representante. A segunda, a teoria baseada em deveres teria na obra de Kant sua expressão mais difundida. E a terceira, a própria teoria de Dworkin, seria uma “teoria baseada em direitos”²⁹⁴.

Por óbvio, cada uma delas está baseada em uma antropologia. Para Aristóteles, o ser humano está dotado de potencialidades naturais que devem ser desenvolvidas a um nível de excelência, que serviria como “meta” para a ação individual e coletiva. Por sua vez, em Kant o dever expressa a autonomia do ser humano como ser racional. Guiar-se pelo dever dado pela própria razão é ser autônomo em relação à natureza e à sociedade.

Mas a tese dos direitos dos autores contemporâneos que informam o neoconstitucionalismo encontra-se no horizonte temporal do “pensamento pós-metafísico”, isto é, ela está marcada por uma recusa de qualquer consideração sobre a “essência” ou a “natureza” de qualquer realidade empírica, incluindo aí o ser humano. Assim, os direitos humanos, na visão “pós-metafísica” que anima as doutrinas contemporâneas não se vinculam a uma antropologia filosófica que aceite o conceito de natureza humana. De qualquer modo, o discurso contemporâneo deve indicar quem é o titular dos direitos humanos. Mas aqui a atitude pós-metafísica cobra o seu preço: o titular dos direitos humanos é o ser humano, entendido como o ente “que tem direitos humanos”.²⁹⁵ De fato, os direitos humanos substituíram a natureza ou essência humana como critério dife-

²⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*, p. 387.

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 266.

²⁹⁵ MANENT, Pierre. *La cité de l’homme*, p. 164.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

renciador do humano, o que leva à seguinte circularidade (ou tautologia, como prefere Pierre Manent): o ser humano é aquele que tem direitos humanos e os direitos humanos são aqueles que pertencem ao ser humano.

O conceito de direitos humanos, no horizonte do pensamento pós-metafísico²⁹⁶ que caracteriza o neoconstitucionalismo, possui três características: é vazio, consensual e inflacionário.

Como qualquer tautologia ou raciocínio circular, é um conceito vazio, podendo receber qualquer conteúdo.

Em segundo lugar, por ser vazio, pode ser utilizado com plausibilidade por qualquer grupo social e político, que facilmente pode traduzir suas pretensões e interesses no vocabulário dos direitos, o que o torna absolutamente consensual. Estando à disposição de todos, é por todos assumido como válido: todas as discussões políticas passam a ser tratadas em termos de direitos.

A terceira característica deriva das duas primeiras: como é possível atribuir qualquer conteúdo aos direitos humanos “pós-metafísicos” (é um conceito vazio), e como os grupos tendem a se expressar somente em termos de direitos (é um conceito consensual) a expressão tende a ser inflacionária, na medida em que todas as pretensões e desejos presentes na sociedade contemporânea podem pretender constituir o conteúdo dos “direitos”: “A noção de direitos humanos (...) vai conquistar irresistivelmente o império político e moral porque, disponível e flutuante, ela pode vincular-se sem dificuldade às diversas experiências do homem, que aparentam ser todas formuláveis na sua linguagem (...). Se o homem tem direito à vida, ele tem também direito à morte, ao menos uma morte com dignidade; se ele tem direito ao trabalho, ele tem direito ao lazer; se ele tem direito de viver no seu país, ele tem também direito a viajar; se a mulher possui direito à maternidade, ela possui igualmente ao aborto (...). Não há nada sob o sol ou sob a lua que não seja suscetível de se tornar ocasião e matéria de um direito humano. Assim se evidencia a força expansiva que vincula o humano aos direitos humanos.”²⁹⁷

O que é relevante para a vida humana, os direitos, tem sua existência independente da comunidade, são pré-políticos. A gênese liberal desta noção é suficientemente conhecida para que se tenha que insistir.

²⁹⁶ Note-se que não é o conceito de direitos humanos como tal que é criticado neste texto, mas somente a sua apropriação individualista e pós-metafísica por correntes contemporâneas como o neoconstitucionalismo. Para uma tentativa duplamente anacrônica (metafísica e não-individualista) de fundar os direitos humanos cf. o capítulo “Direitos Humanos” in BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹⁷ MANENT, Pierre. *La cité de l’homme*, p. 199.

Deste modo, pode-se dizer que o individualismo liberal está na raiz da noção contemporânea de direitos, que não somente reforçam o caráter atomista da sociedade em que imperam, mas adquirem um verdadeiro caráter “anti-político, um sabor anarquista no sentido etimológico do termo: prefere-se o ser humano ao cidadão, tende-se a rejeitar os consangüinamentos coletivos ligados à cidadania.”²⁹⁸ Afirmar os direitos, no interior deste paradigma, é afirmar o humano contra o cidadão, a natureza contra a instituição, o indivíduo contra a comunidade. O neoconstitucionalismo, como liberalismo aplicado ao direito, defende “a ideia de que os indivíduos podem ser dotados de direitos que contrariam (...) o bem comum.”²⁹⁹

2.2 Os direitos

O neoconstitucionalismo funde as questões morais e jurídicas. Deste modo, convém começar por explicitar a concepção moral do neoconstitucionalismo e como isso se reflete na concepção do direito.

O neoconstitucionalista adere a um tipo de “tese dos direitos” como foi enunciado acima. O ser humano é titular de direitos humanos e estes direitos devem ser acolhidos pela constituição. Levar uma vida moral significa para o indivíduo, fruir de direitos, e para o Estado o fundamento moral de sua existência está no esforço de efetivar os direitos. O neoconstitucionalismo é um semiconstitucionalismo no sentido moderno do termo: ignora completamente as questões referentes à articulação dos poderes e centra sua atenção somente na proteção dos direitos. Ele é levado a isso pela perspectiva do individualismo moral que o anima: o tema da organização dos poderes não lhe interessa porque a política, como prática do autogoverno, é um assunto que diz respeito à comunidade política, uma realidade completamente irrelevante face ao indivíduo e seus direitos.

Quando os direitos humanos são positivados na constituição como direitos fundamentais, algo de maravilhoso ocorre: a superação da tensão entre direito e moral. De fato, se o fenômeno moral se reduz ao reconhecimento e respeito dos direitos humanos, com a constitucionalização destes termina a possibilidade de um direito imoral e de uma moral antijurídica.

O neoconstitucionalismo ufana-se de ter “moralizado” o direito, de ter superado a pretensa neutralidade axiológica do positivismo e seu legalismo indiferente aos valores: “a lei é a lei”. Esta positivação de ele-

²⁹⁸ MANENT, Pierre. *Cours familier de philosophie politique*, p.165.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 551.

mentos morais, sobretudo direitos, se deu na forma de princípios constitucionais, ao ponto que estes se identificam com a própria constituição: “Só os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, isto é, constitutivo da ordem jurídica. As regras, ainda que estejam escritas na Constituição, não são mais que leis reforçadas por sua forma especial. As normas legislativas são prevalentemente regras, ao passo que as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios (...).”³⁰⁰

Com isso, tem-se a identificação entre direito e moral, validade e justiça: “A positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral.”³⁰¹ Como a constituição é a norma superior do ordenamento jurídico que subordina a si por relações de validade todo o direito infraconstitucional, tem-se que “o juízo externo ou ético sobre a justiça de uma lei se transforma em juízo interno sobre a sua validade.”³⁰² De fato, se a constituição é a norma suprema, e esta vem formada por princípios morais, a conformidade com a constituição transforma-se em conformidade com a moral. É válido o que for justo, é direito o que é moral.

Se constituição é direito e contém em si os critérios morais que devem avaliar o direito, este autolegitima-se. Embora fale-se em “moralização do direito” poderia-se falar igualmente em “juridificação da moral”. De certo modo, é inadequado caracterizar esta posição como uma proposta de estabelecer uma “conexão” entre direito e moral: o que se propõe é a identidade entre direito e moral. Não pode haver crítica moral ao direito como crítica externa ao sistema jurídico, pois toda moral relevante para a discussão jurídica está positivada constitucionalmente.

Esta identificação entre direito e moral está na gênese da seguinte narrativa que o neoconstitucionalismo possui a respeito de si próprio: a experiência totalitária mostrou a necessidade de proteger valores básicos contra movimentos sociais ideologizados. Se estes movimentos alcançarem o poder, manipulando maiorias ocasionais, está aberta a possibilidade de dominação total mediante o uso da lei. Assim, o Estado Legislativo liberal, por manter-se neutro axiologicamente, está sujeito a servir de instrumento à “tirania das maiorias”. A solução? Uma constituição repleta de princípios éticos que, efetivada por uma “jurisdição constitucional” só reconheça como lei válida para o sistema as normas que se conformem

³⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil*, pp. 109-110.

³⁰¹ POZZOLO, Susana. “O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico”, p. 82.

³⁰² POZZOLO, Susana, “O neoconstitucionalismo”, cit., p. 118.

com a moral constitucionalizada. Paradoxalmente, era isso a que se propunha o Estado totalitário: que não houvesse distinção entre ética e direito. Como afirma Hannah Arendt, o Estado Total não reconhece “qualquer diferença entre lei e ética”, porque a “lei em vigor é idêntica à ética comum”.³⁰³ Deste modo, o neoconstitucionalismo, longe de afastar o risco totalitário, o realiza, ao utilizar a ética como critério de identificação daquilo que vale como lei. Não há possibilidade de crítica moral ao direito positivo, porque não há moral para além da constituição: o direito legitima a si próprio.

Outra consequência é que a tese dos direitos não representa uma quebra com o normativismo positivista, mas apenas a sua renovação. A expressão normativa dos direitos consiste nos princípios: “tanto as regras como os princípios são normas, pois ambos dizem o que devem ser.”³⁰⁴ Quando o neoconstitucionalista afirma que a constituição é substancialmente um conjunto de princípios que declaram direitos, e que ela deve ser considerada direito, devemos entendê-lo como reproduzindo o modelo mais popular de conceber o direito no século XX: o normativismo.

A “revolução” do neoconstitucionalismo em relação ao positivismo não é assim, quanto à conotação (notas características que permitem incluir um objeto sob um conceito) do termo “direito”, mas quanto à sua denotação (classe dos objetos à qual se aplica o termo). O neoconstitucionalismo apenas amplia denotativamente o conceito de norma: ela abarca agora a constituição.

Mas é um normativismo agora ligado a um *pathos* moral: ao tratar-se de defender os direitos, as normas tendem a ser concebidas e aplicadas de modo incondicional. Assim, fala-se em “efetivar” a constituição à margem de qualquer consideração pelo mundo dos fatos. A sociedade apresenta-se, aos olhos do neoconstitucionalista, como um conjunto de dados inertes a serem configurados pelos princípios constitucionais. Toda resistência que os fatos impõem à “efetivação” dos direitos é vista como um atentado ao Estado constitucional. O problema é que o direito não gera suas próprias condições de aplicação, papel que cabe à política. Mas o moralismo de que padece o neoconstitucionalista não lhe permite ver isso. Se os direitos que a constituição garante não estão sendo “plenamente” efetivados, trata-se também de um fenômeno moral: ou do descaso das autoridades políticas responsáveis ou de interesses mesquinhos que desviam forças e recursos do único objetivo relevante: efetivar os direitos.

³⁰³ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, p. 444.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 83.

Carl Schmitt diagnostica a incompreensão básica do normativismo acerca das relações entre realidade social e direito nos seguintes termos: “A regra segue a situação mutável para a qual foi formulada. Uma norma pode permitir-se ser tão inviolável quanto quiser, mas rege para uma situação somente na medida em que a situação não se tornou totalmente anormal (...). A normalidade da situação concreta regulada pela norma (...) não é um pressuposto externo da norma (...) mas uma característica jurídica essencial da validade da própria norma.”³⁰⁵

Com efeito, a situação social não é um “fato bruto” externo ao direito, mas um dado interno ao próprio direito. Este, por óbvio, não pode simplesmente reproduzir o fático, mas deve moldá-lo progressivamente, isto é, não pode fazê-lo de modo abrupto, desconsiderando seus próprios limites. O problema é que, quando o direito se identifica com a moral, ele adquire a própria incondicionalidade desta. Como a moral, ele se torna indiferente aos fatos. Esta visão mostra toda sua virulência quando aplicada a direitos cuja efetivação demanda considerações de ordem econômico-financeira. O normativismo neoconstitucionalista leva a interpretar a quebra financeira do Estado como um efeito colateral irrelevante nas considerações puramente morais que devem orientar o raciocínio do jurista, na efetivação de direitos sociais. Não é difícil ver onde termina este tipo de postura: na plena aceitação das consequências da tese “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”. Para o neoconstitucionalismo, a constituição é um pacto suicida.

2.3 Ativismo judicial

O ativismo judicial a que conduz o neoconstitucionalismo está ligado à peculiar situação moral do nosso tempo.

O neoconstitucionalismo crê poder ser dispensado da tarefa de ter de fundamentar sua adesão à “tese dos direitos” como concepção global do fenômeno moral por duas razões.

Em primeiro lugar, porque os direitos estão positivados em uma constituição. Assim, à exigência de justificação da efetivação dos direitos, o neoconstitucionalista responde apontando o fato dos direitos estarem na constituição. Esta posição é claramente insatisfatória, porque tem como consequência óbvia que o neoconstitucionalista estaria disposto a violar direitos, se esta violação tivesse status constitucional. Toda justificativa de posições morais que culmine no direito positivo, isto é, em um ato

³⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, p. 25.

do poder, conduz a um peculiar “positivismo moral”, na qual se confere ao constituinte o poder de decidir sobre o certo e o errado em matéria moral.

Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo, fiel ao espírito desiludido de nossa época, proclama que “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los.”³⁰⁶ Buscar os fundamentos é entregar-se à experiência frustrante de ter de lidar com uma “crise dos fundamentos” que é também “um aspecto da crise da filosofia”.³⁰⁷ Assim, o neoconstitucionalista, de consciência tranquila, entrega-se à árdua missão de efetivar os direitos, mesmo sem saber porquê deve fazê-lo. Mas isto é inquietante, do ponto de vista moral: pessoas são convidadas a militar em causas que não podem justificar racionalmente e que não devem querer justificar, porque isso “não é importante”. Mas com esta postura não estamos diante da própria definição de fanatismo, que é o de se dedicar a causas que não podem ser articuladas em razões?

O dilema entre positivismo moral e fanatismo moral só poderia ser superado se o neoconstitucionalista nos oferecesse uma teoria de fundamentação dos direitos humanos. Esta teoria proporcionaria critérios racionais que permitiriam encaminhar uma solução consensual para os conflitos em torno do direito à vida (aborto, eutanásia), dos direitos sociais (reformas na previdência pública) e dos direitos de liberdade (liberdade de imprensa, direito a privacidade), apenas para ficar com alguns exemplos candentes. Mas sabemos que a invocação a “direitos”, longe de solucionar os conflitos mencionados, terminam por exacerbá-los. Todos os grupos e movimentos sociais pretendem que suas crenças e interesses valem como “direitos”, e que portanto, devem incondicionalmente ser “efetivados”.

Ocorre que as discussões morais vazadas no vocabulário dos direitos padecem da mesma patologia das discussões morais contemporâneas: a cisão entre uso e significado nas proposições morais.³⁰⁸

Há uma distinção entre o significado da proposição “Tenho direito à saúde” e “Quero ter saúde”. Na primeira, há um vínculo objetivo entre o sujeito e a saúde: o “direito”. A segunda expressão, “quero ter saúde”, não expressa um vínculo objetivo entre o sujeito e a saúde, mas um vínculo meramente subjetivo: a vontade ou desejo do sujeito. Nas discussões morais, os “direitos” designariam um critério impessoal e objetivo que permitiria que as referidas discussões fossem solucionadas racionalmente. “Eu tenho direito” significaria: a minha pretensão possui um fundamento objetivo.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 37

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *A era, cit.*, p. 24.

³⁰⁸ A análise que se segue é baseada em Alasdair MACINTYRE, “Depois da virtude”, caps 1 a 3.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Ora, quando as discussões envolvendo os “direitos” não são levadas a conclusão alguma, salvo por uma decisão de um tribunal (que decide muitas vezes por apertada maioria), sem que nenhum dos grupos que lutam pelos seus “direitos” seja convencido pelas “razões” levantadas no processo, teme-se que “direitos” seja apenas uma máscara para pretensões carentes de fundamentação racional. Usa-se assim o termo “direitos” de um modo subjetivista e arbitrário, para veicular interesses, desejos e preferências incapazes de se fazerem valer na esfera pública por meio de razões.

Conclui-se que os grupos em conflito e os juristas envolvidos nele estão na singular situação de que em seus argumentos, há um hiato entre o significado, que pretende ser objetivo e o uso, que é inteiramente subjetivo. O significado das invocações aos direitos pressupõe uma fundamentação racional (objetiva) dos mesmos, mas o seu uso é de tal modo arbitrário (subjetivo) que manifesta precisamente a ausência de uma tal fundamentação racional.

Nestas circunstâncias, o papel do judiciário (e do staff jurídico) só pode ser ativista. Quanto mais se pretende fundar a objetividade do direito em razões que a ninguém convencem (a não ser os próprios interessados), mais o vocabulário dos direitos perde em prestígio e a crença nos direitos fica abalada. Isso porque “se me faltam boas razões para invocar contra alguém”, talvez simplesmente isso se deva ao fato de eu não ter razões: “parece que em apoio à minha opinião deve haver alguma decisão não-racional de adotar tal postura. Correspondente ao caráter interminável da discussão pública há, no mínimo, a aparência de uma inquietante arbitrariedade privada.”³⁰⁹

O ativismo manifesta-se no fato de conflitos serem tratados sem um direito pré-existente, como aquele previsto na lei. Juízos baseados em leis pretendem expressar o uso objetivo de um padrão objetivo (lei). Mas juízos baseados em direito pretendem ser objetivos, sendo que a parte da sociedade que possui outra concepção dos “direitos” verá este juízo apenas como subjetivo. O que para alguns é efetivação de um direito (direito à privacidade) para outros será violação do direito (liberdade de imprensa). Grande parte dos direitos positivados em uma constituição não fazem parte das soluções jurídicas, mas dos conflitos políticos. O judiciário não tem como entrar nessas discussões sem tomar partido, isto é, abandonar o que o constitui como judiciário, a imparcialidade, a referência a um critério objetivo que seja aceito como tal por ambas as partes em conflito.

³⁰⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*, p. 25.

2.4 Conclusão: estado de natureza e anarquismo

A apressada identificação do direito com a moral promovida pelo neoconstitucionalismo esbarra no pluralismo da sociedade contemporânea. Se pretendemos determinar como direito válido o que é “conforme à dignidade da pessoa humana”, por exemplo, e constatamos a presença de várias concepções contraditórias na sociedade sobre o que este significa esta dignidade³¹⁰, não há como ter um critério socialmente compartilhado para diferenciar direito e não-direito. Em uma sociedade na qual há pluralismo moral, afirmar a identidade entre direito e moral equivale a afirmar que a sociedade carece de direito como padrão comum de convívio e solução de conflitos. Se a validade de cada uma das regras do ordenamento fica sujeita a um controle de constitucionalidade com base em direitos/princípios, e estes são controversos entre a sociedade e entre os julgadores, a sociedade carece de regras firmes e estáveis com que possa ordenar o convívio.

Deste modo, em uma sociedade pluralista que confia a todo juiz a possibilidade de decidir não a partir da lei, mas a partir dos “direitos humanos ou fundamentais”, o que menos se deve temer é um “governo dos juízes”. O que se deve temer é um “não-governo” dos juízes, uma multiplicidade de decisões contraditórias em que direitos serão “aplicados” de forma completamente irregular. Ao passo que o juiz no interior do paradigma positivista aproxima-se do tirano, o juiz do paradigma neoconstitucionalista assume, na prática, uma postura anarquista. De fato, a negação da lei em nome dos direitos equivale à negação da comunidade política em prol de uma associação anárquica de sujeitos de direitos naturais.³¹¹ Como a regra é oriunda do legislador, seu fundamento está na própria comunidade. As regras que são aplicadas aos membros da comunidade são vistas por estes como as “suas” regras. As partes em um processo são as autoras das regras que lhes são aplicadas. Mesmo o condenado em um processo penal teve sua autonomia respeitada: ele é autor da

³¹⁰ Em um debate televisivo sobre o aborto de anencéfalos ocorrido no Rio Grande do Sul, as opiniões conflitantes sobre o tema eram: “o aborto do anencéfalo é juridicamente lícito em virtude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” e “o aborto do anencéfalo é juridicamente ilícito em virtude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.

³¹¹ Para uma defesa do controle político de constitucionalidade, em que direitos humanos ou outros princípios ético-políticos podem ser invocados de um modo contra-majoritário, cf. Luis Fernando BARZOTTO, “O guardião da constituição” in MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *A constituição de 1988 reavaliada* (no prelo). O que se critica no presente texto não é o necessário limite constitucional ao poder democrático, mas o caráter anti-político que a invocação aos direitos tem no pensamento neoconstitucionalista, fundado na sua antropologia individualista.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

regra que prescreve a pena para seu crime.³¹² Ora, diante de uma decisão baseada diretamente nos direitos, sem referência à lei, como o juiz pode legitimar sua decisão? Sua visão dos direitos é melhor que a visão das partes? Mas o conteúdo dos direitos não consiste precisamente no que divide a comunidade? Se “igualdade”, “liberdade”, “segurança” são conceitos que dividem ideologicamente socialistas, social-democratas, liberais e conservadores, como pode legitimar-se uma decisão que apele diretamente a eles como fundamento? Se a concepção ideologicamente dominante venceu no âmbito político pela regra da maioria, porque deve ser revisada? Será por que não é a ideologia “correta”? A constituição possui uma única ideologia ou só pode ser lida por uma ideologia particular?

O problema aqui criado é que o neoconstitucionalista declara o juiz supérfluo, uma vez que o saber técnico-jurídico não coloca o juiz em vantagem em relação a qualquer um dos seus concidadãos quando se trata de determinar o significado de “liberdade religiosa”, “liberdade de expressão” ou “igualdade”: “se os princípios da justiça são imediatamente os direitos humanos, porque sua efetivação seria reservada aos juízes? Os juízes até aqui administraram a justiça porque eles detinham a ciência do direito e das leis. Desde que a mediação do direito e das leis é substituída pelo apelo aos direitos humanos, a mediação do juiz perde a razão de ser. Cada ser humano é, em princípio, capaz de ter conhecimento dos direitos humanos e de aplicar este conhecimento aos casos que lhe interessam. Mas esta é exatamente a definição que os primeiros autores liberais, e em particular Locke, dão do estado de natureza! O poder dos juízes tem o risco de nos levar ao estado de natureza, que é o outro nome do estado de guerra.”³¹³

Quando o juiz neoconstitucionalista abandona o artificialismo do direito positivo para recorrer diretamente aos direitos humanos, ele nos convida a abandonarmos o estado civil e voltar ao estado de natureza. Os conflitos jurídicos deixam de ser pensados a partir da referência a uma lei comum e passam a ser concebidos em termos de direitos naturais sem a mediação institucional da lei criada pela cidadania. Mas aqui, o próprio judiciário, enquanto realidade institucional, está deslocado. No estado de natureza só existem direitos, não instituições. Isso significa que não há leis, mas também não há juízes.

³¹² ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*, p. 215.

³¹³ MANENT, Pierre. *Cours familier de philosophie politique*, p. 311.

Considerações finais

O artigo iniciou perguntando-se sobre qual poderia ser a influência de uma determinada teoria do direito sobre o julgador. Duas influentes teorias do direito do século XX foram examinadas: o positivismo e o neoconstitucionalismo.

Ao iniciar a conclusão, vem à mente a famosa frase de Marx: a história é vivida duas vezes. Na primeira, ela ocorre como tragédia, na segunda vez ela é experimentada como farsa.

O positivismo remonta à tentativa hobbesiana de pacificar uma sociedade lacerada pelas divisões confessionais e pela emergente economia de mercado. Neste contexto, a legitimação da vontade do soberano como exclusiva fonte do direito impunha-se como a única possibilidade de convívio razoável. Contudo, em Hobbes havia uma tentativa de fundamentação racional desta atitude, a partir de uma sofisticada doutrina da lei natural. Ou seja, em Hobbes, a lei natural fornece razões para obedecer ao soberano e procurar a paz. Ao contrário, o ceticismo moral positivista, ao desvincular o ato de vontade do soberano de uma justificação racional, termina por entregar a práxis jurídica e política à irracionalidade: “O comportamento exterior do homem não se diferencia muito do animal: os peixes grandes devoram os peixes pequenos, tanto no reino animal como no reino dos homens. Quando, porém, um ‘peixe humano’ age desta forma impulsionado pelo instinto, procura justificar sua conduta perante si próprio e a sociedade e aplaca sua consciência com a ideia de que seu comportamento em relação ao seu semelhante é bom”³¹⁴ Para o positivismo, no aquário da vida social, há apenas peixes grandes dominadores e peixes pequenos dominados, e o juiz, desvinculado da lei feita pelos peixes pequenos, é apenas o menor dos peixes grandes.

O neoconstitucionalismo tem sua gênese na afirmação liberal dos direitos naturais, que levaram aos acontecimentos políticos decisivos do Ocidente. A afirmação de direitos naturais permitia criticar todos os constrangimentos sociais e históricos que eram postos como obstáculos à plena realização da pessoa humana. Mas isto estava vinculada a uma noção de natureza humana que, inverossímil na sua fundamentação, remetendo a uma natureza humana destituída da sua sociabilidade, recolhia de fato o melhor da tradição ocidental, a filosofia grega e a ética judaico-cristã. Ao mesmo tempo, o liberalismo tinha clareza acerca das condições do convívio civil: a defesa dos direitos não se dará contra o autogoverno democrático, mas por meio deste: “é para assegurar esses direitos que governos são instituídos entre os homens” (Declaração de Independência Americana); “a finalidade de toda associação política é a conservação dos

³¹⁴ KELSEN, Hans. “*O que é justiça?*”, p. 9.

direitos naturais e imprescritíveis do homem” (Declaração dos direitos do homem e do cidadão, art. 2). A efetivação dos direitos é precisamente o conteúdo da práxis política e dos conflitos políticos. O que o neoconstitucionalismo propõe é o liberalismo (defesa dos direitos) sem instituições liberais: separação dos poderes, princípio da legalidade e autogoverno democrático. Com isso, a decisão judicial fundada puramente nos direitos se torna a porta para o retorno à situação anárquica do estado de natureza: indivíduos portadores de direitos naturais se defrontando sem “uma lei estabelecida, firmada e conhecida, recebida e aceita mediante consentimento comum (...)”³¹⁵ O liberalismo clássico tentava equilibrar o indivíduo (direitos) e o cidadão (autogoverno). Já o liberalismo neoconstitucionalista, embalado tanto pela descrença na política como pelo individualismo crescente característicos da nossa época, prega o retorno ao estado de natureza, na qual o risco do político terá sido abolido. O juiz é simplesmente o caminho mais curto para a utopia neoliberal de eliminação do político.

Que seja permitido recolocar algumas teses fora de moda. Talvez o ser humano não seja prioritariamente um ser autointeressado (positivismo) ou um sujeito de direitos (neoconstitucionalismo) mas um animal político, alguém cuja felicidade está no convívio com os outros. Para o animal político, a sociedade não se configura como um Estado burocrático (positivismo) ou estado de natureza (neoconstitucionalismo), mas como *polis*, uma comunidade de “livres e iguais” cujas relações “estão reguladas pela lei.”³¹⁶ A lei é expressão do justo político, daquilo que é considerado justo pelos membros da *polis*. O direito não é indiferente ao justo (positivismo) nem está vinculado a uma expressão extrapolítica do justo (neoconstitucionalismo), mas o justo se revela aos cidadãos no empreendimento coletivo de deliberação e decisão. Como o justo político não esgota os padrões avaliativos da comunidade, ele está permanentemente aberto à crítica e revisão. O direito positivo não é o justo, mas apenas o *nosso* justo, o justo da nossa comunidade política que se manifesta em uma lei revogável. É este justo frágil e limitado que o juiz é convidado a aplicar. O “juiz é a justiça animada”³¹⁷. A sua grandeza ético-política está no seu caráter representativo: no momento que julga, não expressa a *sua* justiça, mas a justiça *da comunidade*, declarada na lei: “o juiz olha apenas para a lei”³¹⁸. Mesmo quando deve corrigir a lei pela equidade, atitude necessária dada a simplicidade do caráter universal da lei, que nunca alcança abarcar a complexidade do singular, o juiz permanece no interior do horizonte do

³¹⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, cap. IX, p. 124.

³¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1134a.

³¹⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* V, 4, 1132a.

³¹⁸ ARISTÓTELES, *Retórica*, II, 13, 1374b.

justo político determinado pela lei. O juiz vai corrigir a lei estabelecendo “o que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação.”³¹⁹ O padrão de correção da lei é interno à praxis legislativa da própria comunidade.

Esta conexão conceitual entre juiz e lei, central à tradição democrática do Ocidente (ao povo é aplicada a lei que ele próprio produziu) pode receber os seguintes esclarecimentos quanto à questão da imparcialidade, essencial ao conceito de juiz. Para Ihering, “a lei é a melhor garantia contra a parcialidade; ela faz possível a missão do juiz, dando ao direito uma existência material e exteriormente reconhecível.”³²⁰ Sem um direito “exteriormente reconhecível”, a comunidade não pode identificar na sentença a aplicação de um direito objetivamente estabelecido. A lei deste modo viabiliza a imparcialidade, tornando o juiz vinculado somente ao direito estabelecido na lei, fornecendo a ele um padrão externo à opinião pública, aos poderes políticos ou às forças sociais. Quem recorre ao juiz quer um juízo independente de influências estranhas ao direito, e por isso quer que o juiz se vincule à lei, e apenas à lei: “Em um Estado democrático, o juiz é também independente e não deve ser um instrumento político. A independência do juiz não pode ser outra coisa senão outro aspecto da sua dependência da lei (...). Tudo o que o juiz faz como juiz se encontra normativamente determinado.”³²¹

Pode-se dizer que em relação ao direito entendido como justo político, positivismo e neoconstitucionalismo representam desvios simétricos. O positivismo nega que o direito esteja relacionado com o justo, o neoconstitucionalismo nega que este justo seja político. Assim, para o positivista o direito é de tal modo politizado que ele identifica-se com a vontade do poder. Para o neoconstitucionalista, o direito é despolitizado de tal modo que passa a valer na forma de direitos de um estado de natureza pré-político. Tanto em um caso como outro, não há juiz, porque não há um terceiro imparcial que vincule suas decisões ao direito positivo da comunidade expresso na lei.

A questão que foi objeto deste artigo pode agora receber uma tentativa de resposta: os dois paradigmas aqui apresentados não podem afetar a práxis de aplicação do direito porque neles não há direito a ser aplicado, e portanto não há juiz como órgão de aplicação do direito. Ao dissolver o direito em poder arbitrário ou moral anárquica, os referidos paradigmas assumem um caráter anti-judicial, decorrência da sua postura antijurídica: “para o Estado de Direito e o conceito de direito de tais pessoas vale a proposição: ‘o direito deve ser unicamente o que agrada a mim e aos meus compadres’”.³²²

³¹⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* V, 10, 1137b

³²⁰ IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*, v.2, p. 271.

³²¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, p. 266.

³²² SCHMITT, Carl. “Legalità e legittimità”, p. 223.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2006.

ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Santiago, 2009 (no prelo).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*. Rocco: Rio de Janeiro, 2003.

IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. México: Oxford University Press, 2001.

KAFKA, Franz. *Nas galerias*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. *La dottrina pura del diritto*. Turim: Einaudi, 1990.

_____. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

_____. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Teoria Generale delle Norme*. Turim: Einaudi, 1985.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril, 1973.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. São Paulo: Edusc, 2001.

_____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2001.

_____. *Théorie pure du droit*. Neuchatel: La Baconnière, 1953.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

MANENT, Pierre. *Cours familier de philosophie politique*. Paris: Gallimard, 2001.

_____. *La cité de l'homme*. Paris: Flammarion, 1994.

POZZOLO, Susanna. "O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico". In: E. DUARTE e S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SCHMITT, Carl. "Legalità e legittimità" In: SCHMITT, C. *Le categorie del politico*. Bologna: Il Mulino, 1992.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madri: Tecnos, 1996.

_____. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2006.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de cultura econômica, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1997.

A JUSTIÇA COMO ADMINISTRAÇÃO EQUILIBRADA DO *PHÁRMAKON*: UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITO, EXPERIÊNCIA E CULTURA*

Um ensaio sobre o sentido da Justiça, o fenômeno da positivação e as potencialidades do Direito Positivo como *Phármakon*

Josué E. Möller *****

Sumário: 1. A justiça e o fenômeno da positivação do direito: um *phármakon* contra os males do mundo. 2. O valor da positivação do Direito: o *phármakon* e o dever do Direito Positivo como conquista evolutiva. 3. A juridicidade e o direito positivo em questão: o reconhecimento da ambivalência do *phármakon*. 4. Direito, experiência e cultura: a administração equilibrada do *phármakon* em prol da realização da justiça. Referências.

1. A justiça e o fenômeno da positivação do direito: um *phármakon* contra os males do mundo

A Justiça e o Direito são costumeiramente vistos e percebidos como ideias-chave complementares que – unidos, promovidos e realizados na sociedade – contribuem à preservação de condições favoráveis à convivência social, ao desenvolvimento de perspectivas de coopera-

* O presente ensaio constitui-se como versão textual de palestra homônima proferida pelo autor no âmbito do “I Congresso Direito e Cultura: Desafios Normativos em Sociedades Multiculturais”, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, no dia 28 de maio de 2014, às 9h45min., organizado pelo Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez (UFRGS) e Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS).

** Professor de Filosofia Geral e Jurídica e de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da UNIRITTER. Doutor em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce - Università del Salento - UNISALENTO/Itália. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Secretário-Geral do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC. Assessor Institucional de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão da UNIRITTER.

*** O autor registra seu agradecimento pelo convite aos organizadores do “I Congresso Direito e Cultura: Desafios Normativos em Sociedades Multiculturais”, Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez e Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, e também seu agradecimento especial ao Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto, Mestre que foi determinante na motivação para o progresso nos estudos de Filosofia do Direito, primeiramente como aluno e posteriormente como orientando. Presta também deferência especial à Profa. Dra. Judith Martins-Costa, pela postura comprometida com o saber e com a instigação exemplar ao desenvolvimento de estudos suscitada por suas marcantes reflexões teóricas. No que concerne ao desenvolvimento da ideia-chave do *phármakon* associada ao direito e utilizada no desenvolvimento deste ensaio, sente-se no dever de lembrar a importância e destacar, além da referência clássica direta a Platão, as influências decorrentes das abordagens reflexivas de Jacques Derrida, Paul Ricœur, Eligio Resta e Achille De Nitto. No que concerne à consideração da cultura como paradigma para a compreensão do fenômeno jurídico que permeia o desenvolvimento do ensaio, registra o mérito da contribuição de Miguel Reale e do texto sobre tal contribuição de autoria da Profa. Judith Martins-Costa (REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999; e MARTINS-COSTA, Judith. “Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história” in *Revista da Faculdade de Direito da Uniritter*, 2001.).

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

ção, ao estabelecimento e ao reestabelecimento da ordem social, e à salvaguarda de bens, valores, interesses e objetivos considerados importantes num determinado contexto social, dentre tantos fatores que poderiam ser mencionados.

A conexão entre as ideias-chave de Justiça e Direito que se evidencia no senso comum e no imaginário coletivo – no imaginário das pessoas, de um modo geral, e no imaginário dos estudiosos e dos operadores do direito, de um modo particular –, que se vincula ao destaque da importância atribuída tanto à realização da Justiça quanto à concretização do Direito, não se distancia por certo de seus sentidos primordiais, fundantes e fundamentais.

A reflexão detida sobre os sentidos da Justiça e do Direito é que nos consente, contudo, fazer diferenciações, ao mesmo tempo em que consente compreender relações que se instauram entre estas ideias-chave, e também funções que se desenvolvem e se renovam ao longo do tempo.

A partir do reconhecimento do senso comum podemos tecer considerações, podemos fazer diferenciações, compreender relações, identificar funções, elaborar conceitos, sedimentar razões, desenvolver teorias (doutrinas) e aperfeiçoar práticas sociais. No que concerne aos sentidos da Justiça e o do Direito, estes objetivos reflexivos tem se afigurado desde o princípio como norteadores do desenvolvimento da Filosofia e da Teoria do Direito, inscrevendo-se numa imensa tradição.

Incumbe-nos neste momento fazer uma incursão breve, neste que é um amplo território metafórico do pensamento e da reflexão, que tem como objetivo não o de necessariamente atingir o centro do alvo – o núcleo essencial de sentido –, mas o de escrutinar e reconhecer melhor os horizontes.

Acerca da Justiça, numa primeira investida é possível dizer que...

A imagem antiga e iconográfica da Justiça, uma imagem forte e simbolicamente representativa, de uma deusa com uma espada e uma balança nas mãos, com ou sem venda nos olhos, da qual emana uma mensagem intrínseca em relação ao que se espera, ao que se deseja ou ao que se deve temer – é, mesmo sem que seja estudada, incrivelmente presente nas mentes dos homens e mulheres que vivem no contexto social contemporâneo, e cultivada no horizonte significativo das expectativas e pretensões.

O senso comum acerca da Justiça parece de fato sedimentar-se fundamentalmente em torno de expectativas e pretensões que se vincu-

lam à promoção e à preservação de condições de convivência social que são construídas sem que os indivíduos abram mão ou sem que os indivíduos queiram abrir mão do que lhes é próprio, e que se vinculam, ao mesmo tempo, à mitigação das possibilidades de conflito e de perda suscitadas por situações que envolvem, de algum modo, formas de negação.

O senso comum acerca da Justiça se liga a expectativas e pretensões, e nos reporta aos sentidos já presentes na sua imagem antiga e na sua representação iconográfica, que se vinculam, numa perspectiva preventiva e distributiva, a uma espécie de chamamento (apelo) ou admoestação que se volta à preservação de algo que é importante para os indivíduos e para a sociedade; ou, numa perspectiva reativa e redistributiva, a uma espécie de reivindicação de algo próprio que não se logrou obter ou que de qualquer modo, pela ação ou inação de outrem, se perdeu.

A ação ou prática da Justiça se apresenta em nossa mente, fundamentalmente, como algo que condiz com a promoção do bem, ao mesmo tempo em que se evidencia como uma bela imagem, sobretudo quando pensamos na perspectiva de quem alimenta uma expectativa e a tem como objeto de pretensão, de quem a espera obter e de quem a deseja. O mesmo, obviamente, não se afirma na perspectiva de quem dela quer escapar, uma vez que nestes casos a expectativa negativa se vincula ao temor que a realização da Justiça deve suscitar.

A ação ou a prática da Justiça se evidencia no imaginário coletivo como uma atuação que preserva, salva, recompõe e/ou penaliza. A ação ou prática da Justiça envolve, não devemos esquecer, além da utilização da força necessária implicada pelo próprio sentido performático de sua existência e de sua atuação (representada simbolicamente pela espada e compatível com os sentidos da constrição e da coercibilidade); a utilização de um instrumento pelo qual opera e promove proporcionalmente uma medição, ou melhor, uma mediação consubstanciada pela assunção do equilíbrio (representada simbolicamente pela operação da balança e compatível com os sentidos da estabilidade e da ponderação).

A ação ou a prática da Justiça aparece de qualquer modo no senso comum, a partir da rememoração da imagem antiga e da representação iconográfica, como uma espécie de administração de uma medida, como uma forma de aplicação proporcional de medição e de realização de uma mediação – medição/mediação esta que preserva, que salva, que recompõe e/ou penaliza; em suma, como algo que em função de sua própria atuação atribui, reconstitui ou reordena.

Acerca do Direito, numa segunda investida é possível dizer que...

A imagem antiga e a representação iconográfica do Direito é, por sua vez, muito mais singela, ainda que seja muito significativa simbolicamente. A presença do Direito na representação iconográfica antiga se filiava e vinculava à própria representação iconográfica da Justiça.

A imagem é singela na medida em que se restringia entre os romanos à indicação do valor representado pelo fiel da balança na ação e na atuação prática da Justiça, ocasião em que as medidas normativas previstas, previamente estipuladas e positivadas nos textos jurídicos (sobretudo das leis) eram consideradas como parâmetros indicativos da justiça (do justo); porém, *apenas* quando e *na medida em que* se operava o balanceamento, a medição proporcional e a mediação por força da ponderação implicada pela própria ação ou atuação da Justiça nos casos concretos – isto é, quando o Direito e o próprio sentido normativo que se desenvolvia por conta da realização da Justiça e da interpretação dos dispositivos normativos (dos textos das leis) vinham a ser concretizados em situações que demandavam o exercício da jurisdição.

A retomada da representação simbólica clássica consente dizer que a medida do Direito representada iconograficamente pela conformidade e pela retidão do fiel da balança ganha sentido apenas *na medida em que*, por força da atuação da Justiça, e da consequente aplicação e adaptação dos dispositivos normativos constantes nos textos das leis aos casos concretos, se apresenta e configura performaticamente uma situação de equilíbrio.

A proximidade existente entre a imagem do Direito e a imagem da Justiça dá causa e alimenta no senso comum, pela complementaridade natural e intrínseca dos significados, uma imensa dificuldade de diferenciação, e até mesmo pode ser causa de confusão ou de reducionismo frequente na visão e na compreensão do fenômeno que se evidencia e representa. O que também de fato é sintomático na percepção de homens e mulheres que vivem no contexto social contemporâneo.

A solicitação de explicação acerca do significado da Justiça remete logo e naturalmente no senso comum à lembrança das leis, pelo que se evoca um sentido restrito do Direito em torno do significado do que designamos tecnicamente de Direito Positivo.

É possível notar, inclusive, a evidência de um estranhamento quando introduzimos, numa circunstância de esclarecimento ou formação, explicação acerca da existência de uma diferenciação entre o sentido da Justiça e o sentido restrito do Direito que remete ao significado do Direito

Positivo como expressão do conjunto de disposições normativas, dentre outras, também das leis, que dá forma a um ordenamento jurídico.

É possível pensar diante destas circunstâncias que o estranhamento pode ser em grande parte positivo, uma vez que pode ser percebido como uma espécie de confirmação da ideia de que o sentido da Justiça e o sentido do Direito como expressão do Direito Positivo *são* e *devem ser* indissoluvelmente ligados um ao outro.

Um problema surge, porém, quando a falta de diferenciação se vincula a uma incompreensão geral em relação às diversas funções que atribuímos à prática da Justiça, de um lado, e ao Direito Positivo, de outro; podendo suscitar na realidade, como de fato muitas vezes se verifica – sobretudo quando a incapacidade de diferenciação se faz presente também entre os operadores do direito – uma grande redução na compreensão do fenômeno jurídico, ligada a uma grande carência quanto ao reconhecimento da sua complexidade. A extensão deste problema decorrente da incapacidade de diferenciação pode implicar e se fazer sentir especialmente pelo cometimento de sérias faltas e falhas relacionadas à realização da Justiça e à importância que se deve atribuir ao Direito Positivo enquanto vinculado à incorporação social de relevantes medidas (parâmetros).

A ignorância, a simplificação ou a prepotência podem nestes casos limitar incrivelmente os horizontes, comprometer a visão e prejudicar a atuação dos operadores do direito (advogados, promotores, juízes etc.).

A pensar bem não é realmente estranho, por bons e maus motivos, notar que o fenômeno da positividade do Direito, assim como o próprio fenômeno pelo qual se reduz a realização da Justiça à aplicação literal, indiferente e indiferenciada dos textos das disposições normativas, sejam vistos pelo imaginário coletivo – e não apenas por leigos, mas também por técnicos e operadores – como espécies de remédios contra os males do mundo, e, a contrário senso, ao mesmo tempo como espécies de remédios em prol do bem.

As disposições constantes dos textos normativos são de fato consideradas, percebidas e concebidas frequentemente como espécies de remédios contra os males do mundo. O Direito Positivo aparece imediatamente no imaginário como um instrumento capaz de remediar o mal e promover o bem. Se há um problema novo a resolver na sociedade, eis que logo a Lei ou o Direito Positivo despontam no imaginário como remédios, como possíveis soluções, quer por obra do exercício da legislação/legiferação, quer por obra do exercício de jurisdição. As disposições normativas sobre determinado problema despontam logo como medidas, como parâmetros simples e lógicos para sua resolução.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

É importante notar também na linguagem técnica e teórica a presença reiterada da consideração das disposições normativas previstas/positivadas como expressões de remédios. As medidas e os instrumentos jurídicos previstos conformam-se como remédios suscetíveis de uso e aplicação. Podemos logo lembrar, por exemplo, da referência constante aos “remédios constitucionais” ou aos “remédios legais”.

A referência presente no senso e na linguagem comum e técnica às disposições normativas constantes nos textos jurídicos como espécies de remédios representaria – incumbe então indagar – em si mesma, algum mal, equívoco ou problema fundamental?

A indagação suscitada porta, ineludivelmente, à cogitação, à reflexão e ao reconhecimento das potencialidades que podem ser vinculadas à consideração das disposições normativas constantes nos textos jurídicos como espécies de remédios, num momento em que o resgate de significados etimológicos gregos e latinos associados à própria noção de remédio se torna de grande valia, sobretudo no que diz respeito ao esclarecimento do sentido daquilo que os gregos chamavam de *phármakon* e os latinos tardiamente chamavam de *remedĭum*, e das repercussões e reflexões implicadas pela utilização da noção de remédio no campo próprio da aplicação do direito, dos estudos e das pesquisas jurídicas.

A referência do *phármakon* que se evidencia e projeta no campo jurídico por meio da alusão reiterada às disposições normativas como espécies de remédios desponta, neste contexto de indagação e reflexão que se posta além do horizonte circunscrito da reprodução de um lugares-comuns ou chavões, como uma ambivalente e poderosa metáfora; que se revela muito importante para a própria compreensão, o reconhecimento e o desenvolvimento das funcionalidades da Justiça e do Direito Positivo.

A palavra ‘remédio’, que na língua portuguesa deriva do latim tardio *remedĭum*, reporta-nos diretamente ao sentido do medicamento, do fármaco, em suma, de uma substância preparada e que se relaciona, tal como evidencia o prefixo latino ‘*med-*’, com uma ocupação relacionada à dispensa de cuidados, com o tratamento de algo ou de alguém, e que se apresenta como vinculada à adoção de um ‘meio’/de uma ‘medida’ capaz de reportar algo a uma situação de equilíbrio – lembramos logo do corpo, mas é relevante notar que o sentido também se aplica ao espírito e à natureza de diversas coisas.

A ideia corrente e contemporânea do remédio como algo capaz de reportar equilíbrio aos corpos e às mentes (aos espíritos) deriva justamente da assimilação destes sentidos antigos. É interessante também notar que a origem indo-européia do prefixo ‘*med-*’ se vincula ao sentido de ‘pensar, pesar e refletir’.

A consideração do significado etimológico do vocábulo grego *phármakon*, que designa a um só tempo um meio e uma medida, implica, por sua vez, o reconhecimento das potencialidades de algo que se vincula(va)m à uma capacidade para reportar seres e coisas à uma situação de equilíbrio. Neste sentido, o *phármakon* se evidencia como um meio e como uma medida que é ou que pode ser utilizada para reportar alguém ou algo a uma posição de equilíbrio.

Além deste resgate de significados etimológicos e da redescoberta de sentidos valiosos que se projetam no pano de fundo de alusões contemporâneas reiteradas das disposições normativas como espécies de remédios; é necessário desde logo ressaltar que o uso alegórico da noção de ‘remédio’ (*phármakon*) como referência metafórica útil para destacar vínculos e potencialidades dos textos, não se configura como um modo de ver e conceber especial e exclusivo dos contemporâneos, nem tampouco se limita aos horizontes normativos, sendo relevante ressaltar também que tal uso alegórico já foi objeto de importante desenvolvimento reflexivo entre os antigos, sobretudo entre os filósofos gregos, havendo notoriamente se destacado em Platão³²³.

2. O valor da positivação do Direito: o *phármakon* e o devir do Direito Positivo como conquista evolutiva

A menção de circunstâncias e atributos que se vinculam à superação da sociedade arcaica a partir do desenvolvimento da democracia em Atenas tem o condão de nos fazer compreender a relação que desde o contexto clássico se instaura entre a alusão metafórica poderosa que se faz às potencialidades do *phármakon* e o crescente valor atribuído ao fenômeno da positivação do Direito.

A substituição do *Thésmos* (designação da norma imposta arbitrariamente no contexto da sociedade arcaica de Atenas, que reenviava ao próprio sentido mítico de *Thêmis*) pelo *Nómos* (designação da norma composta, que é objeto de deliberação e que tem seu valor reconhecido pelo conjunto dos cidadãos, depois de ter sido transposta do âmbito de governo doméstico que remete ao reconhecimento comum da autoridade que provém do pai) no contexto social de afirmação e desenvolvimento da democracia em Atenas entre os séculos VI e IV a.C. não correspondeu

³²³ A reflexão de Platão vinculada ao uso alegórico da noção do *phármakon* para destacar vínculos e potencialidades dos textos é central no “Fedro”, mas também torna a ser objeto de abordagem no “Político” e nas “Leis” (PLATÃO. *Fedro*. Belém: Ed. UFPA, 2011; PLATÃO. “Statesman” (Politikos) in PLATO. *Plato in twelve volumes*. Vol. 12. Cambridge: Harvard University Press, 1921; PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Milano: BUR, 2005.).

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

apenas à substituição do mito pelo *lógos* (linguagem e razão), como também correspondeu a um autêntico movimento de apropriação democrática de sentidos e das dimensões normativas por parte dos cidadãos³²⁴.

É importante considerar que o fenômeno da positivação do Direito na Grécia antiga originalmente se vinculou à difusão da escrita e de um alfabeto comum entre os gregos, assim como à promoção da difusão de uma cultura ancorada ainda no exercício arbitrário do poder por parte dos soberanos. É relevante lembrar que as origens da utilização do *Nómos* no contexto social de diversas pólis gregas remetem ao sentido do *Nómos* Basileús, isto é, ao sentido das normas estabelecidas arbitrariamente pelo soberano.

O fenômeno da positivação do Direito ganhou nova e importante significação nas circunstâncias de desenvolvimento da democracia em Atenas, na medida em que a apropriação democrática dos sentidos e das dimensões normativas se apresentou como uma evidente conquista evolutiva da sociedade e gradativamente também como um importante pressuposto para o desenvolvimento do regime político-constitucional.

O *Nómos* passou a ser visto e concebido como produto tanto da atuação e do exercício da legislação/legiferação, quanto da atuação e do exercício da jurisdição por parte de muitos cidadãos.

A elaboração e a aplicação das 'normas sociais democráticas' (*nomoi*) conformaram-se então como produtos de processos deliberativos, que envolviam o reconhecimento de valores, interesses e objetivos comuns, e que encerravam escolhas.

As disposições normativas constantes nos textos jurídicos que eram produzidas em virtude do exercício de legiferação e as normas sociais democráticas que eram aplicadas aos casos concretos em virtude do exercício de jurisdição encerram escolhas democráticas, e muitas vezes implicavam, como logo percebem, decisões difíceis em situações de crise; porém mesmo nestas circunstâncias tratavam-se de situações em que escolhas e decisões por parte dos cidadãos e da pólis eram necessárias.

O valor intrínseco das normas escritas, dos textos jurídicos e do que chamamos de fenômeno da positivação do Direito neste contexto social não tardou a ser reconhecido. As normas jurídicas escritas se evidenciavam, pois, como produtos de um *meio*, de um contexto social de-

³²⁴ A abordagem sintética das ideias desenvolvidas nesta seção foram objeto de abordagem detalhada no âmbito de tese de doutorado a seguir referida (MÖLLER, Josué Emilio. *La giustizia democratica: cultura, compromesso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale – un'ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico*. Lecce: Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Lecce – Università del Salento, 2011).

mocrático deliberativo, e como expressões autênticas de *medidas* que em princípio deviam ser observadas porque resultantes de um contexto democrático-deliberativo prévio, de um contexto político prévio em que já se havia operado um processo de *mediação* por meio da ponderação de valores, interesses e objetivos.

As normas jurídicas escritas passaram a ser consideradas então como parâmetros normativos para a realização da justiça em conjunto pelos cidadãos (ligando-se então ao sentido da *dikaïosunê* como expressão da virtude da justiça que se desenvolvia em conjunto no contexto social democrático).

É necessário mencionar que a crescente valorização das normas jurídicas escritas também suscitou entre diversos pensadores do período grande preocupação.

A crescente valorização da escritura era objeto de grande desconfiança por parte de importantes filósofos, que temiam não apenas os riscos decorrentes da perda de uma memória viva e ativa, quanto também temiam o gradativo enfraquecimento das funcionalidades do pensamento e da deliberação; o que se dava, segundo sua visão, em grande medida por força da sobrevalorização da escritura como instrumento. Nesta linha de pensamento, imperioso lembrar da contribuição de Sócrates, dentre outras.

Por outro lado, a crescente valorização das normas jurídicas escritas era vista por outros pensadores, já há muito tempo, como uma grande ameaça a valores, interesses e objetivos tradicionais, uma vez que vislumbravam no próprio movimento democrático de apropriação dos sentidos e das dimensões normativas o sério risco da instrumentalização decorrente da fragilidade democrática, da facilidade de manipulação da massa e da possibilidade de degeneração da democracia sob a forma de demagogia. Nesta linha de pensamento, como importante referência se deve lembrar das reflexões de Sófocles (*Antígona*)³²⁵ e posteriormente, no contexto social democrático, de importantes Sofistas que passam a defender, para além dos *nomoi* escritos estabelecidos pelos cidadãos, a existência de direitos naturais e perenes³²⁶.

Já num contexto de degeneração da democracia em Atenas, evidenciou-se, pela valorização dos *nomoi* como expressão de normas sociais democráticas e também do fenômeno da positividade do Direito, na consideração das normas como expressões de parâmetros positivos para a

³²⁵ SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999.

³²⁶ DIELS, Hermann; e KRANZ, Walther. *I presocratici*. Milano: Bompiani, 2008; WELZEL, Hans. *Diritto naturale e giustizia material*. Milano: Giuffrè, 1965; e FASSO, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. Vol. 1. Bologna: Il Mulino, 1966.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

realização da Justiça, a consciência de que as normas jurídicas propriamente como *medidas* conformavam-se como importantes limites ao exercício da liberdade pelos indivíduos e ao exercício do poder pelos próprios cidadãos.

É o momento da consciência filosófica grega que culminou com a reflexão sobre os melhores regimes político-constitucionais de governo, ocasião em que a valorização dos *nomoi* como expressões positivas de *medidas* normativamente vinculantes passou a ser destacada como condição que contribuía ao desenvolvimento da *politeía* – uma versão antiga e primitiva de democracia constitucional, que veio a ser consagrada posteriormente como expressão do regime da república –, uma vez que se sustentava que tais *medidas* se constituíam como limites aptos a favorecer o processo de mediação, e a evitar os arroubos imediatistas da maioria ou da multidão tão propensa a sofrer com a manipulação.

É neste contexto que se chegou a defender inclusive a ‘soberania das normas’ em detrimento da ‘soberania do povo’ (Platão)³²⁷, e a ressaltar a importância da diferenciação de esferas deliberativas e instâncias de decisão, que hoje sinteticamente poderíamos identificar com diferentes poderes constituídos no âmbito do Estado (Aristóteles)³²⁸.

A retomada de circunstâncias e atributos vinculados ao fenômeno da valorização da positividade do Direito entre os atenienses na antiguidade consente por certo identificar inúmeras repercussões e promover inúmeras relações com a valorização deste fenômeno em outros tantos períodos da história e do desenvolvimento do Direito e da Teoria do Direito.

É relevante considerar especialmente, contudo, a projeção dos atributos dos *nomoi* como expressões de *medidas* normativas úteis à ordenação e ao desenvolvimento da sociedade e da constituição democrática sobre a ideia-chave *phármakon*, que passou a ser vinculada naquele mesmo contexto social democrático antigo às potencialidades das disposições contidas e encerradas nos textos (sobre as potencialidades dos textos escritos considerados de um modo geral, evidenciada reflexivamente de forma mais explícita, e sobre as potencialidades dos textos escritos das disposições normativas de um modo particular, evidenciada reflexivamente de forma mais implícita, no pano de fundo).

É, neste sentido, interessante relembrar célebres passagens de Platão, em que, por exemplo, o exercício político vinculado à produção da legislação é comparado metaforicamente à atuação de um médico, isto é, à atuação daquele que trabalha no desenvolvimento de um *phármakon*. O

³²⁷ PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Op. cit.

³²⁸ ARISTÓTELES. *Ética Nicomachea*. 9.ed. Milano: BUR, 2001.

trabalho de legiferação exige cuidado, atenção e moderação. Por vezes, mesmo que inicialmente seja vinculada à prática de um mal, o desenvolvimento e a aplicação do *phármakon* se evidencia como um remédio direcionado à produção de um bem maior (como Platão destaca no texto *O político*)³²⁹.

Ou ainda quando os *nomoi* passam a ser vistos como medidas positivas úteis para preservar certa estabilidade social, para promover o desenvolvimento da *politeia* em função da preservação das propriedades positivas vinculadas ao diálogo e ao processo de deliberação, e para remediar os excessos imediatistas da multidão insuflada pelo uso da demagogia (como Platão destaca no texto *Das Leis*)³³⁰.

3. A juridicidade e o direito positivo em questão: o reconhecimento da ambivalência do *phármakon*

É chegado o momento de nos determos um pouco em torno da compreensão da própria ideia-chave de *phármakon* que é utilizada metaforicamente para designar a valorização das normas jurídicas positivadas como expressões de *medidas*, fundamentais e úteis no que concerne aos objetivos de promover e realizar a Justiça.

É o momento de refletirmos um pouco mais sobre o sentido da juridicidade (do valor que atribuímos ao Direito como um meio para a realização da Justiça), sobre a tão frequente redução do Direito como fenômeno ao sentido do Direito Positivo (do Direito Legal e do Normativismo), e faremos isto muito brevemente pela via da problematização desta imagem simpática e positiva que projetamos acerca da valorização das normas jurídicas positivadas como expressões de *medidas*, em suma, como espécies de remédios que servem à promoção do bem.

Acerca do phármakon, numa terceira investida, é possível dizer que...

É imprescindível promover neste momento o reconhecimento da ambivalência da ideia-chave do *phármakon*, cujos sentidos se estendem quer quando a referência metafórica seja aplicada de um modo geral para caracterizar a valência da escritura, quer quando seja aplicada de um modo particular para caracterizar a valência das disposições normativas contidas nos textos jurídicos.

³²⁹ PLATÃO. "Statesman" (Politikos) in PLATO. *Plato in twelve volumes*. Op. cit.

³³⁰ PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Op. cit.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

A ideia-chave do *phármakon* que é utilizada por Platão para designar, analisar e criticar a valência atribuída aos textos, quando apresenta e discorre sobre o mito de Theuth num diálogo fictício entre Sócrates e Fedro, se evidencia desde o princípio com um sentido ambivalente.

Segundo o mito, Theuth³³¹ encontra-se com Thamous, considerado o Rei e Pai dos Deuses, e apresenta a ele inúmeras artes que desenvolvera, dentre as quais, discorre sobre a valência e a potencialidade dos textos, isto é, sobre a valência e as potencialidades do produto da escritura.

O *phármakon* metaforicamente encerrado e contido nos textos, apresenta-se, no belo discurso de Theuth, como um *meio*, como uma *medida*, que serviria para tornar os egípcios mais instruídos sobre o que é importante, e mais aptos para se rememorar o que não *pode* e não *deve* ser esquecido.

Instrução e memória encontram, segundo o mito de Theuth, seu *phármakon* (remédio) nos textos. O *meio* e a *medida*, que servem para instruir/orientar e para rememorar/preservar e recordar, encerram e constituem, em linha de síntese, a valência e a potencialidade intrínseca dos textos.

O *Basileús*, considerado mitologicamente como Rei e Pai e identificado como a origem do *lógos*, isto é, como a origem de uma ordenação, como aquele que metaforicamente dá origem e sentido relevante aos discursos, que em torno de si e a partir de si mesmo constitui uma unidade entre linguagens e razões; não apenas não se impressiona, como passa a contestar as valências e potencialidades do texto em si mesmo considerado como *phármakon*.

O questionamento faz alusão, dentre outras coisas, ao risco de se considerar os próprios textos como puras e exclusivas soluções diante dos problemas; sobretudo dos problemas que se vinculam, de um lado, a um déficit de instrução/orientação, e, de outro lado, a um déficit da memória que prejudica a preservação, a recordação e a reordenação dos sentidos.

O questionamento do *Basileús* é no diálogo apenas o pretexto para que uma advertência maior se evidencie quanto às valências e potencialidades do *phármakon* encerrado e contido nos textos.

O sentido do *phármakon* é pela sua própria natureza ambivalente, eis que pode na prática vir a significar e vir a se concretizar quer como

³³¹ Theuth é considerado mitologicamente como um dos deuses que teria vivido próximo de Naucrates, no Egito, e um dos filhos do *Basileús* (Rei e Pai) dos Deuses de todo o Egito, Thamous. É importante considerar que Theuth é apresentado na mitologia como um dos filhos da representação mítica suprema do bem (representação personificada por Thamous), sendo ele próprio também a representação mítica do bem que é inferior, segundo a hierarquia estabelecida entre os deuses.

um remédio, quer como um veneno; isto é, o sentido do *phármakon* pode ser benéfico ou maléfico – pode servir para produzir o bem ou o mal. Aquilo que se apresenta positivamente como um antídoto ou como um remédio, também pode ser tomado negativamente como algo tóxico, que produz um dano.

O problema que se relaciona com a ambivalência do *phármakon* não é um problema em si mesmo do *phármakon*, assim como podemos logo dizer, seguindo na aplicação da metáfora, não é em si mesmo um problema dos textos, da sua forma ou da sua substância; e, segundo os nossos propósitos, não é em si mesmo um problema dos textos jurídicos.

O problema acerca do *phármakon* encerrado e contido nos textos conforma-se em torno da administração, do uso e do desenvolvimento de suas valências e potencialidades. O problema acerca do *phármakon* encerrado e contido nos textos cinge-se em torno da aptidão e das condições de operacionalidade que se vinculam à sua dosada e equilibrada administração.

A administração do *phármakon*, segundo esta perspectiva, depende por sua vez das condições de possibilidade e dos horizontes de sentido implicados pela interpretação, interpretação esta que precede toda e qualquer perspectiva concreta de aplicação e, por conseguinte, de atribuição de sentidos às disposições encerradas e contidas nos textos.

A respeito dos textos jurídicos pode-se ainda dizer que o problema das *medidas* encerradas e contidas nos textos jurídicos cinge-se em torno da aptidão e das condições de operacionalidade que se vinculam à sua dosada e equilibrada administração em prol da realização da Justiça.

O reconhecimento do teor normativo – eis que se deve considerar sempre a diferença entre texto e norma – faz-se sempre como atividade e obra de interpretação e concretização.

A realização da Justiça envolve sempre a consideração e o reconhecimento da valência das disposições normativas encerradas e contidas nos textos jurídicos, uma vez que devemos sempre lembrar que tais *medidas* existem e persistem como parâmetros normativos porque resultam de escolhas e decisões construídas por meio do processo político-democrático, razão pela qual podemos considerá-las justamente – como *medidas* que são – como espécies de *phármakon*.

Contudo, persiste a advertência quanto às potencialidades das *medidas* encerradas e contidas nos textos jurídicos como espécies de *phármakon*, que nos faz lembrar também que a sua dosada e equilibrada administração em prol da Justiça sempre dependerá do desenvolvimento da aptidão e de condições de operacionalidade para sua realização.

Um problema muito sério existe, de todo modo, quando se presume que o *phármakon*, que sem dúvida é muito útil e necessário, basta

em si mesmo, como espécie de solução mágica, que comodamente serviria por si só para a resolução pura e simples de todos os problemas.

Um problema muito sério existe quando se presume que o Direito Positivo, quando se presume que o conteúdo das normas positivadas, considerado como expressão de um *phármakon* – que sem dúvida alguma é muito útil e necessário – basta em si mesmo, como espécie de solução mágica, que comodamente serviria por si só para a resolução pura e simples de todos os problemas que se evidenciam no contexto social.

Assim também se pode reconhecer que um problema muito sério existe quando se presume que o Direito Positivo compreende em si mesmo todo o fenômeno jurídico, ocasião em que facilmente o próprio sentido da Justiça vem a ser tratado meramente como uma ilusão ou como algo que se identifica e reduz ao conteúdo estrito do Direito Positivo.

Segundo esta perspectiva irresponsável, o que inicialmente se apresenta positivamente como um remédio – o Direito Positivo –, facilmente se transforma num veneno, uma vez que vem a ser diminuta a preocupação com a promoção e a preservação do equilíbrio no contexto de realização da Justiça.

O sentido da Justiça, por sua vez, ainda segundo esta perspectiva equivocada e arriscada de simplificação, frequentemente se transforma no mero exercício de jurisdição – ocasião em que se transforma no mero exercício burocrático de competências (problema do decisionismo) ou, pior, no mero exercício arbitrário e voluntarístico de um poder (problema do voluntarismo).

É imperioso afirmar, diante dos efeitos e dos riscos da simplificação teórica e do reducionismo dogmático que entre nós ainda se fazem sentir, que a Juridicidade – que isto que chamamos de fenômeno jurídico – não se restringe *apenas* ao sentido estrito e literal do Direito Positivo (sobretudo no contexto em que o Direito Positivo é concebido predominantemente e de modo deturpado como sinônimo do Direito Legal).

4. Direito, experiência e cultura: a administração equilibrada do *phármakon* em prol da realização da justiça

A realização da Justiça, em face da consideração dos amplos horizontes em que acabam por definir-se sentidos compartilhados ao longo do tempo, depende, por certo, da adequada valorização das disposições normativas previstas nos textos jurídicos, nos textos das leis, nos textos dos códigos, em suma, depende da adequada valorização do Direito Positivo.

A compreensão das inúmeras relações entre a escritura e o tempo interessa especialmente à realização da Justiça – sobretudo em função da possibilidade de identificarmos no espaço de tempo concernente à

escritura de textos (*ao menos*) um horizonte de encerramento/fechamento de signos e significantes em um processo de escolha e (*ao menos*) um horizonte de abertura/desenvolvimento que se vincula com a apuração ou atribuição de significados por meio de um processo de interpretação que desde o princípio se projeta.

A realização da Justiça implica sempre, segundo tal perspectiva, recordação, reconstituição e reordenação de sentidos compartilhados num determinado contexto social.

A consideração do legado teórico e o aporte de reflexões sobre os diversos aspectos ou dimensões que caracterizam o fenômeno jurídico, que no Brasil encontrou no pensamento e na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale um de seus maiores precursores e referenciais, nos leva a ultrapassar perspectivas afeitas à simplificação e ao reducionismo.

A compreensão do fenômeno jurídico como algo enraizado/radicado fundamentalmente na experiência condiz com a inscrição contígua da Juridicidade ou do Direito (escrito com “D” maiúsculo) nos horizontes dos fatos, dos valores e das normas – tanto no que se refere ao que nos faz pensar no horizonte de inscrição e encerramento de signos e significantes nos usos, costumes, hábitos e textos envolvidos pelos processos sociais de predeterminação e escolha (no que se refere, em suma, ao que nos faz pensar na previsão e na previsibilidade); quanto no que se refere ao que nos faz pensar no horizonte de abertura e descoberta/desenvolvimento de significados em virtude do processo de interpretação nos diversos contextos em que a realização da Justiça é demandada (no que se refere, em suma, ao que nos faz pensar na concreção e na efetividade).

A valência da Cultura em relação à determinação dos sentidos do Direito que importam à realização da Justiça desponta, por sua vez, como expressão autêntica de um paradigma que se volta às possibilidades de mediação; uma vez que é por meio da consideração e da valorização da Cultura, por parte dos operadores e intérpretes, que se habilitam possibilidades e potencialidades autênticas de conciliação entre perspectivas de estabilidade (de segurança) e perspectivas de movimento (de atualização) que se delinham em diversos horizontes de tempo.

Experiência e Cultura, estabilidade e movimento, evidenciam-se como fatores que não só concernem ao sentido próprio da Juridicidade, como também denotam o próprio sentido do equilíbrio como paradigma simbólico vinculado à realização da Justiça.

A realização da Justiça conforma-se, deste modo, considerados os pressupostos antes vistos, como administração equilibrada do *phárma-*

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

kon, como algo importante e fundamental que sempre demanda por reflexão – por reflexão sobre os modos e sobre os sentidos do Direito; sobre as perspectivas da Experiência segundo as quais estes sentidos se enraízam (pelas quais se leva em conta as perspectivas de previsibilidade e concreção); e sobre as perspectivas da Cultura que paradigmaticamente se habilitam como instrumentos de mediação (pelas quais se leva em conta as perspectivas de estabilidade e movimento).

O estudo das fontes (dentre as quais se destacam o Direito Positivo, o Costume, a Jurisprudência e a Doutrina), e o estudo dos modelos jurídicos (dos modelos prescritivos <normativos> e dos modelos dogmáticos <persuasivos>) constituem-se, no que concerne à Justiça, como condições de possibilidade para sua realização.

O equilíbrio intrínseco à realização da Justiça depende de adequada administração do *phármakon*, depende de mediação, depende sempre, em suma, de contextualização. Sem que isto ocorra, restam apenas palavras, referências de disposições normativas encerradas em textos, referências anacrônicas de institutos jurídicos, desprovidas de valor e sentido.

A lembrança dos riscos vinculados à petrificação das palavras, das referências vazias, da perda de valor e sentido que nos assombra, e que, infelizmente, acomete muitas vezes os operadores do direito, desperta a recordação – para concluir com uma nota literária – de trecho reflexivo presente numa das fábulas de François Rabelais, datada do século XV³³².

Num dos trechos do célebre romance de Rabelais dedicado a Pantagruel, o gigante de insaciável apetite, que tudo deseja consumir e que reduz tudo a alimento e objeto de consumo, chega numa de suas tantas aventuras e incursões, juntamente com seus amigos, ao confim do Mar Glacial.

O protagonista toma conhecimento do fato de que, no inverno passado, por ali havia sido travada uma importante batalha. O rigor do frio havia tido então o condão de congelar tudo ao redor, incluindo as próprias palavras, ruídos, gritos, de coragem e de terror, tudo misturado em meio aos dejetos, somados às fezes dos cavalos, com ruídos e fedor decorrentes.

As palavras, os ruídos e gritos congelados em meio a outros detritos se projetam então como imagens.

Os personagens descobrem, pelo que se lhes narra o guia, que passado o rigor do inverno, com a chegada da serenidade e a temperatura

³³² RABELAIS, Françoise. *Gargantua e Pantagruel*. Roma: Bachecha Ebook, 2010.

amena e morna do tempo bom, as palavras e os sons se descongelam e podem ser ouvidos.

O gigante Pantagruel, grotescamente se apossa de um amontoado de palavras e expressões congeladas, ainda indiferenciadas, e as joga simplesmente de uma ponte, ocasião em que, com a queda brusca em direção a um rio que resta congelado, elas se parecem como meros confetes coloridos, que derretem, e se perdem, diante da temperatura morna que caracteriza aquele tempo e aquele lugar.

Os personagens percebem, além disto, que segurando palavras congeladas, detendo-as entre as mãos, rapidamente elas se esquentavam, se fundiam e derretiam como neve, uma vez que ouviam o seu sentido e rumor rapidamente; mas não conseguiam compreendê-las, identificando-as como provenientes de uma língua bárbara. Elas, assim, se perdiam.

Uma das palavras, tendo aquecido muito rapidamente e subitamente derretido, produziu, segundo narra a fábula, um imenso estrondo, revelando-se como o resultado de uma explosão, e desaparece.

A reflexão pretendida por este breve ensaio termina por aqui, com a ressonância das palavras e sentidos que derivam desta fábula clássica e que ora se projetam no horizonte de reflexão sobre a Justiça e sobre o Direito. Palavras incompreendidas, referências que se perdem. A referência que porta ao pensamento e à reflexão sobre a perda da dimensão da experiência e da cultura, em meio a um contexto em que muitas coisas, valores, institutos e teorias, se reduzem a confetes, a estrondos e modismos.

Infelizmente, como é fácil ver a sombra de Pantagruel e os confins de um Mar Glacial em nossos dias, até mesmo entre os operadores do direito, quando tudo simplesmente se consome. Segundo tal perspectiva não é difícil vislumbrar os riscos relacionados à incapacidade de diferenciação do que se apresenta como *phármakon*, das valências e das potencialidades das disposições normativas constantes nos textos jurídicos, do Direito Positivo, e, conseqüentemente, de ofuscamento do sentido da Justiça.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética Nicomachea*. 9.ed. Milano: BUR, 2001.
- DE NITTO, Achile. *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*. Lecce: Argo, 2002.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- DIELS, Hermann; e KRANZ, Walther. *I presocratici*. Milano: Bompiani, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história” in *Revista da Faculdade de Direito da UniRitter*, 2001.
- MÖLLER, Josué Emilio. *La giustizia democratica: cultura, compromesso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale – un’ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico*. Lecce: Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Lecce – Università del Salento, 2011.
- PLATÃO. *Fedro*. Belém: Ed. UFPA, 2011.
- PLATÃO. “Statesman” (Politikos). In: PLATO. *Plato in twelve volumes*. Vol. 12. Cambridge: Harvard University Press, 1921.
- PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Milano: BUR, 2005.
- RABELAIS, Françoise. *Gargantua e Pantagruel*. Roma: Bacheca Ebook, 2010.
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 4.ed. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- RICCER, Paul. *A memória, a história e o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- WELZEL, Hans. *Diritto naturale e giustizia material*. Milano: Giuffrè, 1965; e FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. Vol. 1. Bologna: Il Mulino, 1966.

NATUREZA NO DIREITO É UMA NATUREZA POLÍTICA OU UMA NATUREZA BIOLÓGICA?

Alejandro Montiel Alvarez*

Sumário: Introdução. 1. Uma natureza biológica ou uma Natureza Política? 2. A Natureza Política e a Praxis. 3. Conclusão: O Animal Político e o Direito. Referências.

Introdução

A discussão sobre as relações entre cultura e Direito não pode deixar de enfrentar a natureza humana como ponto de convergência entre esses dois temas. O presente artigo parte de algumas teses centrais da ética e da política Aristotélicas: a) o homem apenas pode desenvolver plenamente a sua natureza em uma comunidade política; b) a comunidade política é fundada pela lei, pois é esta que estabelece o objeto daquilo que é comum; c) assim, o homem se desenvolve em função de sua finalidade apenas sob a lei - a lei é condição de sua natureza. Nesse sentido, a lei se justifica politicamente, em razão do homem. Por isso é estabelecida, como se desenvolve abaixo, como um direcionamento do homem à sua finalidade. A lei que é estabelecida pela natureza humana e tem como *telos* a natureza humana.³³³

Tais teses parecem ajudar a compreender como podemos conceber o direito quando este remete à natureza (tanto do homem, quanto em seu sentido mais amplo), como nos conceitos de Dignidade da Pessoa Humana, por exemplo. Acredita-se que o desenvolvimento dessas teses pode elucidar um pouco o fundamento do Direito do nosso tempo. Essa é hipótese que o presente artigo pretende testar.

1. Uma natureza biológica ou uma Natureza Política?

Na perspectiva ético-política, a natureza humana poderia ser entendida de dois modos: no modelo meramente biológico ou em um modelo teleológico. Para essas duas perspectivas distintas, os gregos tinham dois conceitos distintos: *zoé* e *bios*.

Os gregos não possuíam um termo único para exprimir o que nós queremos dizer com a palavra *vida*. Serviam-se de dois termos,

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

³³³ Pol. I, 1252a-1253a.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

semântica e morfológicamente distintos, ainda que reportáveis a um étimo comum: *zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo.³³⁴

A explicação meramente biológica (ou para fazer correspondência ao termo grego *zoé*, zoológica) revela a simples vida, o homem na sua animalidade, nas suas carências de geração, nutrição e crescimento, na qual se revela um animal como qualquer outro. Por outro lado, o homem pode ser visto na sua maneira própria de viver (no seu *bíos*), como um animal dependente dos outros da mesma espécie, que vive uma forma associativa de vida (gregária) e de ajuda mútua. Viver nessa forma de vida política que lhe é própria lhe conduz a uma segunda expressão dessa natureza, a expressão política do homem.

Esses dois níveis distintos estão presentes quando Aristóteles diz que “[q]uem for incapaz de se associar ou que não sente essa necessidade por causa da auto-suficiência, não faz parte de qualquer cidade, e será um bicho ou um deus”.³³⁵ Isto é, o homem isolado é só um animal insuficiente, uma natureza meramente biológica, tem apenas *zoé*³³⁶, é um bicho. Ao superar suas carências o homem pode se envolver em vista ao seu fim, mas isso só lhe é possível de forma associativa. Ou seja, aquilo que era um animal (uma besta) fora da *polis*, ao viver em comunidade, assume uma nova natureza, a de ser humano. Não que tenha de fato abandonado a sua animalidade, mas estabilizado as necessidades biológicas para se conduzir a uma finalidade posterior nessa cadeia de meios e fins, em razão de sua função: a vida boa.

Logo após descrever o homem fora da *polis* como um animal ou um deus, Aristóteles propõe que: “[a]quele que, por natureza e não por acaso, não tiver cidade, será um ser decaído ou sobre-humano, tal como o homem condenado por Homero como ‘*sem família, nem lei, nem lar*’; porque aquele que é assim por natureza, está além do mais, sedento de ir

³³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. P. 9.

³³⁵ Pol. I, 1253a.

³³⁶ A expressão que normalmente se utiliza para explicar a natureza humana apresenta o termo *zôon*, mas Agamben explica: “É verdade que um celeberrimo trecho da mesma obra define o homem como *politikôn zôon* (1253a, 4): mas aqui (à parte o fato de que na prosa ática o verbo *biônai* não é praticamente usado no presente), político não é um atributo do vivente gênero *zôon* (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela dos outros viventes porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso).” AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*... P. 10.

para a guerra, e é comparável à peça isolada de um jogo”.³³⁷ Ou seja, explicar a natureza humana apenas do ponto de vista biológico, sem explicar sua perspectiva política, é como explicar o que é uma ‘torre’ no jogo de xadrez sem o conhecimento anterior do que é o jogo de xadrez (“uma peça isolada de um jogo”).

Duas éticas poderiam decorrer desses dois modos de entender a natureza: uma ética biológica (se é que se pode usar a palavra ética nesse sentido), para preservar a vida e as suas condições, e uma ética filosófica teleológica, para buscar algo mais do que a simples vida.³³⁸ O homem, enquanto homem, só existe na *pólis*, pois ninguém é autossuficiente, sempre precisa da figura do outro para se realizar, ou seja, não pode viver isolado para atingir a vida boa, sob pena de se animalizar. Essa ideia, a de vida plenamente realizável, é subjacente à própria *Pólis*. Quando Tomás de Aquino se depara com essa passagem, comenta que:

[...] a comunidade é uma comunidade perfeita e o prova, dado que se a comunidade de todos os homens deve ordenar-se ao necessário para viver, a comunidade perfeita será a que se ordene a que o homem possua com suficiência o necessário para viver. Tal comunidade é a cidade. Pois compete a noção de cidade que nela se encontra tudo o que basta para a vida humana, como ocorre. Esta é a razão pela qual se compõe de muitos vizindários, em um se exerce a arte fabril, em outro a arte têxtil e assim nos demais. Do qual se depreende que a cidade é uma comunidade perfeita.

[...] assinala ao que está ordenada a cidade, pois originariamente foi feita em razão do viver para que os homens encontrassem nela de onde viver com suficiência. Mas por ela ocorre que o homem não só viva, senão viva bem, porquanto pelas leis da cidade a vida do homem se ordena à virtude.³³⁹

É a cidade que, colocando o homem na convivência com os demais, dá a auto-suficiência necessária para o homem não ser apenas um animal e sim verdadeiramente um homem. A *polis* não é apenas um melhoramento da natureza humana, ela é constitutiva da natureza humana (uma natureza do *logos*). Se a ética aristotélica não é meramente biológica, pode-se, por outro lado, dizer que ela é teleológica. Não é o corte daquilo que o homem é que define qual é a ação correta, mas é quem o homem deve se tornar para ser alguém realizado que estabelece esses parâmetros:

³³⁷ Pol. I, 1253 a.

³³⁸ Ou como diz Aristóteles, “[a] cidade, enfim, é uma comunidade completa, formada a partir de várias aldeias e que, por assim dizer, atinge o máximo de auto-suficiência. Formada a princípio para preservar a vida, a cidade subsiste para assegurar a vida boa.”. Pol. I, 1252 b.

³³⁹ AQUINO, Tomás de. Comentario a la Política de Aristóteles. I, Lição 1, 17.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Daí porque a afirmação dos estados possíveis deste animal homem (besta-fera, homem, deus) não destaca ou enfoca um ‘estado de natureza’ anterior ou externo ao estado social-político propriamente dito. Mais ainda, o estado próprio do homem, como espécie, vem junto com de uma característica única (*específica*, portanto) do ser humano: a capacidade de *falar*, o uso do *discurso* (que em grego sintetiza falar-pensar, *logos*). Falar não é apenas expressar estados subjetivos - por interjeições ou por proposições mais complexas -, o que, diz ele, a simples voz pode fazer e de fato todos animais assim fazem. Tampouco equivale a comportar-se socialmente de forma determinada, como as abelhas. A *palavra* cria o universo humano propriamente, pois não apenas expressa sentimentos, não apenas ‘designa’ coisas, mas, diz ele, constitui o *conveniente* e o *inconveniente*, e, por consequência, o *justo* e o *injusto*. Ou seja, a palavra e o discurso não apenas apontam para as coisas, mas são capazes de ‘julgar’ as ‘coisas’.³⁴⁰

Em uma tradição aristotélica, é uníssono que a natureza do homem seja a de um animal político.³⁴¹ A sua natureza se dá apenas na *polis* e só pode ser compreendida em conjunto com a sua expressão política. É na sua expressão pública, na qual delibera sobre o conveniente e o inconveniente, sobre o justo e o injusto, o elogiável e o não elogiável³⁴² que o homem se apresenta conforme a sua natureza.

A vida do homem em sociedade poderia ser explicada ou através de uma descrição fenomenológica, ou, por outro lado, conforme a sua natureza política. Ou seja, pode ser explicada, por um lado, a partir do conjunto de *phenomena*, ou, por outro lado, a partir dos *princípios* da vida política. Segundo Leo Strauss, inicia-se a problemática do direito natural a partir de uma compreensão filosófica da natureza. Vale dizer que a compreensão filosófica que possibilita o direito natural, não é a de qualquer natureza, mas daquela que funda o direito: a natureza política, isto é, a compreensão dos *princípios* da vida política.³⁴³

Fernando Átria, ao analisar a comunidade humana como fundamento da lei natural, também divide essa perspectiva em duas: uma visão a partir de uma comunidade biológica e uma visão a partir da comunidade linguística de homens. Ao analisar o que unifica o homem em uma comunidade natural que alicerçaria uma lei natural, propõe que o corte biológi-

³⁴⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. A LEI DA NATUREZA... P. 13

³⁴¹ “Estas considerações evidenciam que uma cidade é uma daquelas coisas que existem por natureza e que o homem é, por natureza, um animal político.”. Pol. I, 1253 a.

³⁴² Para fazer uma correspondência aos gêneros retóricos.

³⁴³ “A ideia de direito natural deve ser desconhecida enquanto a ideia de natureza for desconhecida. A descoberta da natureza é tarefa do filósofo. Onde não há filosofia, não existe conhecimento do direito natural como tal”. STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. P. 81-82.

co seja o mais óbvio que poderia ser estabelecido. Todos os seres formam uma espécie, uma classe natural, caracterizada tecnicamente pelo fato de seus membros poderem procriar entre si – a comunidade biológica nessa perspectiva é um objeto físico. São seres que se pertencem mutuamente, se conjugam um nos outros, ou como afirma Átria: “pertencem a uma espécie em razão de seus pais”.³⁴⁴ Esse fato de pertencer a uma mesma espécie afeta a conduta do indivíduo, pois há coisas que são boas para a sua espécie biológica, e isso seria “para cada ser humano *ser humano*”. Nessa explicação biológica do homem, a lei natural estaria dada atemporalmente, seria imutável e absoluta, pois, do ponto de vista biológico, o homem não muda. “Se x é bom para os membros da espécie, então x é bom enquanto exista a espécie”.³⁴⁵

Átria identifica uma segunda maneira de compreender a espécie humana (da mesma maneira que foi visto supra), uma comunidade que é superior a comunidade biológica: a comunidade linguística. Na comunidade linguística, o que faz com que alguém seja humano não são seus traços biológicos ou a capacidade de se reproduzir com outros membros da espécie. Ser humano se dá pela capacidade (potencial, ao menos) de “se comunicar mediante signos convencionais com outros seres humanos”.³⁴⁶ Nesse sentido, a “relação entre os indivíduos é uma questão de entendimento, de linguagem”.³⁴⁷ A partir dessa perspectiva da natureza humana, a humanidade não é um objeto naturalmente dado, ela é uma resposta que não está simplesmente dada, mas também construída pelos membros da comunidade, é “uma meta da história”, é um fim das comunidades humanas.³⁴⁸

A partir dessas duas construções distintas, evidenciam-se duas compreensões distintas da lei natural: uma na qual a lei natural estaria dada, seria absoluta e imutável. Outra, na qual, a lei natural tenta antecipar³⁴⁹ a verdadeira resposta do que seja a humanidade, que, por hora, só pode ser vagamente percebida:³⁵⁰

Uma teoria da lei natural que entende à comunidade humana no sentido biológico não entende essa comunidade em sentido ante-

³⁴⁴ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁴⁵ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁴⁶ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁴⁷ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁴⁸ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁴⁹ “[...] para entendê-las antecipatoriamente, no sentido de que vivendo estas formas de vida imperfeitamente políticas caminhamos em direção à radicalização do político”. ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*.

³⁵⁰ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

cipatório, senão como uma coisa atualmente existente. É uma coisa, no entanto, que nos é dada e é independente de nossa ação [...]; entendida no sentido antecipatório, a lei natural é o que seja apto para nos acercar a esse ponto. Mas como esse ponto só pode ser vagamente vislumbrado, o ponto de vista desde o qual observa é o presente visto desde o futuro. Do que se trata é de discernir nas nossas próprias formas de vida existentes o que aponta em direção a esse futuro. A continuidade entre o futuro antecipado e nossas práticas atuais só será evidente desde esse futuro.³⁵¹

Wittgenstein³⁵² (fora de uma tradição aristotélica) também destaca na ética um sentido antecipatório: responde que a ética e a religião, quando buscam o absolutamente bom e valioso, utilizam mal a linguagem, pois nenhuma descrição seria apta para descrever o valor absoluto, senão em sentido analógico (como símiles). Mas apesar disso, o homem arremete contra os limites da linguagem. “Este arremeter contra os limites da linguagem é a *ética*”.³⁵³ Nesse sentido a ética só poderia ser antecipatória, não pode ser descritiva, é a tentativa de uma superação dos limites humanos.³⁵⁴ Apesar de Wittgenstein ter identificado esse problema, não via a possibilidade de resposta ou de conhecimento para tais buscas.³⁵⁵ Como se desenvolverá adiante, boa parte da tradição aristotélica, ao contrário, pensa que há uma resposta aos problemas éticos, mas que, de fato, essa resposta não é dada imediatamente e nunca é uma resposta final. No direito, é sempre um ponto de vista crítico, uma busca de auto-superação,

³⁵¹ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Consultou-se a obra no prelo.

³⁵² A presente tese não pretende uma análise de Wittgenstein, o que por si só demandaria um trabalho inteiro. Utiliza-se apenas a sua evidenciação da problemática.

³⁵³ WITTGENSTEIN, Ludwig. Conferencia Sobre Ética. Parte 2: Notas Acerca De Las Conversaciones Con Wittgenstein. [fonte eletrônica].

³⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. Conferencia Sobre Ética. Parte 2... [fonte eletrônica].

³⁵⁵ “Isto é, vejo agora que estas expressões carentes de sentido não careciam de sentido por ainda não ter achado as expressões corretas, senão que sua falta de sentido o que constituía sua mesmíssima essência. Porque a única coisa que eu pretendia com elas era, precisamente, ir mais além do mundo, o qual é o mesmo que ir além da linguagem significativa. Meu único propósito – e acredito que o de todos aqueles que trataram alguma vez de escrever o falar de ética ou religião – é arremeter contra os limites da linguagem. Este arremeter contra as paredes de nossa jaula é perfeita e absolutamente desesperançado. A ética, na medida em que surge o desejo de dizer algo sobre o sentido último da vida, sobre o absolutamente bom, o absolutamente valioso, não pode ser uma ciência. O que diz a ética não acrescenta em nada, em nenhum sentido, ao nosso conhecimento. Mas é um testemunho de uma tendência do espírito humano que *eu* pessoalmente não posso senão respeitar profundamente e por nada deste mundo ridicularizaria. [...] Minha resposta seria: refutarei sempre qualquer explicação que se me ofereça; não tanto porque seja falsa, senão por tratar-se de uma *explicação*”. WITTGENSTEIN, Ludwig. Conferencia Sobre Ética. [fonte eletrônica].

mas que realmente só poderá ser confirmada no futuro, ou seja, não tem pretensão apenas descritiva, mas antecipatória.

Essa perspectiva linguística se sobrepõe a uma perspectiva biológica. E só é possível dentro da *polis*, cujas condições à vida bem vivida ou plenamente vivida (vida boa) estão presentes. Essas diferenças implicam ao justo não apenas seguir a vida boa e autossuficiente, mas também questioná-la, como descreve Ricoeur:

O justo é, em primeiro lugar, objeto de desejo, carência, querer. Enuncia-se num modo optativo antes de se enunciar no imperativo. Essa é a marca de seu enraizamento na vida (na vida como *bíos*, e não como *zoé*). Claro, não há vida humana que não deva ser “examinada” E é a necessidade desse exame que, em convergência com outros quesitos que veremos, obriga a subir do ponto de vista deontológico. O fato é que o que exige exame é a vida, a maneira de levar a vida. A primeira indagação da ordem moral não é ‘o que devo fazer’, mas ‘como eu gostaria de levar a vida?’³⁵⁶

Esse questionamento é próprio de uma justiça política e impossibilita a existência de uma justiça meramente biológica. É a perspectiva política que Aristóteles assume ao dispor que o justo político seja constituído tanto pela justiça por convenção, quanto pela justiça por natureza.³⁵⁷ Esse justo natural político é possível enquanto a natureza do homem e a *polis* sejam coextensivas. É a cidade que possibilita a existência do homem enquanto homem; por outro lado, é o homem quem possibilita a cidade, uma vez que ela é uma comunidade de homens sob uma lei. A política é pensada a partir dessa perspectiva, ou como diz Barzotto:

Aqui podemos observar porque a *Ética a Nicômaco* e a *Política* foram pensadas por Aristóteles como duas partes de uma única obra. A *Ética a Nicômaco* trata da vida boa, e a *Política* das instituições que tornam possível ao homem alcançar a vida boa. A política está em continuidade com a ética porque a cidade e suas instituições são uma mediação necessária para a vida boa.³⁵⁸

A conexão entre a Ética e a Política, assim, é pensada a partir do que é justo, ou de como o homem deve articular politicamente a busca dessa vida plena. Voltando a Aristóteles: “A justiça é própria da cidade, já que a justiça é a ordem da comunidade de cidadãos e consiste no discer-

³⁵⁶ Ricoeur, Paul. O justo 1 – A justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 10.

³⁵⁷ EN V, 7, 1134b.

³⁵⁸ Barzotto, Luis Fernando. O Bem da Ordem. Consultou-se no prelo.

nimento do que é justo”.³⁵⁹ A alternativa de discernir o direito fora da comunidade política e linguística é, então, o próprio abandono da comunidade, ou, nas palavras de Leo Strauss: “Enquanto o homem não tenha desenvolvido a sua razão de forma adequada, ele terá todos os tipos de ideias fantásticas como limites estabelecidos para a sua liberdade; ele elaborará tabus absurdos. Mas o que leva os selvagens aos seus feitos selvagens não é a selvageria, mas a adivinhação do direito”.³⁶⁰

2. A Natureza Política e a *Praxis*

Como explica Vega, a comunidade linguística humana é própria da esfera da *praxis*. O justo político e a lei só podem ser entendidos com a noção de *praxis*, conceito que dá unidade à filosofia prática aristotélica, estabelecendo a conexão entre direito, ética e política.³⁶¹ A partir da *praxis* deve-se estabelecer um direito de natureza prática e não um conceito metafísico de direito natural, de tal forma que os critérios de justiça não são determinantes absolutos do direito positivo como em um jusnaturalismo racionalista. Os critérios de justiça já estão incorporados dentro da estrutura do direito e operam na mesma escala o direito por natureza e o direito por convenção. “O que Aristóteles chama de ‘justo político’ é precisamente a arquitetura institucional do direito na qual o conteúdo moral e valores, entre outros, operam”.³⁶²

Para Aristóteles, segundo Vega, a natureza que funda o elemento natural do justo positivo não pode ser encontrada na *physis*, mas na *praxis*, isto é, na realidade política e moral própria da *polis*. A natureza no âmbito da *praxis* é uma natureza presente nas práticas morais e políticas da comunidade, ou seja, no conjunto de uma moralidade já interpretada pela *polis*. Assim, a justiça legal e a justiça natural apresentam uma conexão interna desenhada na natureza política por elas compartilhada.³⁶³

A análise de Joachim Ritter segue essa mesma linha interpretativa. Segundo ele, a natureza humana não é analisada a partir de uma perspectiva puramente biológica. A filosofia prática, aquela que se ocupa das coisas humanas, toma a natureza humana como *praxis*, isto é, para entender a natureza humana deve-se entender a ação humana. “Seu objeto é a natureza se realizando enquanto *praxis*”. A partir da *praxis*, as razões que

³⁵⁹ Pol. I, 1253 a.

³⁶⁰ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. P. 130.

³⁶¹ VEGA, Jesús. *Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*. P. 7-8.

³⁶² VEGA, Jesús. *Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*. P. 8.

³⁶³ VEGA, Jesús. *Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*. P. 11.

levam a filosofia a construir um direito natural são de ação e não de conhecimento (como o seria na filosofia teórica).³⁶⁴

No homem, as disposições naturais não se desenvolvem naturalmente como nos outros seres vivos, mas dependem de condições que desenvolvam a escolha deliberada conforme a virtude. A realização humana que visa a *praxis* não tem nada do domínio biológico do homem, “ela se apresenta concretamente nos múltiplos fins que se propõe ‘as artes e as ciências’ da cidade”.³⁶⁵ Com a *praxis* da cidade, o homem pode ascender à razão. “Fora da cidade, ele resulta homem somente em potência, um ser racional em si, que não possui a realidade que lhe possibilita passar ao ato”.³⁶⁶

No aspecto ético, o homem só pode ser compreendido como homem quando, inserido em uma comunidade (em seu *nómos*: seus costumes, leis, instituições e forma de vida), desenvolve sua *praxis* sob o controle de sua razão. No seu aspecto político a filosofia prática é uma busca de um fundamento da ordem instituída na lei (*nómos*) e nas normas da sociedade. Para tanto, estuda a natureza humana na sua relação com a *praxis*.³⁶⁷

3. Conclusão: O Animal Político e o Direito

Duas conclusões podem ser tomadas do fundamento da natureza humana na lei: a) que a sustentação da comunidade política é a condição da humanidade; b) que excluir alguém da lei é excluí-lo de sua humanidade. Assim, a interpretação benevolente procura manter o homem dentro de sua humanidade e não interpreta a lei de forma a comprometer a comunidade.

Segundo a análise supra, a lei tem o papel de: fundar a *polis*; estabelecer a medida das relações de justiça dentro dela; conduzir os homens à virtude. Assim, ela só pode ser interpretada em função da comunidade e da excelência. Os cidadãos sabem que, em razão da sua natureza limitada, dependem do outro para viver e, sobretudo, para viver bem – a própria humanidade depende daquela organização política de ajuda mútua em vista do bem comum. Sem a *philia* (amizade) política³⁶⁸ não há

³⁶⁴ Ritter, Joachim. Le Droit naturel chez Aristote... P. 426, 429 e 448.

³⁶⁵ Ritter, Joachim. Le Droit naturel chez Aristote... P. 449.

³⁶⁶ Ritter, Joachim. Le Droit naturel chez Aristote... P. 450.

³⁶⁷ Ritter, Joachim. Le Droit naturel chez Aristote... P. 429 e 451-452.

³⁶⁸ Descrita em EE VII, 1242 a-b: “Por sua vez, a amizade política está constituída principalmente em função da utilidade que parece que os homens, por não se bastar a si mesmos, se reuniram, mesmo que tenham se reunido também para viver juntos. [...] A amizade baseada na igualdade é a amizade cívica. Esta por um lado se baseia na utilidade, e as cidades são

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

sequer comunidade, muito menos *eudaimonia*. Apenas a boa vontade de uns com os outros é capaz de manter essa condição. A *equidade* opera nesse contexto, através de um dos principais efeitos da *philia*, a benevolência.³⁶⁹ Quando um amigo vê no outro as mesmas necessidades que ele poderia estar passando, é como se ele mesmo estivesse sofrendo e, em razão disso, o ajuda. É o sentimento de boa vontade ou benevolência (*eunoia*) característico da *philia*.³⁷⁰

amigas entre si da mesma maneira que os cidadãos”. As relações entre *philia* e justiça foram mais bem desenvolvidas em: ALVAREZ, Alejandro. As relações entre Ética, Política e Direito em Aristóteles.

³⁶⁹ Os efeitos da *philia*, segundo Aristóteles, são: beneficência, benevolência e concórdia. EN IX, 1167a.

³⁷⁰ “[...] o amigo é aquele que leva a cabo, por causa do outro, o que julga que é bom para ele”. Ret. I, 1361b.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALVAREZ, Alejandro. *O Direito entre a Ética e a Política: Perspectiva Aristotélica*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Política de Aristóteles*. Pamplona: Eunsa, 2001.

ARISTÓTELES. *The Complete Works by Aristotle. Vol. I e II*. Edited by BARNES, Jonathan. Princetoon: Princeton University Press, 1995.

_____. *Obras*. Madrid: Aguilar, 1982.

_____. *Política*. Lisboa: Ed. Vega.

_____. *Ética Nicomáquea e Ética Eudemia*. Madrid: Gredos, 1985.

_____. *Éthique à Eudème*. Paris: Librairie J. Vrin, 1997.

ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*. Santiago: 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Bem da Ordem*. O Direito como condição da moral em Tomás de Aquino. In: Alfredo Carlos Stork; Wladimir Barreto Lisboa. (Org.). Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito. 1 ed. Porto Alegre: Linus, 2009, v. 1, p. 249-268.

GAUTHIER, René Antoine et JOLIF, Jean Yves. *L'éthique a Nicomaque - Introduction, traduction et commentaire*, Tomos I e II. Paris: Béatrice-Nauwelaerts, 1959.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *A lei da natureza: "onça, parente meu"*. In: Sarmento, Daniel; Ikawa, Daniela; Piovesan, Flávia. (Org.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RICOEUR, Paul. *O justo 1: A justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RITTER, Joachin. *Le droit naturel chez aristote. Contribution au renouveau du droit naturel*. In: Archives de philosophie, n. 32, p. 416-457, 1969.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Walgreen Foundation Lectures. 1999.

VEGA, Jesús. *Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*. *Journal of Ancient Philosophy* Vol. IV 2010 Issue 2

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Conferências Sobre Ética*. Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

_____. *Conferencia Sobre Ética. Parte 2: Notas Acerca De Las Conversaciones Con Wittgenstein*. Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO: UM (POSSÍVEL) REENCONTRO ENTRE HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO

Daniel Ortiz Matos*

Sumário: Introdução. 1. Do objetivismo ao subjetivismo: um (breve) histórico do juspositivismo. 2. Nem objetivismo, nem subjetivismo: um possível reencontro entre hermenêutica e argumentação na intersubjetividade. Considerações finais. Referências.

Introdução

Hans-Georg Gadamer afirma(va) que o *decisium* a respeito de uma “questão jurídica não é um enunciado teórico, mas um ‘resolver coisas com palavras’”³⁷¹ (p.359). Logo, a maneira como nos relacionamos com a linguagem terá uma repercussão direta no modo como concebemos a jurisdição³⁷².

O que aparenta ser um mero truísmo, na prática ainda pouco influi em nossas discussões que, não raramente, bastam-se em análises superficiais (metodológicas). Dito de outro modo, é necessário pensarmos nos contornos paradigmáticos que envolvem o fenômeno.

O Direito, a partir da Era Moderna, afeito a segurança e previsibilidade (sempre) esteve em busca do método como o caminho para a verdade jurídica. Conquanto, com o passar do tempo e a verificação da impossibilidade de uma razão matematizante que viesse a dar conta da complexidade do mundo, houve um deslocamento para o outro extremo, para o espaço do irracional, do imponderável, do incontrolável. Em síntese, da Razão para a Vontade, o que distingue as experiências juspositivistas do século XIX (Escola de Exegese, Jurisprudência Analítica e Jurisprudência dos Conceitos) daquelas do século XX, a partir de Hans Kelsen.

No intuito de dar respostas a este novo estado de coisas, duas tradições, vistas como ambivalentes, adentraram o cenário jurídico: a

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Bolsista Integral PROEX. Membro dos grupos de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq) e Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (UNISINOS). Advogado.

³⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II. Editora Vozes: Petrópolis, 2002, p. 359.

³⁷² Sentido etimológico, do latim *jurisdictio* pode ser traduzido como “dizer o direito”.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Analítica³⁷³ e a Hermenêutica. A primeira mais voltada para uma formalização e disciplina da linguagem. Já a segunda, em sentido diverso, para identificação da linguagem com a experiência existencial do ser humano, inserindo-a no acontecer histórico, tornando tardias as pretensões metódicas.

Estas duas perspectivas podem ser vistas no labor teórico de dois importantes juristas contemporâneos denominados de pós-positivistas: Robert Alexy e Ronald Dworkin. Enquanto o alemão constrói uma teoria discursiva tentando racionalizar a decisão judicial, o norte-americano como seu interpretativismo não desenvolveu um método de controle.

Dentro deste recorte contextual, este breve ensaio abordará a possibilidade de uma leitura reintegrativa entre Hermenêutica e Argumentação, dentro de ruptura paradigmática com o Juspositivismo. Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes. A primeira referente ao problema do método e suas repercussões nos Positivismos dos séculos XIX e XX. E a segunda, tratando do objeto de análise propriamente dito a partir do paradigma da intersubjetividade e da ideia de dobra da linguagem (Stein).

O estudo ora realizado segue os pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito³⁷⁴ (CHD) desenvolvida por Lenio Streck, inclusive no que tange aos aportes metodológicos³⁷⁵. Ademais, também se insere numa concepção de Filosofia no Direito³⁷⁶.

³⁷³ Não obstante a existência das várias vertentes que compõe a tradição analítica, por fins de recorte de abordagem, neste estudo será tratado, em sentido lato, das posturas discursivo-argumentativas, como caudatárias desta perspectiva.

³⁷⁴ Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise, Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, por meio de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos por meio da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

³⁷⁵ Nesta linha, o método fenomenológico-hermenêutico, de forma resumida, é tomado como um revolvimento do chão linguístico da tradição em que se assenta o fenômeno em análise para que assim seja possível uma compreensão mais originária, radical.

³⁷⁶ O termo “Filosofia no Direito” foi proposto ineditamente por Lenio Streck e Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2003. Explicitando o tema Stein declara que: “Para

Espera-se que esta leitura possa contribuir para leituras outras que possam aprofundar as (inter)relações existentes entre as matrizes hermenêuticas e discursivas do/no direito.

1. Do objetivismo ao subjetivismo: um (breve) histórico do Juspostivismo

O filósofo Ernildo Stein³⁷⁷ observa que com o ocaso do Medievo e de sua segurança dogmaticamente fixada o homem foi movido a buscar novos caminhos. Desta forma, o método assumiu um “peso metafísico” como o procedimento que garantiria previamente a verdade, entendida apenas como o que é certo e seguro. Esta “certitude” poderia ser assegurada por fórmulas preestabelecidas. Como reflexo no âmbito das ciências, houve uma redução do método a uma simples ferramenta que após seu uso se tornaria descartável.

A Modernidade anunciou o surgimento do sujeito e a crença de que a Razão³⁷⁸ levaria a humanidade a um progresso total. René Descartes (1596-1560), afastando-se de uma onto(teo)logia essencialista, própria da cosmovisão medieval, colocava no sujeito o fundamento último das certezas³⁷⁹. O sujeito que outrora estava perdido na busca pelas essências

enfrentar essa questão é preciso encarar, de frente a contribuição dos standarts de racionalidade que a Filosofia desenvolve, quando ela é mais que uma simples retórica ornamental ou orientação na perplexidade” (...) “Dessa maneira, qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas importantes de um standart de racionalidade filosófico. Isso, no entanto, pressupõe que o campo teórico do Direito se vincule a determinado paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação STEIN, Ernildo. Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p136, p.137. Para um breve intróito a esta abordagem recomenda-se a leitura da coluna *A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico* escrita por André Karam Trindade no Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico>>. Acesso em: 18 jun.14.

³⁷⁷ STEIN, Ernildo. A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 17.

³⁷⁸ Optou-se por colocar Razão em letra maiúscula enfatizando a ressignificação semântico-filosófica do termo operada na Modernidade. Na Idade Média a ideia de racionalidade estava relacionada e, em certo sentido, submissa a uma cosmovisão teológica do mundo, mais precisamente, judaico-cristã e romanista. Deste modo, o pensar e o conhecer eram atividades de adequação e/ou descoberta da ordem divina. Nos tempos modernos, com o advento Iluminismo, o homem assume a centralidade (antropocentrismo), e esta (nova) racionalidade não estaria fundamentada fora do humano, mas nele próprio. Assim, o sujeito moderno se autonomiza (auto-nomos) ao procurar compreender e explicar o mundo a partir de si próprio, do eu pensante.

³⁷⁹ Nessa linha Adalberto Hommerding declara que: A ruptura de Descartes com o passado constitui não só a inauguração da Modernidade, mas uma teoria autocosciente e reflexiva daquela, sendo que o próprio *cogito* apresenta desde logo a reflexividade como uma das

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

das coisas, começou a assumir papel protagonista no conhecer. Deste modo, já se anuncia(va) uma inversão do poló na relação gnosiológica sujeito-objeto³⁸⁰.

Em Descartes a racionalidade tinha como suporte as denominadas ciências da natureza e exatas, sobretudo, a matemática. O mundo era visto como um “cosmos geométrico”³⁸¹ a ser compreendido em um processo de fragmentação, decomposição, e recomposição³⁸². Assim, o método exsurge como fiel condão da verdade.

Desse modo, na Modernidade o Direito passa a ser compreendido em sua autônoma objetividade, é elevado para além da historicidade³⁸³, para o mundo abstrato da lógica, único espaço no qual se acreditava ser possível o conhecimento (científico). Neste, o saber válido deveria estar fundamentado na realidade “posta”, “positiva”, naquilo que existe de “fato” e que pode ser mensurado. Como decorrência, a especu-

características centrais da modernidade. Para Descartes, segundo o qual todos os homens podem diferenciar o verdadeiro do falso, isto é, todos têm um bom senso, o conhecimento começa pela razão. Todo o jusnaturalismo moderno (Rosseau, Kant, Hegel, Locke), a partir daí, baseia-se, assim, na idéia de que o Direito é governado pela razão. HOMMERDING. Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

³⁸⁰ Neste sentido Streck afirma que: o fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, (...) (*idem*). STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 13.

³⁸¹ Descartes apresenta sua predileção a referência geométrica da verdade na premissa de “(...) não aceitar coisa alguma por verdadeira que não afigure-se mais clara e mais correta do que se me haviam afigurado anteriormente as demonstrações dos géometras.” DESCARTES. Discurso do método. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 69.

³⁸² Coadunando com o exposto e ainda traçando uma ruptura entre o jusnaturalismo moderno (jusracionalismo) e o medieval, Ovídio Baptista assevera que “as origens racionalistas do Direito Processual Civil moderno, desse direito natural laico, nascido como reação ao direito natural de origem aristotélico-tomista da Idade Média. Cuida-se de novo direito natural nascido sob inspiração da metodologia analítica de Descartes, influenciada, por sua vez, por Galileu. Há duas características que o distinguem do jusnaturalismo medieval: a utilização do método analítico-sintético, empregado nas ciências da natureza, por meio do qual os fenômenos deveriam antes ser decompostos, de modo que, por meio da análise de seus instrumentos estruturais se tornasse possível a síntese posterior, tal como fizera Galileu”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 66.

³⁸³ Neste sentido Streck afirma que: O positivismo atinge seu desiderato – repito nas suas mais diversas manifestações – *quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto*, ou seja, quando transforma a lei em uma razão autônoma (mesmo quando, nas posturas realistas, considera as decisões judiciais como o modo privilegiado de manifestação do direito). STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, pp. 61-62.

lação doutrinária e\ou filosófica ou os argumentos de autoridade passaram, paulatinamente, a serem substituídos pelo saber outorgado pelo crivo da experimentação.

Neste ambiente, desenvolveu-se o Juspositivismo como um contraponto aos sistemas puramente idealistas, sejam de índole moral, filosófica ou religiosa – estes entendidos como jusnaturalistas – e contra as incertezas por eles geradas no fazer jurídico.

Destarte, o Positivismo Jurídico surge neste período em três versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo” e das realidades sociopolíticas de onde emergiu. Assim, observamos o seu desenvolvimento na França, com a Escola da Exegese, na Alemanha, com a Jurisprudência dos Conceitos, e na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica. No dizer de Van Caenegem³⁸⁴ seria o direito produzido pelos legisladores, professores e juízes, respectivamente.

Mesmo em suas diversas manifestações o Juspotivismo oitocentista tinha como “traço comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo³⁸⁵”. O direito passa a ser pensado enquanto um fenômeno objetivo, previsível, que possibilita a certeza e a segurança jurídicas. Como resultado, a interpretação é pensada sob a égide do método científico – das ciências naturais – enquanto uma descrição neutra, sem juízos de valor. Com isto, acreditava-se suprimir o caráter subjetivo e relativo desta atividade. Por isso, a jurisdição seria um fazer mecânico, que apenas reproduziria o “positivo” do Direito, por intermédio de raciocínios meramente analíticos.

Em quaisquer dos três espaços haveria controle e objetividade interpretativas. Na França, centrada na lei, caberia ao intérprete um enquadramento dos fatos às previsões legais; na Alemanha o direito se manifestava enquanto um todo conceitual sistematizado, e na Inglaterra o *stare decisis* congelava os sentidos jurisprudenciais.

Todavia, o Positivismo Jurídico não se circuncreve somente a estas experiências primevas, ao contrário sofreu significativas alterações no século seguinte, do mesmo modo que toda esta cosmovisão filosófica de base também foi questionada. Ressalta-se que este questionamento inseriu-se em um contexto mais amplo de crítica ao racionalismo, à tradição e ao conformismo expresso em vários domínios, tais como as artes e à religião. Esta contracorrente vivida na Europa no séc. XIX tem como repre-

³⁸⁴ CAENEGEM, R. C. van. Juízes, legisladores e professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 375.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

sentantes Schopenhauer, Nietzsche e Bergson. Neste trilhar António Manuel Hespanha assevera que:

[...] no contexto histórico a que nos referimos esta insistência no carácter “pessoal” e “não racional da decisão” não pode ser desligado, por um lado, da crise do conceitualismo da pandectística, mas, também, num âmbito mais geral, de correntes filosóficas de crítica ao racionalismo, que afirmavam o primado da sensibilidade (intuição), da vontade ou da acção (*élan vital*) com forma de realização do homem, ou o carácter político (*i.e.*, radicado na vontade de poder) de todos os valores³⁸⁶.

Como um divisor de águas para o Positivismo Jurídico surge Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. O jurista partia de uma cisão entre o Direito e a Ciência do Direito. A pureza metodológica buscada destinava-se ao projeto científico e não ao Direito enquanto práxis social³⁸⁷.

Deste modo, a interpretação também seria diferente em decorrência da realidade jurídica a que se destina. A interpretação científica seria um ato de conhecimento, *pura determinação congnotiva do sentido das normas jurídicas*³⁸⁸. No âmbito da *Rechtswissenschaft*, ao intérprete caberia apenas apresentar com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis.

Entretanto, também existiria a interpretação enquanto um ato de vontade. Esta para não descreveria, ao revés, criaria direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, na deci-

³⁸⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 407.

³⁸⁷ O jurista faz questão de frisar isto, conforme conseguimos depreender do trecho abaixo: Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces. Un derecho “puro” podría solo significar – si es que puede significar algo – un derecho recto es decir un derecho justo. Pero la teoría del derecho no quiere no puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es – como ya se há dicho- una teoría del derecho real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decisión judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde un punto de vista de algun valor, es decir, desde de un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto; todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde outro punto de vista también político; pero ésto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente, sino que lo explica racionalmente. KELSEN, Hans. ¿Qué es la Teoría Pura del derecho? 5. ed. Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 31.

³⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 370.

são judicial o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito e outros de caráter subjetivo. Dessa forma, entende ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses constantes na moldura normativa³⁸⁹.

Hans Kelsen reconhecia o caráter subjetivo na lida prática do Direito de forma que seria impossível prever com exatidão qual a decisão jurídica a ser tomada. O jurista indica que esta certeza somente seria defensável dentro de uma proposta jusnaturalista que ele procura contrapor. Destarte, a interpretação autêntica – feita pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito – não seria passível de controle diante do elemento volitivo³⁹⁰ e da plurivocidade das palavras da lei que são expressas em linguagem comum³⁹¹.

Deste modo, enquanto o Juspositivismo do século XIX buscava um fazer jurídico objetivo, previsível e controlado, o que seria levado ao efeito por intermédio do método, a sua manifestação no século XX, a partir de Kelsen manteve um ideal de objetividade apenas para o campo científico,

³⁸⁹ O jurista na primeira edição (1934) de sua Teoria Pura do Direito defendia que a decisão judicial deveria ser encontrada dentro da moldura normativa. Porém, na segunda edição (1960) reconhece ser possível uma interpretação autêntica fora dos limites deste quadro normativo. Este *decisium* criaria direito novo caso não reformado em instâncias superiores.

³⁹⁰ Nesse sentido Oliver Jouanjan, citando Michel Troper, em artigo anexo à obra *O novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes* de Friedrich Müller, declara que: Em resumo, a partir do momento em que esta autoridade escolhe o texto, ao olhar dos fatos que ele qualifica livremente, e insere ela própria neste texto a norma que ela haverá criado livremente, quase não há mais espaço para a ideia de uma aplicação de normas, se este termo deve ter um sentido. A interpretação torna-se uma operação puramente volitiva desde o instante em que se mostra impossível fixar o momento cognitivo. A motivação da decisão de “aplicação” pode ter como único objetivo mascarar o processo real de decisão: um remendo *a posteriori*. O “normativismo” Kelseniano abre em realidade a porta para um puro “decisionismo”.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: R. dos Tribunais, 2007, p. 250.

³⁹¹ Esta concepção possivelmente foi extraída do Neopositivismo lógico, movimento que influenciou o pensar kelseneano. Em resumo, esta corrente de pensamento foi formada por filósofos e cientistas de várias áreas do saber, que se reuniam em Viena na primeira metade do séc. XIX para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico. No primado de uma razão teórica tentou produzir um conhecimento científico rigoroso e exato, livre das ambiguidades e conceitos vazios de sentido encontrados na linguagem ordinária. Dessa forma, dava-se prevalência as análises sintáticas (relação dos signos com os signos) e semânticas (relação dos signos com os objetos que representam) em detrimento da pragmática (relação do signo com o emissor e receptor da mensagem). Dentre os membros proeminentes do Círculo de Viena citamos: Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Cunpre destacar muitos pensadores visitaram o círculo ocasionalmente dentre eles: Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, e A. J. Ayer (que popularizou a obra deles na Inglaterra).

sendo a decisão jurídica resultado de um ato de vontade, logo, subjetivo, não sendo mais possível fazer ciência nesta esfera. Esta característica subjetivista, em maior ou menor grau, tem marcado o Positivismo Jurídico pós-kelseniano desde então.

2. Nem objetivismo, nem subjetivismo: um possível reencontro entre Hermenêutica e Argumentação na intersubjetividade

Conforme discorremos anteriormente a Modernidade pode ser identificada com o paradigma da subjetividade, apesar de manter certo objetivismo. O sujeito que antes era assujeitado por uma realidade preestabelecida, passa a assujeitar as coisas. O Juspostivismo erigido sob este alicerce, também manifestou estas características, seja numa concepção mecanicista da jurisdição – que somente faz sentido numa concepção isomórfica da linguagem – ou “libertária” – que é compreendida num descolamento ontológico entre palavras e coisas. Assim, um pensar pós-positivista tem que necessariamente romper com estas concepções. Ou seja, refletir para além da dicotomia subjetivismo vs objetivismo.

O mundo moderno estruturou-se dualisticamente, mente-corpo, razão-emoção, sujeito-objeto etc. são exemplos deste modo categorial de compreensão. A contemporaneidade – ou Pós-modernidade – requer outra cosmovisão, uma vez que os “territórios” dantes tão bem definidos apresentam-se cada vez mais fluidos.

No Direito esta discussão poderia ser resumida nos seguintes termos: Donde emanam os sentidos jurídicos, dos textos (Constituição, Códigos, Leis, Decretos, demais diplomas legais) ou dos intérpretes? Ou, manifestam-se em outro lócus?

Apesar de aparentemente simplistas, estes questionamentos serve para lançar luzes sobre o caráter ruptural ou não de uma postura denominada como pós-positivista. Quando vemos certas perspectivas teóricas – e não são poucas, na realidade este ideário está presente no senso comum teórico dos juristas (Warat) – que defendem que os casos fáceis se decidem por subsunção e os casos difíceis por ponderação, a resposta para estas indagações será: para certos casos os sentidos estão nos textos, tanto é que bastam os raciocínio subsuntivos de enquadramento dos fatos às normas; já para outros casos, faz-se necessário a utilização de um método específico para a racionalização do discurso uma vez que os textos mostram-se insuficientes ou intencionalmente abertos, ou seja os sentidos resultam da aplicação de um método. Ambas as formas de responder mantêm-se dentro do arcabouço jusfilosófico do Positivismo, que, paradoxalmente, intentava-se suplantar.

A tradição Hermenêutica³⁹² procura responder de modo absolutamente diverso a questão aventada e nesta resposta (talvez) encontre-se o espaço de reencontro com as posturas discursivo-argumentativas. De pronto, dentro deste *background* a interpretação (do direito) é pensada em ruptura com as crenças da existência de um objeto que teria sentido por/em si mesmo, ou de um sujeito que atribuiria sentido as coisas conforme sua consciência ou vontade.

Em Martin Heidegger a Hermenêutica, antes sempre relacionada a interpretação de textos e seus métodos assume outra perspectiva³⁹³. A reflexão filosófica se volta para a concretude, para a existência humana. Em *Conceptos Fundamentales de la Metafísica*, o filósofo declara que “la piedra es sin mundo, el animal es pobre de mundo, mientras el hombre configura mundo”³⁹⁴. Portanto, o homem é considerado como um ente privilegiado, o ser-*aí* (*Dasein*). Assim, a interpretação não é (apenas) um modo de conhecer, é na realidade um modo de ser, de existir, e por isto a hermenêutica é ontológica.

Os sentidos estão no mundo, porém, este não é o conjunto de tudo que existe, diferentemente, é o lócus em que os entes se desvelam, inclusive o homem como ser-no-mundo. Deste modo, a interpretação é uma explicitação daquilo que foi compreendido no encontro com o outro. Quando falo ou escrevo a palavra martelo existe um horizonte prévio de sentido que se refere à relação prática com este ente o que permite a sua enunciação num código linguístico³⁹⁵. Assim, existe uma abertura existencial, histórica, finita e temporal na interpretação do mundo, de modo que o método sempre chega depois. Deste modo, Heidegger sustenta que:

³⁹² Conforme descrito na introdução não obstante a largueza da tradição hermenêutica, a leitura aqui desenvolvida segue a intermediação dos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, que é a matriz teórica de base do presente estudo.

³⁹³ Sobre isto Modesto Villalibre afirma que: Evidentemente, este sentido de hermenêutica es originario; se refiere al mismo interpretar; difiere, pues, del sentido de la hermenêutica como reglas de interpretación o del sentido de las mismas en autores como Schleiermacher o Dilthey. El en sentido de la hermenêutica heideggeriana del ser del Dasein hay que verlo en el contexto indicado: Como descripción fenomenológica del Dasein; descripción que es hermenêutica o interpretación de un Dasein como poder-ser y que está en proceso, proyectando constantemente posibilidades e interpretando desde el proyecto. Es así como el Dasein va interpretando y comprendiendo de modo explícito su propio ser; es así como habrá que hacer la fenomenología del Dasein. BERCIANO VILLALIBRE, Modesto. La revolución filosófica de Martin Heidegger. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, p. 241.

³⁹⁴ HEIDEGGER, Martin, Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad. Madrid: Alianza Editorial [1938] 2007, p. 227.

³⁹⁵ Heidegger deja bastante claro que ya antes de la interpretación predicativa hay una interpretación previa, correspondiente a un comprender previo en el mundo. BERCIANO VILLALIBRE, Modesto. La revolución filosófica de Martin Heidegger. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, p. 240.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

La interpretación se funda en todos los casos en un “ver previo” que recorta lo tomado en el “tener previo” de acuerdo con una determinada posibilidad de interpretación. Lo comprendido tenido en el “tener previo” y visto en el “ver previo” se vuelve, por obra de la interpretación. (...) Como quiera que sea, la interpretación se ha decidido en cada caso ya, definitivamente o con reservas, por unos determinados conceptos; se funda en un “concebir previo”³⁹⁶.

Destarte, na interpretação o homem explicita e elabora as possibilidades projetadas na compreensão. Destarte, aquilo que foi compreendido, assume a forma de algo como algo (*etwas als etwas*). Todavia, não estamos mais a dizer de conceitos abstratos, atemporais, mas de termos que encontram sentido na existência fática do *Dasein*.

Hans-Georg Gadamer em sua obra principal *Verdade e Método* (1960) procura apresentar elementos que foram esquecidos na noção de verdade das ciências humanas, que era, comumente, baseada em métodos. A respeito do intento gadameriano, Jean Grodin comenta que:

[...] no se trata de averiguar el último fondo del entender, porque esto delataría más bien la obsesión cartesiana de las ciencias metódicas, contra las que precisamente quiere poner en guardia esta obra (*Verdad y Método*), con su título que recuerda a Goethe. Al contrario, se trata de tomar conciencia de la insondabilidad de cualquier experiencia. Una experiencia hermenéutica no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo³⁹⁷.

Por intermédio de uma reabilitação da ideia de tradição, a historicidade e a pré-compreensão (*Vorverständnis*) são inseridas como condições para o conhecimento. Portanto, não partiríamos de um grau zero de sentido, diferentemente, nascemos em um ambiente em que uma série de pressupostos já são compartilhados. Esta tradição nos abriria ao mundo, se não a reconhecêssemos não haveria possibilidade de rupturas. Não seria possível ao homem sair de sua própria historicidade para poder compreendê-la.

A linguagem antes tida como uma terceira coisa entre sujeito e objeto, torna-se a condição de acesso ao mundo. Ademais, para o filósofo a interpretação não é um processo compartimentado. Tradicionalmente o interpretar era pensado em três momentos, *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, ou seja, primeiro compreendemos, logo interpretamos, e somente depois aplicaríamos.

³⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 168

³⁹⁷ GRODIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer una biografía*. Barcelona: Herder Editorial, 2000, p. 376.

Isto somente seria adequado numa concepção apriorística da verdade. Como na interpretação existe uma atribuição de sentidos fundada na pré-compreensão, na experiência prática com os entes, na antecipação de sentido já existe uma aplicação.

Para a Hermenêutica a discussão acerca dos sentidos vai além do dualismo (objetivismo vs subjetivismo) pois, a interpretação se insere no paradigma da intersubjetividade, no qual textos são eventos e os sujeitos, ao invés de ilhados em si-mesmo, são lançados desde sempre no mundo, onde compreendem a si mesmo compreendendo os demais, e vice-versa, num movimento circular.

Com o reconhecimento da intersubjetividade, a ideia de indivíduo, etimologicamente (*individuus*) pensado em sua singularidade enquanto uma unidade indivisível, perde sentido num ser-*áí* (*Dasein*) que está lançado para a fora, na faticidade. A compreensão do mundo se dá numa constante antecipação de sentidos, que por sua vez relaciona-se com a nossa lida prática com os demais entes. Assim, o horizonte de sentido é intersubjetivo.

Portanto, o conhecer ocorre numa prática intersubjetiva, para além da relação sujeito-objeto. Afinal, para Gadamer a história não nos pertence, mas somos que pertencemos a ela. A compreensão não se dá na ação de um indivíduo a-histórico, mas em sua imersão na tradição em que passado, presente e futuro se fundem. De um monólogo, é aberto um diálogo em que uma fusão de horizontes acontece.

Noutro aspecto, é importante notar que há uma dupla estrutura da linguagem. O “como apofântico” e o “como hermenêutico”, que se intercomplementam. Na dimensão aponfântica há uma síntese, um processo de entificação, daquilo que na dimensão hermenêutica foi compreendido. Stein explicando esta duas dimensões heideggerianas afirma que:

O enquanto hermenêutico ou o *como* hermenêutico, é o *como* do mundo, e o outro *como* apofântico é o *como* do discurso. O *como* hermenêutico é o como do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua seja nos permitido usas esta palavra: Há uma ambiguidade fundamental no homem e por haver esta ambiguidade é que estamos condenados a hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias³⁹⁸.

Esta dobra da linguagem muitas vezes é mal compreendida. Em decorrência disto, muitos entendem que não seria possível fazer uma teoria jurídica de matriz hermenêutica por que haveria sempre uma abertura dialógica que impediria nos impediria dizer algo sobre o mundo. Não é

³⁹⁸ STEIN, Ernildo. Aproximações sobre Hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, pp. 21-22.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

por acaso que alguns rejeitam a tradição hermenêutica afirmando ser esta relativista. Em sentido diverso, descolando o dizer do mundo, a linguagem torna-se apenas um instrumento que pode ser calculadamente usado.

A Hermenêutica não prescinde de um discurso, de uma explicitação linguística. O que temos a partir dela é que cientes de nossa finitude, nosso dizer/escrever será sempre limitado – isto é são afastadas pretensões de completude absoluta – e que este sempre pressupõe toda uma historicidade, logo, uma relação existencial.

Eis um possível espaço de reencontro entre a Hermenêutica e as Teorias Discursivo-Argumentativas. Um ambiente marcado pela intersubjetividade que nos faz conceber a linguagem não como um cálculo, como uma clareira que nos abre o mundo. A partir disto devemos pensar sobre os limites e as possibilidades do “como” realizamos nossas enunciações.

Considerações finais

A interpretação do Direito dentro do Positivismo Jurídico assenta-se na relação sujeito-objeto. Ora concepções objetivistas - que dão maior ênfase no objeto a ser interpretado como se contivesse um sentido *apriori* a ser extraído –, ora perspectivas subjetivistas – que salientam aspectos individuais, personalistas, que possibilitariam uma livre disposição dos sentidos, ou até mesmo perspectivas híbridas (casos fáceis, objetivismo; casos difíceis subjetivismo) marcam o paradigma juspositivista ao longo da história.

Deste modo, uma reflexão pós-positivista deve romper com este ideário, pois, do contrário, será apenas o velho com roupas novas, o anacrônico com a aparência do hodierno. As tradições, Hermenêutica e Discursivo-Argumentativa, que tentam ser rupturais, são vistas, não raramente, como antagônicas. Todavia, como discurremos, é possível pensar numa aproximação a partir da ideia de intersubjetividade e da compreensão linguagem em sua dupla estrutura (Stein).

Neste breve ensaio, sem pretensões conclusivas, abre-se apenas um caminho que certamente deverá ser explorado, a fim de que compreendamos as possibilidades de diálogo entre concepções tidas como contrapostas.

Referências

BERCIANO VILLALIBRE, Modesto. *La revolución filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DESCARTES. *Discurso do método*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Editora Vozes: Petrópolis, 2002.

GRODIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer una biografía*. Barcelona: Herder Editorial, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad*. Madrid: Alianza Editorial [1938] 2007.

_____. *El ser y el tiempo*. 4.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

TRINDADE, André Karam. *A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico>>. Acesso em: 18 jun.14.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *¿Qué es la Teoría Pura del derecho?* 5. ed. Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

A DERROTABILIDADE DO DIREITO DIANTE DE RESULTADOS SUB-ÓTIMOS. QUANTA INJUSTIÇA INDIVIDUAL É TOLERÁVEL EM UM SISTEMA DE REGRAS?

Patricia Graeff*

Sumário: Introdução. 1. Derrotabilidade. 1.1. Visão geral. 1.2. O conceito de derrotabilidade na obra de Hart. 2. Todas as regras jurídicas são derrotáveis? Considerações finais. Referências.

Introdução

Os juízes e as Cortes, ao tomarem decisões, examinam um composto formado por fatos e regras. A forma lógica das regras jurídicas pode ser apresentada como enunciados condicionais, cuja verificação dos fatos constantes do antecedente implica nas consequências jurídicas nela expressas. Sem maiores qualificações, esta concepção poderia endossar uma visão formalista acerca do Direito, como se o raciocínio jurídico fosse puramente dedutivo ou demonstrativo e a formação dos juízos fosse um processo mecânico.

Contudo, as regras jurídicas que compõe o sistema jurídico são um artefato, um produto criado pela vontade humana e, portanto, sofrem diversas limitações. Mesmo que as regras jurídicas fossem elaboradas com muito cuidado e técnica, dada a sua necessária generalidade, falhariam em adequar-se perfeitamente aos casos concretos. Há casos em que o Direito não se mostra apto a fornecer respostas conclusivas de como os juízes devem julgar as demandas levadas ao Judiciário ou de como os cidadãos devem guiar suas condutas.

Lon Fuller adverte acerca do erro em confiar-se excessivamente na excelência na criação das regras. Segundo o autor, somos tentados a nos deixar levar por uma “utopia da legalidade”; imaginamos que “as regras são perfeitamente claras, consistentes umas com as outras, conhecidas de todos os cidadãos, e nunca retroativas” (FULLER, 1969, p. 41).

A prática jurídica revela que há casos em que o emprego puro e simples de regras gerais dá origem a um resultado injusto, ineficiente,

* Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRGS. Bacharel em Direito pela UFRGS. Graduanda em Filosofia pela UFRGS. Analista Judiciário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

absurdo, ou excessivamente oneroso a uma das partes. A pergunta que se coloca é, pois, como deve ser o tratamento das regras jurídicas diante dos chamados casos difíceis: O que deve ser feito diante de uma injustiça gerada por uma regra?

Historicamente, a noção de que as leis, por serem gerais, nem sempre podem prescrever o bem com acuidade para todos os membros da comunidade a qualquer tempo, pode ser encontrada já no diálogo *Político* de Platão. Ao discutir acerca da arte de governar com o jovem Sócrates que faz uma defesa das leis, o Estrangeiro de Eléia concede que um governo necessita de leis gerais dirigidas a todos os governados para pautar sua atuação, sustentando, contudo, que nada seria mais injusto do que falhar em corrigir resultados pobres decorrentes da aplicação das leis gerais (SCHAUER, 2012, p. 78).

A ideia de correção dos resultados da aplicação de uma lei com base na equidade é, no entanto, mais associada em nossos dias a Aristóteles, em virtude da ampla inserção do estudo da Ética a Nicômaco, bem como por estar melhor estruturada. Segundo Frederick Schaeuer, a afirmação de “Aristóteles não era apenas que a correção equitativa de erros jurídicos é útil ou desejável – antes, Aristóteles insistia que a correção equitativa estava compelida pela própria ideia de justiça” (SCHAUER, 2012, p. 79).

O julgador, durante o processo de formação do seu convencimento racional, pode considerar, diante de um resultado sub-ótimo obtido pela aplicação da regra, a existência de uma ou mais exceções aptas a derrotar a regra ou o raciocínio jurídico. Parece ser adequado, portanto, compreender as regras jurídicas e o raciocínio como sujeitos a exceções diante de resultados pobres.

De acordo com esta visão, a obrigação decorrente da regra seria uma obrigação *prima facie*, não absoluta. A regra é aplicável, conceitual e normativamente, *prima facie*, mas considera-se que é o caso de se fazer uma exceção. Em tais casos diz-se que a regra é derrotada em razão de uma condição que não pôde ser antevista quando da sua criação.

De outro lado, admitir que todas as regras jurídicas estão sujeitas a exceções levaria a ideia de que as regras são, na realidade, inúteis, pois, na verdade, o que importaria é nada mais que decidir um caso considerando todas as razões relevantes no caso individual.

Contrariamente a esta ideia, sustentam alguns teóricos que a certeza e a segurança jurídica devem prevalecer acima de tudo, de modo que seria um efeito colateral dos sistemas jurídicos que alguns casos acarretem resultados injustos, ineficientes, ridículos e, até mesmo, absurdos.

As consequências desse tipo de tese restam bem ilustradas em um famoso caso que tramitou perante a Corte Inglesa e a Corte Europeia

de Direitos Humanos, diante de um pedido de um casal para que o marido assistisse o suicídio de sua esposa que estava sofrendo de uma doença incurável e que lhe impunha grande sofrimento e a tornara inválida, os juízes consideraram o *Suicide Act* de 1961 não-derrotável, isto é, não passível de supressão.³⁹⁹ Entre os motivos estava o medo de que isto criasse um precedente negativo e fosse um mau exemplo de uma atitude que não deve ser louvada pela sociedade (TUR, 2012, p. 362).

Ora, admitir que alguns indivíduos ou partes possam sofrer grave injustiça pela aplicação incondicional das regras jurídicas, por isto espelhar um valor social ou político a ser perseguido, parece ferir o princípio da dignidade humana, na acepção kantiana de que não se deve tratar um ser humano como meio, mas como fim em si mesmo.

Parece então que a questão suscitada ao início poderia ser recolocada em termos de barganha, como aponta Richard Tur: “Quanta injustiça individual é tolerável em um sistema de regras?” (TUR, 2012, p. 363).

Neste artigo enfrento tais questões a partir do positivismo jurídico hartiano, por considerar que algumas noções introduzidas por Hart na teoria do Direito são capazes de explicar o comportamento das Cortes sem que, com isso, seja necessário abrir mão de uma concepção positivista do Direito. A chave desta leitura reside, a meu ver, no conceito de derrotabilidade. Um dos aspectos notáveis desta noção consiste em elucidar as diferenças entre os modos de raciocínio jurídico formalista e anti-formalista.

1. Derrotabilidade

1.1 Visão geral

A noção de derrotabilidade (*defeasibility*)⁴⁰⁰ foi introduzida por H. L. A. Hart na Filosofia do Direito seu ensaio seminal, “The Ascription of Responsibility and Rights”, publicado em 1948.

³⁹⁹ [2001] EWHC Admin 788; [2002] 1 All ER.

⁴⁰⁰ No Direito de propriedade inglês, *defeasibility* indica a possibilidade de desfazer ou tornar nulo um instrumento jurídico. *Defeasible* tem origem em *defeasance* (Anglo-Francês, início Séc.XV), *desfaissance* (Francês Antigo), *desfaire* (Francês Moderno). *Defeat* tem origem em *defeter* (Anglo Francês), *desfait* (Francês Antigo), passado participio de *desfaire* e *diffacere* (Latim Vulgar), com sentido de “desfazer”, “destruir”, “derrotar” (sentido militar de conquista). (Fonte: <http://www.etymonline.com>). A dificuldade de tradução para línguas de origem latina tem sido apontada por diversos autores que, em face da ausência de um termo melhor, têm optado, em sua maioria, por manter a referência à raiz etimológica. Assim, em obras em língua espanhola, italiana e francesa encontramos as traduções *derrotabilidad*, *defetibilità* e *défaissabilité*. Levando em conta o mesmo princípio, consideramos mais adequado traduzir *defeasibility* por “derrotabilidade”, *defeasible* por “derrotável”, *defeat* por “derrotar” e

Diversos autores consideram que a derrotabilidade está estreitamente associada à teoria das obrigações morais *prima facie*, estabelecida por David Ross, em sua crítica ao dever absoluto kantiano. Diante de situações de conflito entre princípios morais, pode ser o caso que uma obrigação seja suprimida.⁴⁰¹ O recebimento desta teoria na Filosofia Moral deu origem à concepção de que as obrigações morais vinculam, a menos que surja alguma condição que afaste a obrigação de agir desta ou daquela maneira. Dito de outro modo, há boas razões para acreditar que se deve agir segundo determinam as obrigações, isto é, elas têm um papel no raciocínio prático, mas tais razões não são conclusivas.

Dizer que os padrões jurídicos são, de algum modo, derrotáveis, equivale a dizer que estão sujeitos a exceções que não puderam ser antevistas. A ideia subjacente é a de que a aplicação de uma regra, bem como a conclusão de um raciocínio jurídico, pode ser suprimida diante de uma (ou mais) circunstância específica que se revele no caso particular e que implique uma alteração cognitiva, isto é, uma reavaliação ou novo juízo acerca de um objeto, fato ou situação do mundo.

O tema da derrotabilidade retornou ao centro dos debates jurídicos nos últimos 20 (vinte) anos. Pierluigi Chiassoni chega mesmo a afirmar que a teoria do Direito sofreu desde então uma “virada derrotabilista”, tão importante quanto a “virada interpretativista” promovida por Ronald Dworkin na década de 70 (2008 apud CARPENTIER, 2013, p. 472).

Merece ser ressaltado que, na vasta literatura jurídica acerca do tema, o termo derrotabilidade é predicado de objetos distintos, resultando em uma variedade de argumentos de menor ou maior força. Fala-se em derrotabilidade de conceitos e de regras jurídicas, de formulações

defences por defesas. Em algumas traduções em língua portuguesa no Brasil encontramos também o termo excepcionalidade e seus derivados, excepcionável e exceções.

⁴⁰¹ “Intuições morais não são princípios cuja aplicação imediata possibilite deduzir nosso dever em circunstâncias particulares. Eles declaram (...) obrigações *prima facie*. (...) Não somos obrigados a fazer aquilo que é obrigatório *prima facie* apenas. Somos obrigados a praticar apenas aquele ato cuja obrigatoriedade *prima facie* no que diz respeito àquilo que é obrigatório *prima facie* mais prevalece sobre sua não-obrigatoriedade *prima facie* naqueles aspectos nos quais é não-obrigatório *prima facie*.” (1939 apud SARTOR, 2009, p. 21). “Se, como quase todos os moralistas exceto Kant concordam, e como quase todos os homens simples pensam, algumas vezes é correto contar uma mentira ou quebrar uma promessa, deve ser mantido que há uma diferença entre dever *prima facie* e dever atual ou absoluto. Quando pensamos que estamos justificados a quebrar uma , e de fato moralmente obrigados a quebrar, uma promessa com vistas a aliviar a aflição de alguém, nós não deixamos de reconhecer em momento algum que há um dever *prima facie* de manter nossa promessa, e isto nos leva a sentir, não vergonha ou arrependimento de fato, mas um tipo de pesar por nos comportarmos daquele modo; reconhecemos, ainda, que é nosso dever pensar de alguma forma a promessa por ter quebrado a promessa (1930 apud SEARLE, 1978, p. 81).

normativas, de proposições jurídicas e de derrotabilidade do raciocínio jurídico. Dados os limites deste artigo, foi necessário restringir o foco ao conceito de derrotabilidade desenvolvido por Hart.

1.2 O conceito de derrotabilidade na obra de Hart

O conceito de derrotabilidade, como mencionado *supra*, foi apresentado por Hart em uma passagem no “The Ascription of Responsibility and Rights”, em uma passagem em que o autor procurava nominar um fenômeno observado na prática jurídica:

Quando um estudante aprendeu que no Direito inglês há condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, (...) sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta (...). Pois estas condições, embora necessárias, não são sempre suficientes e ele ainda tem que aprender o que pode derrotar uma pretensão de que há um contrato válido, ainda que estas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que pode seguir-se à expressão “a menos que”, que deveria acompanhar a declaração destas condições. Não existe no inglês corrente uma palavra para esta característica dos conceitos jurídicos. As palavras ‘condicional’ e ‘negativa’ têm implicações erradas, mas o direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado e alargo: esta palavra é “derrotável” usada para um tipo de interesse de propriedade que esta sujeita à extinção ou defesa em um número de contingências diferentes, mas permanece intacto se nenhuma de tais contingências amadurecerem. Neste sentido, então, um contrato é um conceito derrotável. (HART, 1948, p. 152).

O autor utiliza-se, exemplificativamente, dos conceitos de contrato, de delito e o de invasão, para ilustrar a questão. Segundo ele é comum supor, equivocadamente, que há algo como condições necessárias e suficientes que, uma vez presentes, tornam possível afirmar que é o caso, como se ao declarar a existência de um contrato válido, por exemplo, bastasse ao julgador responder afirmativa ou negativamente à pergunta “Os fatos se enquadram no escopo da fórmula que define condições necessárias e suficientes de contrato, invasão,...” (HART, 1948, p. 173). Este tipo de definição, embora sirva para aplacar a necessidade dos teóricos por uma definição em termos de condições necessárias e suficientes, leva, segundo o autor, a uma má compreensão dos conceitos jurídicos, uma vez que sempre pode surgir uma nova condição que derrote, no caso concre-

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

to, o conceito anteriormente formulado.⁴⁰²Tais conceitos têm um universo ilimitado, não sendo possível logicamente determinar suas hipóteses de instanciação. Sempre pode surgir uma condição que o derrote. O conceito de contrato é, assim, *irredutivelmente derrotável* (HART, 1948, p. 176).

É importante atentar para a expressão “a menos que” que aparece no excerto transcrito supra. Há uma lista de condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, tais como: ao menos duas partes, uma oferta por uma delas, o aceite pela outra, um instrumento escrito, dependendo do objeto em questão. Contudo, há uma série de defesas e exceções que podem afastar a alegação de que existe um contrato válido em um determinado caso concreto. Estas condições podem ser explícitas ou implícitas. Por exemplo, pode ser oposto que um dos contratantes estava sob coação, efeitos de drogas, era portador de demência, que o contrato foi feito para fins imorais, que pretendia perverter o curso da justiça ou que seu objeto é impossível (HART, 1949, p. 176).

Do exame do referido texto, resta claro que Hart concebia a noção de derrotabilidade como atrelada ao procedimento judicial. Em diversas passagens isso fica claro quando discorre acerca de ônus da prova, modos de refutação de alegações, julgamento de acordo com os fatos tal como apresentados nos autos, etc. Essa questão está bem declinada na seguinte passagem:

Pretensões (...) podem geralmente ser contestadas de dois modos opostos. Primeiro, por uma negação dos fatos sobre os quais estão baseadas; e, segundo, por algo bem diferente, nomeadamente uma alegação de que embora todas as circunstâncias nas quais uma pretensão poderia ter sucesso estejam presentes, ainda no caso particular, a pretensão (...) não deveria prosperar devido a outras circunstâncias estarem presentes que colocam o caso sob alguma linha conhecida de exceção, cujo efeito é tanto derrotar a pretensão (...) completamente, ou ‘reduzi-la (HART, 1949, p. 147-8).

Assim, parece bastante plausível entender que Hart concebia a ideia de que o próprio raciocínio jurídico era derrotável, porquanto a demonstração da existência de uma exceção poderia alterar a solução da lide em sentido contrário ao inicialmente proposto.

O termo *derrotabilidade* não aparece na obra posterior de Hart. Não obstante, há evidência textual suficiente de que ele não abandonou o

⁴⁰² “Isto é, segundo Hart, uma “simplificação excessiva e uma distorção”, pois “há características dos conceitos jurídicos que tornam com frequência absurdo usar em conexão com eles a linguagem de condições necessárias e suficientes” (HART, 1948, p. 173).

conceito, mas procedeu a uma revisão da teoria com mudança do objeto acerca do qual se predica a derrotabilidade.

Em *O Conceito de Direito* (1961-2012), Hart retoma o problema sob novo aspecto, discorrendo acerca da derrotabilidade das regras jurídicas:

Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Acontece que, quando chega a hora, para cumprir a promessa teríamos de negligenciar uma pessoa gravemente doente. O fato de que isso seja aceito como razão adequada para descumpirmos a promessa certamente não significa que não existam regras estipulando o cumprimento de promessas e que tudo o que se verifica é uma certa regularidade em cumpri-las. Não se segue do fato de que tais regras tenham exceções incapazes de declaração exaustiva, que em cada situação somos deixados a nossa discricionariedade e nunca estamos obrigados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a palavra “a menos que...” ainda é uma regra. (HART, 2012, p. 139)

Encontramos nessa passagem a mesma noção de exceções, neste caso exceções às regras jurídicas. Há, ainda, um importante acréscimo ao argumento da derrotabilidade nesta nova formulação. Tomar uma regra como aberta a exceções não a descaracteriza enquanto regra, isto é, ela não perde seu papel de fazer uma diferença no raciocínio jurídico.

Este ponto tem importância central para Hart marcar sua posição entre os extremos opostos do formalismo e do ceticismo de regras. Hart resume como costumava ser colocada a questão na literatura jurídica:

Ou as regras são o que elas seriam no céu do formalista e elas amarram como grilhões; ou não existem regras, apenas decisões previsíveis ou padrões de comportamento. (HART, 2012, p. 139)

Para o autor, este é um falso dilema. Argumentar dessa forma seria “ignorar o que são de fato as regras em qualquer esfera da vida real”. Ele sustenta ser possível defender uma posição intermediária entre o pesadelo do ceticismo de regras, que advoga a existência de um poder discricionário quase absoluto do julgador, aproximando-o demasiado do papel do legislador, e o nobre sonho do formalismo, segundo o qual seria possível em todos os casos a aplicação mecânica da lei, como se o sentido da regra estivesse sempre dado de antemão, bastando ao aplicador extraí-lo mediante raciocínio dedutivo.

2. Todas as regras jurídicas são derrotáveis?

No artigo “Is Defeasibility an Essential Property of Law?” (2012), Frederick Schauer defende que a derrotabilidade não é uma propriedade

das regras, mas uma característica de como alguns sistemas de tomada de decisões escolhem tratá-las.⁴⁰³ É lógica e conceitualmente possível que as regras sejam interpretadas e aplicadas segundo o seu sentido literal.

Há, segundo o autor, diversas formas de institucionalizar a derrotabilidade. Tratar uma regra como não-derrotável é simplesmente estabelecer que determinados oficiais terão o poder de cancelar, suprimir, emendar ou modificar uma regra existente. Para preservar o sistema jurídico, devem ser feitas duas qualificações acerca da derrotabilidade.

Em primeiro lugar, deve-se exigir que o resultado da aplicação da regra tenha um alto grau de rejeitabilidade. Do contrário, as regras não desempenhariam um papel relevante em comparação a um caso em que não houvesse regras e no qual fossem feitas as mesmas considerações acerca da situação particular em questão. Assim, não é qualquer injustiça que pode ser tomada como condição suficiente para a supressão de regras baseada na equidade.⁴⁰⁴ O resultado deve ser de “extrema injustiça” ou “grande ineficiência”:

(...) o poder de supressão equitativa - da derrotabilidade guiada pela equidade - irá colapsar em um sistema de equidade livre de regras se os padrões para uma supressão equitativa não forem mais altos que o simples fato de uma regra produzir um resultado injusto. Se qualquer injustiça for uma condição suficiente para uma supressão equitativa, então um regime de regras sujeito à supressão equitativa é equivalente extensionalmente a um regime sem qualquer regra no qual os tomadores de decisão têm o poder de simplesmente, todas as coisas consideradas, alcançar o resultado mais justo. (SCHAUER, 2012, p. 80)

Em segundo lugar, Schauer ressalta que existe diferença entre modificar uma regra, porque se percebeu que ela produz resultados sub-ótimos, e apenas evitar, de algum modo, o resultado pobre, deixando a regra inalterada.⁴⁰⁵ O primeiro sentido é o que ele chama de *visibilidade*; o segundo, de *derrotabilidade autêntica*. O autor considera que o caso próprio de derrotabilidade ocorre quando há uma formulação canônica

⁴⁰³ Em alusão a Wittgenstein, Schauer refere que “as regras não determinam sua própria aplicação (...) isto nos lembra que como uma regra será tratada não é algo inerente à própria regra” (Schauer, 2012, p. 87).

⁴⁰⁴ Segundo Schauer, tampouco deve ser assim, caso se substitua, na mesma fórmula, outras razões como a eficiência, a maximização da utilidade, imparcialidade (*fairness*).

⁴⁰⁵ Exemplo hipotético: há uma lei que estabelece uma velocidade máxima sob pena de multa, que é afastada em um caso em que o condutor ultrapassou o limite porque levava uma vítima para um hospital. Não há modificação da regra, ela é apenas suprimida ou derrotada diante do caso particular.

clara da regra, mas esta é suprimida em um caso particular no momento de sua aplicação, sem com isso haver modificação de seu conteúdo.⁴⁰⁶ (SCHAUER, 2012, p. 79).

O ponto principal de Schauer consiste na defesa de uma posição diametralmente oposta à de Fuller. Embora Fuller não tenha colocado a questão em tais termos, é possível dizer que o autor conceberia a derrotabilidade como um componente necessário em qualquer sistema jurídico não defeituoso, estando assim ao lado dos outros *desiderata*, que para o autor definem o próprio ideal do Estado de Direito.⁴⁰⁷ Um sistema que permite resultados não-razoáveis ou descolado dos propósitos das regras não é um sistema jurídico em seu sentido genuíno. Schauer, ao contrário, sustenta que ainda que empiricamente possa parecer comum, a derrotabilidade não é uma característica necessária dos sistemas jurídicos.

Segundo Schauer, podemos entender o que é uma regra não-derrotável. Isto resta evidente até mesmo dos votos divergentes nos casos de julgamentos em que uma regra é derrotada. Ademais, há um grande número de decisões em que os julgadores tratam a linguagem plana ou literal de uma regra como conclusiva e, portanto, evitam acrescentar exceções no momento de sua aplicação e a suprimir a regra em nome da justiça, ou da equidade, ou da imparcialidade, ou da eficiência. Isso ocorre até mesmo em sistemas jurídicos altamente anti-formalistas como o Americano, e mesmo que advenham resultados pobres.⁴⁰⁸ Se é assim, seria um erro descrever a derrotabilidade das regras jurídicas como uma característica comum ou mesmo esmagadora das decisões tomadas pelos juizes e instituições que comumente chamamos de sistema jurídico. A não-derrotabilidade é, portanto, possível, e está espalhada por aí. (SCHAUER, 2012, p. 84-6).

A questão da derrotabilidade é, segundo Schauer, uma questão descritiva e prescritiva. Ela é um fenômeno observado em diversos sistemas jurídicos e pode ser eventualmente desejável em alguns sistemas

⁴⁰⁶ Segundo o autor, a revisibilidade pode ocorrer de dois modos: pelo próprio indivíduo ou instituição que originalmente criou a regra, que executa a alteração por meio de emenda, revogação, derrogação, qualificação do ato normativo repellido; ou, como usualmente ocorre no sistema da *common law*, pelo oficial encarregado de proferir a decisão. Estes casos podem ser considerados espécies de derrotabilidade, porém não oferecem maior interesse. este tipo de derrotabilidade é bem característica de regras com “formulação canônica”. Quando não há esta formulação canônica, seja porque a regra é vaga, seja porque é uma regra da *common law* cuja revisibilidade é entendida, a questão interessante da derrotabilidade não aparece.

⁴⁰⁷ Schauer extrai esta conclusão a partir do caso fictício dos Exploradores de Caverna, apresentado por Fuller. O juiz Foster, que representaria o alter ego de Fuller, defende uma posição que é muito próxima da ideia de derrotabilidade, sustentando que a regra simplesmente não deveria ser aplicada no caso.

⁴⁰⁸ O autor cita diversos exemplos, entre eles o caso *Tennessee Valley v. Hill*.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

jurídicos em determinado período. Contudo, é lógica e conceitualmente possível para as regras serem interpretadas e aplicadas segundo seu sentido literal. O autor conclui que “a derrotabilidade está longe de ser uma propriedade essencial do Direito” (SCHAUER, 2012, p. 88).

Do que foi dito até aqui, parece evidente que a visão acerca da essencialidade ou não da derrotabilidade das regras está intimamente ligada à concepção de Direito de cada autor. Seria, contudo, uma conclusão apressada afirmar que todos os positivistas endossariam a tese de Schauer.

Hart, como visto supra, considera que a derrotabilidade é uma propriedade de todas as regras jurídicas, não obstante não endosse uma tese radical acerca da discricionariedade.

Em “The Jurisprudence of the Skepticism” (1988), Richard Posner analisa a questão das exceções das regras diante da doutrina do realismo jurídico americano, afirmando que os juízes sempre podem criar exceções *ad hoc* ao tomarem suas decisões, mas que isso, contudo, não significa que não existam regras, tampouco que a discricionariedade é absoluta. Posner expressamente endossa a explicação de Hart apresentada em *O Conceito de Direito*, retomando o exemplo da promessa, transcrito na Seção 2 deste artigo.

Neil MacCormick, em “Defeasibility in Law and Logic” (1995), sustenta que a derrotabilidade decorre da pragmática do processo judicial. Sempre pode ser apresentado uma exceção que derrotará o raciocínio jurídico em um caso de em que se pleiteia ou se usufrui direitos. Segundo o autor:

O ‘direito’ (*right*) é, afinal, um objeto teórico, um fato institucional. Tais fatos existem apenas onde haja satisfação perfeita e não-derrotada de todas as condições (tanto implícitas quanto explícitas) efetivamente exigidas num dado caso. O que pode ser derrotado é a atribuição de um direito, ou a afirmação de um pleito a alguém (...), situação em que não há nenhum direito em absoluto, e não um direito derrotado. Portanto, não é o conceito que é derrotado, mas alguma afirmação das condições para a concretização do conceito em dados casos, ou alguma afirmação, atribuição ou pleito baseado num certo entendimento de tais condições. (MACCORMICK, 1995, p. 102)

Richard Tur, em “Defeasibility and Adjudication” (2012), faz uma afirmação prescritiva, considerando que a derrotabilidade tem grande apelo normativo e é recomendável que os juízes a adotem com mais frequência e abertamente. Segundo ele, uma visão altamente legalista do processo judicial seria imprecisa descritivamente e não atrativa de um

ponto de vista normativo. O autor endossa a solução de Hart para o debate formalismo v. ceticismo, expressa na afirmação que “uma regra termina com a expressão ‘a menos que’... ainda é uma regra”. Tur considera que “o Direito pode ser melhor compreendido como proposições condicionais normativas abertas e derrotáveis”.

Em contraponto à tese de Schauer, ele afirma:

Dado que nenhuma regra pode exaustivamente determinar as condições de sua própria aplicação, não parece ser necessário conceder que a derrotabilidade não é analiticamente uma característica das regras. Ademais, seja qual for o antônimo de "derrotável", digamos "não-derrotável", tampouco é uma característica conceitual necessária dos sistemas jurídicos (...). (TUR, 2012, p. 376)

Em ensaio anterior, “Defeasibilism” (2001), Tur afirmou ser possível que a derrotabilidade seja da essência do Direito e dos sistemas jurídicos e não meramente uma característica acidental de algumas leis em alguns sistemas. Se isto é assim, ele conclui, parece seguir-se que “aquelas teorias do Direito que expressam ou implicam encerramento fazem um estrago/dano conceitual ao assunto em questão”. O autor defende uma tese substantiva segundo a qual a derrotabilidade não é apenas desejável ou útil, mas é um componente essencial de um sistema jurídico que funciona bem e que não é defeituoso.⁴⁰⁹

Considerações Finais

A introdução da noção de derrotabilidade no cenário da Filosofia do Direito tem efeitos teóricos, pois torna evidente que os modos de raciocínio jurídicos disponíveis aos juristas podem ser agrupados em dois principais: um modo formalista, que prega que os intérpretes se restrinjam ao sentido literal e *prima facie* dos padrões jurídicos, e, de outro lado, um modo anti-formalista, que indaga pelas razões que subjazem a estas normas.

A relativa indeterminação do Direito caracterizada pela suscetibilidade às exceções não é uma característica negativa ou um defeito dos conceitos, regras ou proposições jurídicas. Além de fornecer regras claras de conduta a serem seguidas pelos indivíduos, o Direito deve deixar algum espaço para que determinados casos possam ser apreciados no seu tempo

⁴⁰⁹ Tur se aproxima aqui da ideia de rule of law de Fuller.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

adequado, segundo novas circunstâncias que possam vir a surgir e que não poderiam ter sido previstas pelo legislador, atendendo, assim, a novos propósitos que venham a ser matizados.

Cada sistema jurídico adota uma postura diante de duas necessidades sociais distintas que são, de um lado, a segurança jurídica e, de outro, uma postura mais flexível, que admite a derrotabilidade das regras diante dos chamados casos difíceis, com vistas a permitir a melhor adequação de uma regra geral a um caso particular, mais atenta às circunstâncias que venham a ser matizadas. Segundo Hart, em alguns sistemas jurídicos é comum haver uma preferência pela certeza e segurança jurídica, ainda que com sacrifício aos objetivos sociais cuja concretude depende de atenção às singularidades de cada caso, enquanto em outros sistemas jurídicos, ou em épocas distintas, parece que uma parcela muito grande do que é o Direito é tratado como passível de revisão.

Referências

CARPENTIER, M. *Norme et exception: Essai sur la défasibilité em droit*. 2013. 624 f. Tese doutoral - Universidade Paris I – Pantheon Sorbonne, Paris.

CHIASSONI, P. La defetibilità nel diritto. *Materiali per une storia della cultura giuridica*, 38/2, pp. 471-506.

FULLER, L. *The Morality of Law*. Rev. Ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

HART, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*. Great Britain, New Series, v. 49, p. 171-1941, 1948-1949.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Clarendon Law Series. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press. 2013.

HART, H. L. A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, p. 123-144.

MACCORMICK, N. Defeasibility in Law and Logic. In: Bankowski, Z. et al.. *Informatics and The Foundations of Legal Reasoning*. Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 99-117.

POSNER, R. The Jurisprudence of the Skepticism. *Michigan Law Review*, v. 86, p.834-835, 1988.

ROSS, W. D. *The Right and the Good*, Oxford, Oxford: Oxford University Press, 1930.

ROSS, W. D. *Foundations of Ethics*, Oxford: Oxford Clarendon Press, 1939.

SARTOR, G. Defeasibility in Legal Reasoning, *EUI Working Papers*, 2009.

SCHAUER, F. Is defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, F.; RATTI, G. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, p. 77-88.

SCHAUER, F. On the supposed defeasibility of legal rules. *Oxford Journals. Current Legal Problems*, v. 51/1, p. 223-240, 1998.

SEARLE, J. Prima Facie Obligations. In: RAZ, J. *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

TUR, R. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 21, No. 2, p. 355-368, 2001.

TUR, R. Defeasibilism and Adjudication. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, p. 362-376.

NOTAS SOBRE AS PERSPECTIVAS DA TEORIA DO DIREITO NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE AS EPISTEMOLOGIAS ENVOLVIDAS

Jaci Rene Costa Garcia*

Sumário: Introdução. 1. A insuficiência da Teoria do Direito tradicional em face dos desafios impostos pelas múltiplas fontes normativas 2. Notas sobre o Empirismo: a possibilidade de construção de um novo instrumental teórico. 3. O conceito de ceticismo e a sua apropriação na perspectiva da Teoria dos Jogos: as interações, as expectativas e as estratégias. 4. Notas acerca do acolhimento da Teoria dos Jogos pelo Direito. Conclusão. Referências.

Introdução

Dentro do tema teoria do direito e desafios presentes na contemporaneidade, pretende-se apresentar uma perspectiva válida sobre a fragilização da teoria do direito em face das múltiplas formas de manifestação do poder normativo presentes num mundo globalizado, materializados ao longo da pesquisa na aproximação de mercados e na regulação que – invariavelmente – leva a reboque o poder normativo do direito enquanto concebido como produto exclusivo do Estado. Por certo, a transnacionalização dos mercados, apropriados das novas tecnologias de informação, subverteu as noções de tempo e espaço e passaram a evidenciar um exaurimento dos modelos teóricos e analíticos e dos pressupostos epistemológicos do direito, constatação colhida do cenário contemporâneo e que se presta a apontar o rumo da investigação sobre novas perspectivas para a teoria do direito na atualidade.

No contexto da pesquisa, identificando-se a aproximação radical do mundo com a interconexão de mercados na era eletrônica e com as novas noções de espaço e tempo, o problema ganha forma na investigação da possibilidade de uma epistemologia orientar o direito a produzir diagnósticos e prognósticos adequados num mundo cada vez mais complexo. Um problema difícil de levar a cabo num artigo, não significa que, ao menos provisoriamente, não seja possível apontar algumas perspectivas minimamente críveis.

* Doutorando em Direito pela UNISINOS, Mestre em Filosofia pela UFSM, Advogado, garcia@garcias.com.br. Vinculado ao Grupo de Pesquisa Fundamentação Ética dos Direitos Humanos/Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização do PPG em Direito da UNISINOS e vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio/Linha de Pesquisa Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização do Curso de Direito da UNIFRA.

A hipótese é a de que uma epistemologia que rompa com a tradição da filosofia racionalista possa lançar novas luzes à teoria do direito num contexto de uma produção normativa plural e de poderes (econômicos, principalmente) que se apresentam como fontes de produção de normas *pari passu* com o Estado nacional, fato este que tem gerado uma sensação de mal estar para o direito e os juristas formados numa tradição de segurança típica da *civil law*.

Tendo como objetivo geral identificar os pressupostos necessários a uma nova teoria do direito e o modelo epistemológico mais adequado ao direito na atualidade, prospecta-se o trabalho com a seguinte divisão: [i] apresentar o contexto que demonstra a insuficiência da teoria do direito tradicional fruto da herança epistemológica racionalista que está na base da formação do pensamento jurídico brasileiro; [ii] investigar o interesse do pesquisador brasileiro em epistemologias não dominantes no Brasil (empirismo e pragmatismo); [iii] identificar os pressupostos necessários a uma epistemologia que permita a produção de respostas mais adequadas; [iv] analisar o instrumental da teoria dos jogos e a relação com o direito.

1. A Insuficiência da Teoria do Direito Tradicional em Face dos Desafios Impostos pelas Múltiplas Fontes Normativas

A constatação presente no título poderia tornar a investigação teórica superada já no seu nascedouro, salvando-se, e desde já se anuncia, pela tentativa de manter uma filosofia de base numa investigação que quer recuperar o *status* científico (ao menos não deveria prescindir) quando da realização de análises mais adequadas da realidade normativa, esta cada vez mais intrincada em face de uma dupla contingência: [i] a multiplicidade de fontes e [ii] a ruptura paradigmática anunciada.

FARIA (1999) já adverte sobre a exaustão paradigmática do direito face ao choque das transformações do mundo sobre os pressupostos epistemológicos do direito⁴¹⁰, afetando diretamente métodos e procedimentos do sistema jurídico, situando a origem na questão da revolução econômica, quando aponta como causas: [i] transnacionalização dos mercados; [ii] subversão das noções de tempo e espaço materializados na queda das barreiras geográficas e redução das fronteiras burocráticas e jurídicas; [iii] revolução nos sistemas de produção afetando as relações

⁴¹⁰ Nas palavras do articulista: “Numa brevíssima ilustração, algo muito semelhante ao choque de um caminhão desgovernado numa parede de concreto”.

trabalhistas; [iv] novas formas de poder e influências autônomas; [v] investimentos privilegiados em ciência e tecnologia e informação.

A constatação de Faria que ora se acolhe é relevante para a pesquisa a medida que já apresenta uma relação entre direito e economia, ainda mais evidente quando diz que “o pensamento jurídico parece encontrar-se numa situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 20” (FARIA, 2009, p. 13), época em que os métodos e conceitos econômicos já não davam conta das análises dos quadros que se apresentavam, ou seja, a crise econômica escancarou uma crise à teoria econômica. Guardadas as proporções, à luz do pensamento de Faria é possível inferir que a multiplicidade normativa proveniente de múltiplas fontes nos espaços que se interpenetram também acaba revelando a crise na teoria do direito contemporâneo.

A preocupação de busca de um novo instrumental teórico aparece nas lições de Gico Jr. (2012) quando numa breve análise histórico-epistemológica aponta que após a segunda guerra mundial “a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do século XIX foi um retorno do direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo [...]” (GICO, 2012, p. 01). Constata, ainda, que houve um afastamento da Ciência Jurídica das Ciências Naturais e Sociais uma vez que teriam falhado em fornecer uma teoria do valor capaz de racionalizar as decisões jurídicas, ou seja, o encontro das razões últimas a sustentar racionalmente as decisões é um desejo irrealizável do pensamento metafísico ocidental.

Nessa linha argumentativa, identifica que a consequência desse afastamento legou um déficit, nas palavras

“[...] após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o séc. XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional.” (GICO, 2012, p. 01-02).

Embora numa perspectiva mais filosófica do que sociológica, o texto de Gico Jr. encontra Faria especialmente quando este afirma

[...] Nessa ordem sócio-econômica de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica [...] essas mudanças contribuem para a erosão do *monismo jurídico*, outro princípio básico constituído e consolidado em torno do Estado-nação, e abrem caminho para o advento de uma situação de efetivo pluralismo normativo [...] o que coloca para o pensamento jurídico problemas novos e de difícil enquadramento em seus conceitos, premissas e categorias convencionais. (FARIA, 2009, p. 15-16)

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Como tem sido recorrente a identificação da crise⁴¹¹ na teoria do direito, toma-se como bastante os argumentos apresentados para demonstrar a insuficiência do engano perpetrado por teorias que se distanciam tanto da realidade que, diante da inconstância e mutabilidade dos fenômenos, entraram definitivamente em declínio.

Inobstante a suficiência ou não dos argumentos, há que se demonstrar que desde muito a tentativa de dar conta de problemas sociais com a pretensão de definitividade e infalibilidade, encontra severa resistência que pode ser corroborada pelos caminhos “tropos” indicados pelos céticos para a suspensão do assentimento sobre qualquer verdade, transcrevendo-se as objeções de Agripa⁴¹² sobre a impossibilidade de uma razão última

“1º a discordância de opiniões; 2º o processo ao infinito em que se incide quando se quer aduzir uma prova, já que esta precisa de outra, e esta outra de mais uma, e assim por diante; 3º a relação entre o sujeito e o objeto, que leva à variação da aparência do objeto; 4º a hipótese, que é o recurso a uma assunção sem demonstração, portanto insustentável; 5º o dialeto, ou círculo vicioso, quando se assume como princípio de prova exatamente o que se deve provar”. (ABBAGNANO, 2012, p. 1163)

A título de exemplo, as objeções lógicas postas por Agripa ainda dialogam fortemente com teoria do direito na contemporaneidade, demonstrando, por exemplo, que a hipótese indemonstrada da norma hipotética fundamental kelseniana torna a teoria uma abstração, desconectada, desde o seu fundamento, a uma possibilidade de verdade de seus enunciados. Poder-se-ia, a partir de Agripa, tecer críticas à circularidade na teoria do direito de Ronald Dworkin, especificamente aos conceitos de coerência e integridade que procuram justificar o modelo.

Os exemplos servem ao desiderato de demonstrar que o conceito de ceticismo ainda é essencial a uma crítica abalizada aos modelos clássicos da teoria do direito, inferindo-se que a questão se redesenha nas implicações decorrentes de um novo mundo (sec XXI), mas não deixa de ser, numa perspectiva epistemológica, uma preocupação antiga. Adverte-

⁴¹¹ A perspectiva holística da sociedade também encontra ressonância em Castells que, ao refletir sobre o novo paradigma do modo de ser da sociedade a partir da tecnologia da informação, conclui que esta fornece a base material para a concepção de rede penetrar toda a estrutura social, definindo o novo modelo como “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura” (CASTELLS, 2000, p. 497).

⁴¹² A fonte de Abbagnano é a obra de Sexto Emprírico, filósofo grego que viveu entre os séculos I e II a.C., sendo um dos expoentes do ceticismo.

se, também, que a abordagem do ceticismo enquanto procedimento que suspende juízos será tratado no interior de uma epistemologia empirista⁴¹³, especialmente pelo trato mais producente do conceito e mais próximo do objetivo da pesquisa.

Tem-se que desde a origem do racionalismo em Descartes e, após, com o seu desenvolvimento na modernidade, em especial com o criticismo kantiano, tem-se como mote de tal filosofia a pretensão de – com argumentos – vencer a impossibilidade lógica de acesso ao mundo, questões que o empirista percebe numa outra perspectiva. Nesse sentido, justifica-se a retomada, inicialmente, do empirismo em David Hume para, na sequência, abordar elementos pragmáticos da teoria dos jogos, demonstrando, sem pretensões de exaustão, a contribuição dessas epistemologias ao intérprete do direito na contemporaneidade.

2. Notas sobre o Empirismo: a Possibilidade de Construção de um Novo Instrumental Teórico

O empirismo enquanto epistemologia é uma corrente do pensamento que carrega um grau de ceticismo e, concomitantemente, não abandona a possibilidade do conhecimento racional, embora se oponha de forma contundente ao dogmatismo metafísico inerente ao racionalismo, trazendo como características

“1) negação do caráter absoluto da verdade ou, ao menos, da verdade acessível ao homem; 2) reconhecimento de que toda a verdade pode e deve ser posta à prova, logo eventualmente modificada, corrigida ou abandonada. Portanto, o Empirismo não se opõe à razão ou não a nega, a não ser quando a razão pretende estabelecer verdades necessárias, que valham em absoluto, de tal forma que seria inútil e contraditório submetê-las à prova.” (ABBAGNANO, 2012, p. 377-378)

Trazer o empirismo à colação, por suas características, vem ao encontro do que Faria e Gico Jr. denunciavam, ou seja, face aos acontecimentos externos é tempo se se repensar métodos e conceitos a fim de compreender a complexidade emergente e, nesse sentido, pode ser um bom (re)começo testar uma mudança epistemológica que opere de forma produtiva com o ceticismo, com o estranhamento e a busca de soluções para uma realidade em transformação.

⁴¹³ O ceticismo como defendido na antiguidade por pensadores entre os séculos I a.C. a II d.C. caracterizou-se pela tese de que “[...] é impossível decidir sobre a verdade ou a falsidade de uma proposição qualquer”. (ABBAGNANO, 2012, p. 151) O conceito de ceticismo – na intensidade da proposta – não é o acolhido no presente trabalho.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Em se tratando de Filosofia do Direito, os dados sugerem que o empirismo é muito pouco explorado no Brasil, podendo-se trazer como amostragem os trabalhos publicados nos últimos três anos no maior evento da pós-graduação no Brasil, realizado duas vezes ao ano, sendo editados livros eletrônicos com resultados das pesquisas realizadas em todo o Brasil e não há referência ao estudo sobre o empirismo e o pragmatismo⁴¹⁴.

Para chegar à conclusão acima foram analisados 131 artigos apresentados nos anos de 2012 e 2013 nos eventos realizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito⁴¹⁵ (CONPEDI) e disponíveis para consulta nos livros eletrônicos na página do CONPEDI, nas cidades e respectivas datas que seguem: Uberlândia, MG, entre os dias 06 a 09 de junho de 2012 (consultados 38 artigos do grupo de Filosofia do Direito); Niterói, RJ, entre os dias 31 de outubro a 03 de novembro de 2012 (consultados 21 artigos do grupo de Filosofia do Direito); Curitiba, PR, entre os dias 29 de maio a 01 de junho de 2013 (consultados 24 artigos do grupo de Filosofia do Direito); São Paulo, SP, entre os dias 13 a 16 de novembro de 2013 (consultados 48 artigos do grupo de Filosofia do Direito). Identificou-se, ainda, a forte influência da filosofia kantiana nos trabalhos apresentados, em estudos que partem diretamente do filósofo, ou de autores confessadamente ligados a tradição kantiana, tais como Kelsen, Habermas, Appel e, entre os americanos, John Rawls e Ronald Dworkin. Também se encontram trabalhos ligados à análise do discurso, teoria da argumentação, existencialismo, idealismo alemão, filosofia medieval e, em nenhum momento, abre-se um espaço para o estudo mais sistematizado do pragmatismo e do empirismo.

Relembrar a filosofia empirista e trazer alguns conceitos dessa forma de perceber e descrever a realidade poderá fornecer alguns subsídios para enfrentar o problema da pesquisa, sendo apropriado trazer Hume à baila dada a contribuição com a máxima de que é impossível deduzir dever ser do ser e vice-versa:

⁴¹⁴ É lugar comum – mas importante que se registre – quando se fala de empirismo e de pragmatismo está se associando a epistemologias que nascem, respectivamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, sinalizando o porquê da sua baixa receptividade pelo jurista formado numa tradição romano-germânica com forte influxo da filosofia racionalista. Não se desconhece, também, as diversas perspectivas de análises e variações abrangidas pelos conceitos.

⁴¹⁵ Não há a utilização de um método rigoroso na escolha da amostra. A eleição de quatro edições presta-se, exclusivamente, como indicativo de que a tradição romano-germânica afastou o jurista/pesquisador das filosofias empíricas e pragmáticas, dada a herança das filosofias racionalistas e idealistas facilmente identificáveis na *civil law*.

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. (Hume, 2000, p. 509)

A passagem de juízos descritivos a prescritivos é denunciada pela denominada barreira lógica que aparece nos escritos de Hume retrolançados, apropriando-se Gico Jr. do que denomina de “Guilhotina de Hume” para inferir que os juristas, por não respeitarem tal enunciado lógico, “flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro” (GICO JR., 2012, p. 16), concluindo que respeitar tal distinção é importante para um praticante da Análise Econômica do Direito (AED), uma vez que separado os dois campos, parte-se da análise dos fatos (ser) para pensar soluções normativas (dever ser), passando-se a prospectar possíveis soluções e analisar o grau de eficiência em cada situação projetada.

Ao lado da concepção empirista, o pragmatismo⁴¹⁶, impregnado de ceticismo, desde a sua origem já apontava para a necessidade de “uma filosofia que não somente exercite os poderes de abstração intelectual, mas que estabeleça alguma conexão positiva com o mundo real de vidas humanas finitas” (JAMES, 2000, p. 33), entendendo o filósofo que o pragmatismo deveria se afastar da abstração e da insuficiência, das más razões *a priori*, dos princípios firmados, das verdades fabricadas. Na atualidade, com Posner (1995), numa perspectiva, a opção que se deve fazer é por uma noção de verdade não forte (ligado ao útil), limitada ao

⁴¹⁶ Esse termo foi introduzido na filosofia em 1898, por um relatório de W. James à Califórnia Union, em que ele se referia à doutrina exposta por Peirce num ensaio do ano de 1878, intitulado “Como tornar clara as nossas idéias”. Alguns anos mais tarde, Peirce declarava ter inventado o nome para a teoria segundo a qual “uma concepção, ou seja, o significado racional de uma palavra ou de outra expressão, consiste exclusivamente em seu alcance concebível sobre a conduta da vida” [...] Todavia, no mesmo artigo, Peirce declarava que, em face da extensão do significado de que o Pragmatismo fora alvo por obra de W. James e de F. C. S. Schiller, preferia o termo *pragmaticismo*, para indicar sua própria concepção, estritamente metodológica, do pragmatismo. (ABBAGNANO, 2012, p. 919-920). Como se pode inferir, se na origem o pragmatismo já comportava uma divisão, na contemporaneidade os estudos e as especificidades têm potencializado as possibilidades do modelo.

intelectualmente possível, entendendo que se vive numa época que não é necessário ficar correndo em busca de um argumento decisivo e fundante, e que é possível viver melhor no esforço de diálogo contínuo, ainda que, neste caso, tenha que se passar à luta retórica na sociedade (relações) e no direito.

Nesse caminho, a pragmática rompe com o mito da certeza, da segurança, de uma fé inabalável na verdade, abrindo-se um campo em que a comunicação passa a ser fundamental e as ações humanas são ações mediadas por símbolos e funcionalmente comunicativas.

Assim, lícito concluir que na base da AED encontra-se presente notas do empirismo e do pragmatismo, além da vinculação explícita à Teoria dos Jogos que será objeto de análise no ponto seguinte, em particular, para investigar a teoria que fornece bases para a AED, esta como uma teoria mais apta a responder aos novos problemas postos ao intérprete do direito.

A passagem pela filosofia de Hume e a identificação do conceito de ceticismo inerente ao modelo, prestou-se a demonstrar que uma razão pura ou um dogmatismo que se distancia da realidade não encontram supedâneo no Empirismo. Com isso, o conceito de ceticismo, numa prospecção filosófica, tão caro ao empirismo e presente no pragmatismo, será importante na elaboração da teoria dos jogos, em especial porque o binômio confiança/desconfiança serve de móbil a tomada de decisão e a escolha entre cooperar ou desertar que são questões centrais para esta última teoria.

3. O Conceito de Ceticismo e a sua Apropriação na Perspectiva da Teoria dos Jogos: as Interações, as Expectativas e as Estratégias

Dentro do contexto complexo das sociedades contemporâneas e buscando investigar uma teoria que forneça base a análises que partam da realidade, investiga-se a Teoria dos Jogos como modelo que permite, inclusive, a AED. Nesse ponto, a pesquisa avança buscando conceitos usuais da teoria dos jogos⁴¹⁷ para simplificar a compreensão do direito e, com uma nova base conceitual, contribuir para a redução de incertezas e

⁴¹⁷ Os textos mais elaborados e que primeiro serviram para aplicação na solução de um jogo remontam ao ano de 1838, quando o matemático Antoine Augustín Cournot (1881-1877) publicou o livro *Recherches sur les Principes Mathématiques de La Théorie des Richesses*. Mas apenas a partir de uma série de trabalhos publicados por John Von Neumann a partir de 1928 é que a teoria passou a se desenvolver nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Registra-se: apesar da importância de diversos nomes, a origem da teoria dos jogos está relacionada ao matemático (John Von Neumann -1903-1957). (FIANI, 2006, p. 34-39)

para formação de um pensar estratégico na tomada de decisão pelos atores.

Por definição um jogo são "situações que envolvam interações entre agentes racionais que se comportam estrategicamente podem ser analisadas formalmente como um jogo" (FIANI, 2006, p. 12), extraindo-se, imediatamente do conceito as expressões [a] interações, [b] agentes, [c] racionalidade, [d] comportamento estratégico e [e] modelo formal. Tal análise é possível pela apropriação do modelo matemático desenvolvido originalmente por Neumann e repercutido na observação de comportamentos econômicos na obra *Theory of Games and Economic Behavior* de Neumann e Morgenstern.

A aplicação de um método matemático⁴¹⁸ (mathematical method) à economia buscando resolver questões que os economistas de longa data tem se debatido referente à obtenção do máximo de vantagem nas relações que estabelecem, fez com que o estudo da teoria dos jogos se ampliasse e envolvesse discussões econômicas e sociais.

Neumann e Morgenstern ao analisar a teoria econômica expõem o problema no qual irão contribuir com o modelo dos jogos⁴¹⁹:

2.1 O Problema do comportamento racional: O assunto da teoria econômica é o mecanismo muito complicado de preços e produção, e do ganho e gastos dos rendimentos. No decorrer do desenvolvimento da economia descobriu-se, e é agora aceito universalmente, que uma abordagem a este grande problema é obtida pela análise do comportamento dos indivíduos que constituem a comunidade econômica. [...] Este problema tem sido apresentado tradicionalmente considerando que o consumidor deseja obter um máximo de utilidade ou satisfação e o empresário o máximo de lucros. (NEUMANN e MORGENSTERN, 1953, p. 8).

⁴¹⁸ A ideologia base da teoria dos jogos foi criada em 1928, pelo matemático John Von Neumann (1903 – 1957), com a publicação “Zur Theorie der Gesellschaftsspiele”. Num segundo momento, há um aprofundamento com a aliança de Neumann com o economista alemão Oskar Morgenstern (1902 – 1977), com a publicação do livro “*The Theory of Games and Economic Behavior*”, publicada em 1944. Agradeço a Biblioteca Central da Universidade Federal de Santa Maria que permitiu a possibilidade de consulta ao exemplar “*The Theory of Games and Economic Behavior*” – reimpressão de 1953.

⁴¹⁹ NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and Economic Behavior**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1953, p. 8, tradução nossa. “2.1 The Problem of Rational Behavior: The subject matter of economic theory is the very complicated mechanism of prices and production, and of the gaining and spending of incomes. In the course of the development of economics it has been found, and it is now wellnigh universally agreed, that an approach to this vast problem is gained by the analysis of the behavior of the individuals which constitute the economic community. (...) This problem has been stated traditionally by assuming that the consumer desires to obtain a maximum of utility or satisfaction and the entrepreneur a maximum of profits.”

Uma definição bastante satisfatória da teoria dos jogos pode ser colhida no início da obra de Morrow⁴²⁰:

[...] situações estratégicas são um subgrupo de situações sociais. Situações sociais envolvem a interação dos indivíduos; para estudar e compreender as situações sociais, precisamos de uma teoria que explique como as decisões dos indivíduos estão interligadas e como essas decisões resultam em respostas. A teoria dos jogos é essa teoria. (MORROW, 1994, p. 1).

Da forma que o problema tem sido abordado, a teoria dos jogos poderia dar conta uma vez que o jogo se encontra em todas as situações entre agentes racionais que adotando comportamento estratégico venham a interagir sob a égide de determinadas regras.

A teoria dos jogos também pode ser definida como a teoria do modelo matemático, que estuda a escolha das decisões sob condições de conflito. O elemento básico em um jogo é o conjunto de jogadores que dele participam, onde cada jogador tem um conjunto de regras, das quais se faz uma análise lógica na busca de uma estratégia, quando são traçados alguns objetivos prévios, com a intenção de obter vantagem e conseqüentemente, ter uma expectativa positiva atendida. Quando cada um dos jogadores escolhe sua estratégia, forma-se uma situação particular, onde se tem o espaço já determinado e escolhido pelos integrantes de um jogo.

Sendo assim, cada jogador tem o objetivo de chegar a um determinado “ponto”, seguindo um caminho eleito para que esse interesse seja, de fato, conquistado. Todos os jogadores trabalham num mesmo sentido, todos possuem um interesse em comum, o de obter algum tipo de vantagem em cada situação de jogo.

Quando tratam da estrutura da teoria dos jogos e pensam a solução na perspectiva de um processo de jogo, Neumann e Morgenstern⁴²¹ afirmam:

Primeiramente, devemos obter uma noção clara do que pode ser aceito como uma solução para este problema; ou seja, qual a

⁴²⁰ MORROW, James. D. **Game Theory for Political Scientists**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 1, tradução nossa. “[...] strategic situations are a subgroup of social situations. Social situations involve the interaction of individuals; to study and understand social situations, we need a theory that explains how individuals’ decisions are interrelated and how those decisions result in outcomes. Game theory is one such theory.”

⁴²¹ NEUMANN e MORGENSTERN, 1953, p. 31, tradução nossa. “First of all we must obtain a clear notion of what can be accepted as a solution of this problem; i.e., what the amount of information is which a solution must convey, and what we should expect regarding its formal structure.”

quantidade de informação que a solução deve transmitir, e o que devemos esperar quanto à sua estrutura formal. (NEUMANN e MORGENSTERN, 1953, p. 31).

Nesse contexto emerge a necessidade da estratégia. Observe-se que a teoria dos jogos não se debruça sobre todas as formas de jogos. Observa-se que os jogos se dividem em duas classes, jogos de azar, ou seja, aquele jogo que o resultado depende do acaso, ou seja, da “sorte”, e o jogo estratégico, que é o jogo que depende de uma tomada de decisão do jogador.

Ainda, observou-se que a tomada de decisão de um jogador, no jogo estratégico, exige a atenção aos atos dos demais jogadores. Assim delimitou-se a estratégia. A estratégia é o elemento primordial para o estudo da Teoria dos Jogos, uma vez que orientará os passos a serem tomados durante o jogo.

Nas palavras de Bêrni, [...] uma estratégia ou regra de decisão é a norma que especifica o caminho a ser seguido em qualquer situação possível. [...] como as ações têm restrições internas e externas, as próprias estratégias devem nascer condicionadas interna e externamente. (BÊRNI, 2004, p. 10)

Pode-se dizer que a teoria dos jogos é o estudo formal dos conflitos e da cooperação. Os conceitos teóricos do jogo aplicam-se sempre que as ações de diversos agentes são interdependentes. Estes agentes podem ser indivíduos, grupos, empresas, ou alguma combinação destes. Os conceitos da teoria dos jogos fornecem uma linguagem para formular, estruturar, analisar, e compreender cenários estratégicos.

Neste sentido posiciona-se Bêrni, quando compara um jogo de azar a um jogo de estratégia. Diz que “por contraste aos jogos de azar, os jogos de estratégia são mais interessantes sob alguns pontos de vista. Para entendermos esta proposição, pensemos no jogo de xadrez”. (BÊRNI, 2004, p. 13). Ressalta o autor, que o jogo deve ser compreendido como um campo de atos estratégicos, ou seja, o jogador A possui uma estratégia, mas o jogador B também. Dessa forma, “[...] devemos tentar compreender o ponto de vista do oponente, não subestimar seu grau de racionalidade e, supondo-o racional, tentar antever sua reação a nossa ação”. (BÊRNI, 2004, p. 13).

Um problema clássico que se apresenta e onde se aplica a teoria dos jogos é o conhecido dilema do prisioneiro, caracterizado na situação em que dois suspeitos, X e Y, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para a condenação, oferecendo a ambos o mesmo acordo (separando previamente os prisioneiros – criando ações não sequenciais em jogo de informação incompleta): se um dos prisioneiros, confessando,

testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: qual a melhor decisão estratégica?

A situação descrita exigirá duas posturas do jogador: poderá cooperar e não delatar o companheiro ou, num linguagem dos jogos, poderá desertar - trair o companheiro, percebendo-se que a decisão também envolve certo grau de confiança ou desconfiança, de ceticismo⁴²² quanto à ação do outro e a certeza última de que a nossa (re)ação é a mais adequada. O dilema acima envolve todos os elementos analiticamente extraídos do conceito de teoria dos jogos, quais sejam: um jogo que pode ser modelado em termos de possibilidades de escolhas, onde existem ações entre agentes racionais que estão co-implicadas e exigem um comportamento estratégico. A solução para o impasse encontra descrições tanto no equilíbrio de Nash quanto nas descrições do ótimo de Pareto, não sendo objeto de formulações no presente estudo, prestando-se o exemplo apenas para contextualizar a aplicação da teoria dos jogos nos processos decisórios.

4. Notas Acerca do Acolhimento da Teoria dos Jogos pelo Direito

Transpondo a reflexão para o seio da teoria jurídica, é possível assegurar que já há constatação da relação possível entre a teoria do direito e a teoria dos jogos, por Dennis Lloyd, em sua obra "A Idéia de Lei" (*The Idea of Law*), trazida à lume em 1964. Nessa obra, em tópico próprio, Lloyd ao discorrer sobre o "Pensamento Conceptual em Direito", investiga

⁴²² O próprio Kant adota um ceticismo que apanha de Hume e que denomina de crítico, afastando-se do ceticismo enquanto filosofia (tratada no rodapé 3). Quanto à suspensão (*Zurückhaltung*) dos juízos, Kant diz que consiste no propósito de não fazer que um juízo provisório se torne definitivo, ou seja, estar consciente da problematidade de um juízo. Também difere a intencionalidade no momento da suspensão: se ocorrer para que se procure os fundamentos de um juízo, o adiamento é crítico; se ocorrer para nunca julgar, será cético. Aqui se afasta do ceticismo enquanto filosofia, dizendo: "[...] o cético renuncia a todo o juízo, ao contrário do verdadeiro filósofo, que apenas suspende seu juízo enquanto não tem fundamentos bastantes para assentir a algo e considerá-lo verdadeiro." (KANT, 2003, p. 151). Embora referido para estabelecer a distinção, Kant não serve de epistemologia ao trabalho porque no desenvolvimento de sua filosofia, com o conceito de transcendental, permite sínteses a priori como condição do conhecimento e se afasta do que se defende ao longo do artigo.

se o direito é ou não uma espécie de jogo ou assume essa característica em determinadas circunstâncias.

"Sem dúvida, o direito, num sentido que nada tem de depreciativo, assemelha-se a uma espécie de jogo. A característica de um jogo é possuir um sistema de regras próprias que fornecem um quadro de referência e um significado final no âmbito desse quadro de referência. Qualquer jogo desse tipo emprega um certo número de conceitos ou noções gerais, que são convencionais no sentido de que seu significado e função foram arbitrariamente definidos pelas regras do jogo, mas que podem funcionar de maneira perfeitamente significativa dentro desse particular linguístico." (LLOYD, 1998, p. 364-365)

Veja-se, assim, que Dennis propunha mediante uma análise de conceitos que funcionam como convenções indicar a semelhança entre direito e jogo. Ou seja, o jogo é caracterizado por estabelecer regras claras aos jogadores e apresentar a finalidade que elas conduzem. Relacionando-se com o Direito, pode-se observar algo que as modernas teorias dos jogos apontam como crucial, o requisito chamado "Modelo Formal", por meio do qual é necessário saber exatamente as regras de funcionamento do jogo.

Dessa forma, apesar de não ir mais além, o direito evidencia um jogo por ser um sistema⁴²³ por meio do qual as regras (procedimentais) são pré-estabelecidas por códigos. Além disso, Dennis Lloyd atenta que o Direito, comparando-o com o xadrez, não é apenas um emaranhado de reações psicológicas ou resultado de comportamentos humanos, mas que também obedece a um sistema pré-estabelecido, na qual regras de consulta estão afixadas dentro de um sistema e que dentro dele se desenvolverá o jogo:

"Sabemos que o xadrez é um jogo e que as peças só funcionam no âmbito desse jogo. Isso não implica, entretanto, que os conceitos

⁴²³ A relação da teoria dos jogos com a teoria dos sistemas também não é nova. Ao tratar de uma teoria dos sistemas, importante registrar alguns fragmentos de um trabalho extenso de Bertalanff contribuindo para uma percepção sistêmica das ciências (anos 50/60 do séc. XX) e, ao tratar dos rumos da Teoria dos Sistemas relaciona com diversas teorias existentes, apontando que a "teoria dos jogos (von Neumann e Morgenstern, 1947) é um enfoque diferente mas pode ser classificado entre as ciências dos sistemas". (BERTALANFFY, 1975, p. 42) Bertalanff justifica a sua assertiva na racionalidade do jogo, onde os jogadores buscam um máximo de ganho e um mínimo de perda, caracterizando uma tensão e uma polarização no antagonismo das forças em atuação. Nesse sentido, constata-se que o desenvolvimento da matemática permitiria submeter à vontade livre (o problema central da Filosofia Prática) ao exame matemático, entendendo que a livre escolha dos indivíduos poderia ser descrita por formulações da teoria dos jogos e da decisão. (BERTALANFFY, 1975, p. 160)

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

do xadrez sejam, por conseguinte, superfluidades despidas de significado, de modo que o xadrez possa reduzir-se a nada mais do que duas pessoas sentadas defronte uma da outra e deslocando as peças de acordo com movimentos específicos. Pois o significado e a finalidade desses movimentos estão contidos no sistema de regras. O xadrez não pode ser reduzido a comportamento humano e reações psicológicas, e o sistema jurídico também não pode. Um, tal como o outro, é um sistema normativo dentro de cujo quadro de referência, embora possa ser lingüístico, o comportamento humano torna-se inteligível.” (LLOYD, 1998, p. 364-365)

Essa investigação de Lloyd, no entanto, não satisfaz inteiramente o direito enquanto jogo, uma vez que tem o direito como um sistema único, ou seja, não o fragmenta e identifica os subsistemas os quais há "jogos judiciais", apenas define o momento em que o Direito, como um todo, se aparece como jogo, procurando dizer que o direito é um jogo e ao mesmo tempo não o é, fórmula que, com o desenvolvimento do presente estudo, será complementada, pois tanto as teorias sobre os jogos evoluíram, assim como as do direito, em face do acompanhamento das mudanças sociais, o que resultará numa visão mais ampla e metódica do "jogo judicial".

Outro ponto importante a mencionar, é que essa busca pelo Direito implica na utilização, dentro dele próprio, de instrumentos indelévels à própria legitimidade da sua jurisdição. É dizer: o procedimento pelo qual as pessoas são submetidas não substituem a vontade própria de cada uma, pois se tratam, antes de tudo e qualquer coisa, de uma relação racional pela tomada de decisões que melhor impulsionem ao resultado almejado. Dessa forma, já é possível constatar a íntima relação, sendo revolucionariamente desvelada, entre o direito e a teoria dos jogos, pois ambos possuem características próprias, mas se aproximam quanto ao caráter estratégico e os elementos estruturantes que os envolvem.

Esse caráter dinâmico do direito, no sentido da interconstrução e interaplicabilidade, é, senão, um fenômeno antigo e que acompanha essencialmente o contexto pós-moderno das relações sociais. Isto porque com a complexidade destas, instrumentos pragmáticos e igualmente complexos vão sendo construídos. A peculiar circunstância, e aqui distinta de vários campos do conhecimento, é que, com a Teoria dos Jogos, chega-se ao momento de definir particularmente a forma pela qual o Direito sustenta a eficiência e a eficácia, ou procura sustentar, da resolução desses próprios litígios, mediante a inserção de conceitos instrumentais e ao mesmo tempo reformadores na estrutura das decisões, atuando com a consciência integral dos atos estratégico-decisórios.

Tal perspectiva é corolário da concepção defendida por Parsons de que “o direito é [...] um dos subsistemas sociais a que se dá função de integração social, assim como a tarefa de gerar e de exercer os meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema às regras de comportamento que devem ser seguidas.” (PARSONS, 1974, p. 31)

Num tempo em que o poder é fluido e não é monopólio estatal, cabe ao direito a sua própria reinvenção para, ao menos, enquanto detentor de regras processuais e procedimentais, indicar caminhos para que as decisões sejam adotadas com qualidade e com a rapidez necessárias ao atendimento das novas necessidades. As soluções deverão ser encontradas endogenamente (processo eletrônico, como exemplo já existente e em expansão) e exogenamente (alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos, tais como a arbitragem⁴²⁴ e a mediação⁴²⁵).

Assim sendo, embora a multiplicidade de fontes normativas nos Estados contemporâneos, como no caso do Brasil, destacados na citação de Faria (1999), forçoso concluir que a percepção sistêmica presente na teoria dos jogos permitirá a criação de novos procedimentos, contribuindo para a redução das complexidades, para uma maior clareza e auxiliar no tratamento das situações de um mundo globalizado e interpenetrado.

Conclusões Finais

O trabalho foi organizado a partir da constatação de que o direito necessita de um novo aparato teórico-metodológico capaz de suprir problemas decorrentes de um mundo que não se deixa modelar por teorias até então pensadas no Brasil, em especial, teorias que tratam de um poder normativo oriundo do Estado, completo e não conflitivo, encontrando-se uma realidade completamente diferente nas últimas décadas – com múltiplas fontes produtoras de normas – que se tornou ainda mais evidente na passagem de século.

O olho do furacão é o conceito de ceticismo, redefinido na filosofia empirista e remodelado numa concepção de teoria dos jogos. Ao longo do trabalho o conceito de ceticismo, não enquanto corrente

⁴²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Rezek e professor da USP defendem a arbitragem na solução de conflitos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178351>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

⁴²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra Ellen destaca métodos alternativos de solução de litígios. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

filosófica como referido em nota de rodapé 3, mas como condição para a suspensão de juízos e busca de novas respostas, atribui coesão ao trabalho, dado que é central para pôr em dúvida as teorias tradicionais do direito diante de novos contextos, tornando-se relevante ao empirismo, ao pragmatismo e à teoria dos jogos.

O modelo epistemológico apropriado ao direito na atualidade deve estar orientado à análise do contexto, identificando-se empirismo e o pragmatismo como epistemologias mais condizentes e mais prudentes na realização de diagnósticos de relações dadas na externalidade, uma vez que não partem de verdades dadas *a priori* e desconfiam, quando elevadas ao *status* científico, de relações estabelecidas como necessárias sem um correspondente empírico que demonstre a verdade do enunciado como conhecimento válido. Pressupostos filosóficos de tais epistemologias se demonstram úteis num mundo que se modifica e que exige constante atualização das teorias que pretendem descrever e permitir uma adequada intervenção na realidade.

No contexto do apanhado filosófico, demonstrou-se a insuficiência da teoria do direito, além da pesquisa na área da Filosofia do Direito no Brasil desconectado com modelos/epistemologias que permitem uma investigação mais científica da realidade, sugerindo-se, no arremate da pesquisa, a teoria dos jogos como uma teoria que dialoga com o direito (e a economia) e que aplica conceitos deriváveis das epistemologias estudadas. Ainda, como foi possível identificar notas do empirismo, do pragmatismo e da Teoria dos Jogos nos fundamentos da AED, sustenta-se que é uma teoria mais apta a responder aos novos problemas postos ao intérprete do direito na contemporaneidade.

Por derradeiro, considerando que a teoria dos jogos está na base da *Law and Economics*, provisoriamente, o trabalho contribui para a sustentação de que os problemas jurídicos possam vir a ser analisados com maior qualidade e eficiência a partir da utilização dos métodos e procedimentos da AED, necessitando a assertiva de maiores aprofundamentos em trabalhos futuros, bem como a problematização no campo da ética a partir de prováveis intercorrências advindas de uma aplicação irrestrita do modelo ao Direito num contexto complexo e multicultural.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BÊRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2004.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 2 ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Rio de Janeiro: Vozes, 1975.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Encontro Nacional do CONPEDI (21: 2012: Uberlândia, MG) Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: para cursos de administração e economia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF; coordenadores: José Fernando de Castro Farias, Enoque Feitosa Sobreira Filho, José Alcebíades Oliveira Jr. – Florianópolis : FUNJAB, 2012.

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Lafayette Pozzoli, Enoque Feitosa Sobreira Filho. – Florianópolis: FUNJAB, 2013.

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Lafayette Pozzoli, Enoque Feitosa Sobreira Filho, José Alcebíades de Oliveira Junior. – Florianópolis: FUNJAB, 2014.

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Willis Santiago Guerra Filho, João Maurício Leitão Adeodato, Alvaro de Azevedo Gonzaga. – Florianópolis: FUNJAB, 2014.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: Direito e Economia no Brasil/Luciano Benetti Timm, organizador. São Paulo: Atlas, 2012.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

KANT, Immanuel. *Manual dos Cursos de Lógica Geral*. Tradução: Fausto Castilho. 2ª ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003

LLOYD, Denis. *A Idéia de Lei*. 2ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORROW, James D. *Game Theory for Political Scientists*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and Economic Behavior*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1953.

PARSONS, Talcott. *O Sistema das Sociedades Modernas*. São Paulo: Editora Pioneira, 1974.

RICHARD, Posner. *Overcoming Law*. England: Harvard University Press, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministro Rezek e professor da USP defendem a arbitragem na solução de conflitos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178351>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministra Ellen destaca métodos alternativos de solução de litígios*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

WILLIAN, James. *Pragmatism and other essays*. Washing Square Press, New York, 2000.

PARTE III

Antropologia Jurídica e História do Direito

O MONOPÓLIO ESTATAL DO DIREITO: UM MITO DA MODERNIDADE

Alfredo de J. Flores *

Sumário: Introdução. 1. Pluralidade de poder político e pluralismo jurídico no Antigo Regime. 1.1. A pluralidade de poder político existente no Antigo Regime. 1.2. O pluralismo jurídico em suas variadas concepções. 2. Conceito e características do monopólio estatal do Direito. 2.1. O monopólio das fontes no modelo do Estado liberal europeu. 2.1.1. As abordagens teóricas do fenômeno no séc. XIX. 2.1.2 A consolidação do Estado de Direito. 2.2. Os dilemas do Estado social. 3. A pluralidade de ordenamentos em questão. Considerações finais. Referências.

Introdução

O reconhecimento de que o Estado atua sensivelmente sobre as relações sociais faz com que se considere o assim chamado “monopólio estatal do Direito” como um fenômeno que está conectado à ideia atual de Estado. Sinteticamente, seria a concepção de que toda experiência jurídica do homem hodierno deve adequar-se à realidade e domínio do Estado contemporâneo. Com tal premissa, busca-se revisar o processo histórico de consolidação do Estado burocrático a partir de determinadas características que a experiência política do Antigo Regime pautou, mas que em seu tempo não havia afirmado categoricamente. Assim, o vínculo entre o monopólio estatal e o discurso codificatório consolidado nas Revoluções liberais explica em grande parte a caracterização ⁴²⁶ do Estado atual.

Para tanto, inicialmente se fará uma abordagem a respeito da conceitualização, indicando assim alguns elementos para a caracterização

* Doutor em Direito e Filosofia pela *Universitat de València* (Espanha). Professor Adjunto de Metodologia Jurídica (Faculdade de Direito, UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UFRGS). Sócio do *Instituto de Filosofia e Ciência do Direito* – ‘Lex et ius’ (Porto Alegre). Sócio-aderente da *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD).

⁴²⁶ Nesse sentido, Tarello identifica o processo de codificação (e, consequentemente, de constitucionalização) do Direito no séc. XVIII com a tecnicização da ciência jurídica: “Punto de partenza necessario per chiarire il processo di tecnicizzazione della scienza giuridica e delle attività professionali dei giuristi è la codificazione. Infatti uno dei piú chiari esempi di concezione tecnica delle attività degli operatori giuridici professionali è la concezione secundo cui questi operatori adempiono alle funzioni loro istituzionalmente affidate attraverso l’impiego tecnico di una scienza che elabora un oggetto ad essa precostituito ed esterno; e, tra gli oggetti precostituiti alla scienza giuridica, quelli cui piú sovente si è pensato, lungo tutto il corso dell’Ottocento, nell’Europa continentale, è un corpo di leggi organizzate; cioè quello che si chiama un codice” (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 18).

do monopólio estatal do Direito. Partindo de tais fundamentos, far-se-á uma breve análise histórica do fenômeno dentro do contexto do Antigo Regime, de maneira especial no intuito de se explicar o modo de consolidação deste poder estatal que se manifesta por meio de um monopólio sobre as fontes jurídicas, com o intuito de se poder visualizar a manifestação deste fenômeno em sua plenitude, a partir do Estado de Direito afirmado pelas Revoluções liberais. Com isso, delineia-se uma visão mais apurada do Estado moderno e de sua relação com a sociedade civil, no sentido de que são apresentados desde o imaginário liberal como antagônicos. Logo, o Estado concentra poder controlando fontes jurídicas – daí o monopólio estatal⁴²⁷ do Direito; contudo, tal fenômeno, como construção do Iluminismo e imposição do imaginário liberal vitorioso, é na verdade a consolidação⁴²⁸ de um mito moderno, de que a razão poderia transformar o mundo social de um modo cabal.

A exposição desse raciocínio se dará da seguinte maneira: de início, invoca-se (1) o cenário pluridimensional dos poderes no Antigo Regime, em que o papel centralizador do Rei se converte no protótipo do Estado moderno, de modo especial quanto à concentração de poder em suas mãos, tendo reverberação na estrutura burocrática vinculada a seu poder. Esse caráter multidimensional da Política e do Direito nesse período se materializa tanto na pluralidade de poder político (1.1) quanto num efetivo pluralismo jurídico (1.2) que possui reminiscências da experiência jurídica medieval.

Na sequência do raciocínio, será preciso averiguar o modo com que a manifestação do monopólio estatal do Direito (2) se converterá no corolário desse processo histórico, isso mediante uma reordenação do papel do Estado desde o ideário liberal (2.1), com a posterior modificação por necessidades sociais (2.2).

Dentro deste contexto, dá-se a afirmação da pluralidade de ordenamentos jurídicos (3), o que viria a representar a superação do pensamento legalista, como também o retorno à percepção da multiplicidade de

⁴²⁷ Recorda Chabod que a identificação do Estado como um fenômeno moderno é algo que mais dificilmente se atribuiu desde o Renascimento – assim, comenta a respeito das qualificações comuns dadas ao Estado nesse contexto do início da Idade Moderna: “ahora bien, a mí no me parece posible dar, ni a la idea de nación ni a la idea de patria, un lugar semejante en la historia europea del siglo XVI. Sería un grosero anacronismo. Ante todo, no podría ser éste un elemento de valor general para evaluar la andadura histórica en su conjunto, no podría ser una medida común de juicio” (CHABOD, *Escritos sobre el Renacimiento*, p. 523).

⁴²⁸ Quanto aos mitos modernos, Grossi explica que, como meta-realidade, é uma entidade meta-histórica e, por isso, torna-se absoluta, como objeto mais de crença que de conhecimento (GROSSI, *Mitologias jurídicas da Modernidade*, p. 58). É nesse sentido que falamos de um “monopólio estatal do Direito”.

dimensões do fenômeno político, no sentido de definir um parâmetro para a experiência jurídica contemporânea que não se restrinja ao pensamento do Positivismo jurídico ou de correntes análogas.

1. Pluralidade de poder político e pluralismo jurídico no Antigo Regime

A percepção atual do pluridimensionalismo existente no plano de divisão de poderes durante o Antigo Regime europeu é o resultado de uma renovada e isenta leitura do passado que a historiografia dos últimos decênios do séc. XX construiu, em detrimento de um discurso consolidado durante todo o séc. XIX e boa parte do séc. XX a partir dos dogmas do Positivismo jurídico. Nesse sentido, afirma António M. Hespanha⁴²⁹ que toda literatura a respeito do Antigo Regime anterior ao século XX está comprometida politicamente, como um movimento de contestação ao pluralismo político em nome do estatalismo emergente.

Por essa razão, em texto introdutório em obra coletiva, Hespanha chegou a afirmar que “por muito que uma historiografia retrospectiva o encubra, o ordenamento jurídico pré-oitocentista era essencialmente pluralista”⁴³⁰. Agora, é preciso situar o pluridimensionalismo tanto no plano político como no jurídico-normativo, o que se buscará visualizar em seguida.

1.1 A pluralidade de poder político existente no Antigo Regime

A multiplicidade de poderes se justificava pelo contexto socioeconômico de fundo feudal ainda vigente no Antigo Regime. De fato, o chefe da casa era o titular de poderes de direção sobre agentes produtivos na sua acepção de consanguíneos (poderes que a teoria da época designava por poderes econômicos, mas que hoje designaríamos de políticos). Com isso, traços da estrutura do poder são mantidos na sociedade europeia com ganhos em outras dimensões até chegar à dimensão territorial.

De um modo mais específico, Hespanha identifica⁴³¹ como traços estruturais desse período: a) o caráter globalizante do poder, em que o

⁴²⁹ Assim, aponta Hespanha que houve um esforço de legitimação do novo regime social e político, o qual vai desfigurar a leitura que se tinha a respeito do Antigo Regime ou então integrar visões sociais de intenção programática, utilizando a história como meio para política (HESPANHA, **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**, p. 25).

⁴³⁰ Na Introdução da coletânea (HESPANHA, **Justiça e litigiosidade**, p. 13), de título “Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma”.

⁴³¹ HESPANHA, **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**, p. 34-35.

titular do poder era inicialmente o chefe da família e seu poder alargou-se a espaços sucessivamente mais vastos, sendo que no século XVIII surge a pretensão de regular o conjunto da vida social; b) a dispersão do poder por uma multiplicidade de células sociais – um pluralismo, autônomo em relação ao poder da Coroa. Disso resultou a não-distinção entre Estado e sociedade civil, onde os traços estruturais do sistema político e institucional são pré-revolucionários. Tais elementos foram vistos como viciosos por parte do imaginário liberal, o que explica as revoluções e seus sucedâneos, a codificação, como um garante do monopólio estatal do Direito, e a constitucionalização.

O autor português chega a comentar que, durante o Antigo Regime, a lei era fonte minoritária⁴³² dentro do direito tido por oficial, uma vez que o direito “oficial” aplicado nos tribunais era predominantemente doutrinário e a lei tinha uso restrito, como meio para adaptar o direito doutrinário. E, em segundo lugar, o direito escrito e erudito que englobava a lei também era minoritário, isso levando em conta a tese de Hespanha de que a experiência jurídica da época, falando em experiência ante a lei e os tribunais, seria privilégio de alguns poucos, uma vez que a maioria não-alfabetizada se pautava⁴³³ por padrões de conduta, como no Portugal do séc. XVII.

1.2 O pluralismo jurídico em suas variadas concepções

A materialidade desse pluralismo de poderes no Antigo Regime no fundo viria a ser acompanhada por uma percepção teórica de que o processo de concentração de poder que estava em voga por parte dos “príncipes” (considerando assim os soberanos monárquicos) haveria de ser uma real transformação da própria experiência política e jurídica da época.

Surge então a questão do aparelho conceitual que serviria para explicar tal cenário e que poderia ter condições de identificar as experiências posteriores. Para tanto, pode-se ter por base a fundamentação de Norbert Rouland, o qual aponta, em sua explanação a respeito do pluralismo jurídico em sua obra *Nos confins do direito*, que o mencionado fenômeno pode apresentar duas versões⁴³⁴: a primeira, que o autor enten-

⁴³² HESPANHA, **Justiça e litigiosidade**, p. 13-14. O autor afirma ainda que, “em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenômeno minoritário, era também um fenômeno subordinado” (p. 14).

⁴³³ HESPANHA, **Justiça e litigiosidade**, p. 15.

⁴³⁴ ROULAND, **Nos confins do direito**, p. 158: “Existem em nossa sociedade muitas outras manifestações de pluralismo jurídico, voltaremos a elas. Tentemos brevemente definir o

de mais fraca, que é consolidada na sociedade a partir de mecanismos jurídicos distintos aplicáveis a casos idênticos; a segunda, mais forte, em que os grupos sociais veem o cruzamento de múltiplas ordens jurídicas. Essa percepção que Rouland aponta, recordando após no mesmo texto ⁴³⁵ como sendo típico das experiências romana e medieval, na verdade foi também defendida durante o séc. XX por vários autores, como M. Hauriou e G. Gurvitch, ainda que desde outras razões.

Mas, voltando a Rouland, seria relevante recordar as consequências desta distinção. A versão fraca de pluralismo resulta em vantagem ao direito estatal, em que se fala de uma autonomia tolerada, que é tutelada pelo direito estatal – por isso, Rouland entende que seria mais uma pluralidade de mecanismos jurídicos que um pluralismo jurídico com múltiplas ordens jurídicas. Em vista disso, a versão forte redundava em choques em razão da existência da multiplicidade ⁴³⁶ de ordens. Como explicar, então, a realidade sociológica de múltiplas fontes jurídicas em que se desenha o cenário da atualidade? Na opinião de Rouland, haveria uma razão essencial para essas estratégias de leitura das fontes. É que, como fala ⁴³⁷ o autor, “o monismo jurídico oferece vantagens e autoriza o repouso das certezas”, enquanto que “o pluralismo, em sua versão forte, abre-nos as portas de um universo vertiginoso, povoado de galáxias jurídicas que se afastam umas das outras ou, ao contrário, se atraem, misturando às vezes seus braços”.

Nesse caso, Rouland recorda o cenário do Antigo Regime do Estado monárquico em que se apresentava uma hierarquia articulada nos corpos intermediários, o qual haveria de ser contraposto pelas revoluções liberais. Com a ascensão do pensamento iluminista, surge assim a imagem de um Estado que se torna o instituidor do social ⁴³⁸ em razão da supres-

conceito. Em sua versão fraca, este alude à existência no seio de determinada sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes que se aplicam a situações idênticas. Por exemplo, o contrato comercial, em que o comerciante vende mercadorias segundo regras diferentes (mais maleáveis) que o resto dos cidadãos. Em sua versão forte, que tem minha preferência, inspira-se na ideia de que os diferentes grupos sociais vêem cruzar-se em seu seio múltiplas ordens jurídicas: o direito estatal, mas também aquele produzido por outros grupos, direitos que podem coincidir ou divergir. Por exemplo, o trabalhador imigrante é submetido em seu trabalho ao regulamento interno da empresa que o emprega; utiliza o direito estatal segundo o qual funciona a Previdência Social, cujos diversos benefícios ele recebe; ele os redistribui no interior de sua família segundo critérios consuetudinários que não são os do direito francês (condição da - ou das - mulher(es), principalmente)”.

⁴³⁵ ROULAND, *Nos confins do direito*, p. 178-182.

⁴³⁶ ROULAND, *Nos confins do direito*, p. 158-159.

⁴³⁷ ROULAND, *Nos confins do direito*, p. 159.

⁴³⁸ Por isso dizia Rouland: “Os filhos das Luzes pretendiam fazer do Estado o instituidor do social. Acabaram-se corpos intermediários, cuja abolição sistemática é empreendida muito

são dos corpos intermediários. Mas qual foi o custo disso? Rouland responde: a laicização do direito e da sociedade; o Estado como princípio da sociedade; a subtração dos indivíduos da rede dos grupos intermediários.

Assim, conceitualmente, pode-se perceber no pluralismo jurídico em sentido forte ⁴³⁹ a solução para a problemática do Estado de Direito, uma vez que demonstraria que o Estado não possui o monopólio da produção jurídica oficial e se encontra limitado juridicamente pela própria sociedade. O Estado de Direito só pode ser entendido ao presumir o convívio de sistemas distintos e a interação entre estes sistemas, em que tais sistemas são próprios de subgrupos sociais.

Então surge a questão: o que poderia explicar, a julgar por esse esquema conceitual apresentado e pela plural materialidade de fontes desde a Antiguidade até o Antigo Regime, a radical transformação feita por meio das revoluções liberais nesse âmbito? Parece que seria o “monopólio estatal do Direito” a pedra de toque da questão.

2. Conceito e características do monopólio estatal do Direito

O monopólio estatal do Direito é a concentração, no Estado moderno, de todo poder (seja por via direta ou autorizada) de criação de instituições jurídicas ⁴⁴⁰. Por isso, dentro da questão da natureza do Estado, encontra-se a necessária indagação a respeito da produção do Direito. Daí a discussão atual que discute se o poder do Estado deve ser reduzido ou expandido, o que configura a crise ⁴⁴¹ do Estado moderno.

depressa; laicização do direito e da sociedade; o Estado pretende produzir sozinho a coesão de uma sociedade, que ele almeja fazer de indivíduos subtraídos à rede cerrada dos grupos. Quanto às garantias de seus direitos, as declarações se encarregarão delas” (ROULAND, **Nos confins do direito**, p. 162-163).

⁴³⁹ Assim, assevera Rouland que “portanto, o pluralismo jurídico permite superar a problemática do Estado de direito ao afirmar que o Estado não tem o monopólio da produção do direito oficial. Para o antropólogo, a limitação jurídica do Estado não pode ser oriunda do próprio Estado, por intermédio de um direito cujo domínio ele conserva de todos os modos. No plano interno, ela vem mesmo da sociedade, da qual se deve reconhecer que produz sistemas de direito. Pois, se o direito estatal é o único a existir, o Estado de direito não passa de uma ilusão. Porém, mais ainda do que a constatação da pluralidade das ordens jurídicas, conta a da interação delas: essas ordens não são mônadas. Elas se enredam no funcionamento concreto dos diversos sistemas de regulação” (ROULAND, **Nos confins do direito**, p. 174).

⁴⁴⁰ Parece que a identificação dos elementos “modernos” do Estado se manifesta de modo mais claro mediante a concentração de poder – de origem no poder régio que, como um dos princípios políticos que se colocam fora do âmbito da universalidade do poder (âmbito esse que se visualiza na Idade Média entre o Papado e o Sacro Império), sendo tratado como poder particular, vai reunindo forças desde o Medievo contra as citadas instâncias até se tornar a força principal depois (CLAVERO, **Historia del Derecho**, cap. 2).

⁴⁴¹ A respeito da crise do Estado atual e propostas pautadas em valores – DI LORENZO, **Teoria do Estado de solidariedade**.

2.1 *O monopólio das fontes no modelo do Estado liberal europeu*

Assim, Natalino Irti chega a afirmar⁴⁴² que a visão de Estado, na época da ascensão da classe burguesa da indústria e do comércio, era a de que o Estado estava a serviço de particulares. A sociedade burguesa se desenvolvia fora do âmbito estatal, pois os vínculos econômicos e familiares tinham a capacidade de autorregular-se com base num direito originário e difuso que precede ou substitui as leis do Estado.

Em outros termos, há uma contraposição entre a economia, símbolo da sociedade civil, e a política, símbolo do Estado, levando ao dualismo entre Direito público e privado. Ou, falando agora segundo os parâmetros do discurso, a distinção entre esses âmbitos, o público e o privado, corresponde à diferenciação entre a mentalidade economicista que se manifestou na modernização tecnocrática desde a 1ª Revolução industrial e o imaginário da Modernidade política, como atesta Jesús Bal-lersteros⁴⁴³.

2.1.1 *As abordagens teóricas do fenômeno no séc. XIX*

No que se refere à possibilidade de fazer-se uma análise do fenômeno “monopólio estatal do Direito”, identificando aí o seu objeto, é preciso distinguir dos planos discursivos que se consolidaram no decorrer do séc. XIX como fundamentais para a história jurídica do período, a saber, as tradições científicas da França e da Alemanha, com sua repercussão em todo o mundo.

Como primeira abordagem, a análise deve centrar-se nos limites da teoria do Direito e da história do pensamento jurídico (em diálogo com a filosofia política). Nestes limites, reconhece-se que o monopólio estatal do Direito seria uma das causas de linhas doutrinárias do Positivismo jurídico que se apresentaram nos Oitocentos: na França, o modelo da Escola da Exegese (com apogeu entre os anos 1830 e 1880, conforme anota Julien Bonnetcase⁴⁴⁴) e, por sua vez, nos territórios germânicos, o Positivismo metodológico (consolidado no séc. XX) em suas raízes no conceitualismo alemão da Pandectística do séc. XIX.

Enquanto perdurou o Exegetismo na França, durante praticamente todo o séc. XIX, o monopólio estatal se configurou como resultado

⁴⁴² IRTI, *Società civile*, p. 02.

⁴⁴³ Assim, no prólogo da obra (BALLESTEROS, *Postmodernidad*, p. 11). Dentro de sua proposta, o autor faz ainda referência ao modernismo cultural, como resposta à modernização econômica, nas páginas seguintes do texto, mas isso não será objeto de nosso estudo neste texto.

⁴⁴⁴ BONNETCASE, *L'École de l'Exègèse en droit civil*, p. 05-07.

necessário dos paradoxos do pacto social de então: de um lado, a visão durável do Código civil de 1804; de outro, a realidade política contingente visualizável nas inúmeras Constituições políticas francesas desde a Revolução de 1789. Muito embora a variação de diplomas constitucionais tenha perpassado a história contemporânea de uma maneira geral em vários países europeus e latino-americanos, vê-se que a tendência na França seria da manutenção e refiguração do modelo institucional com o monopólio estatal do fazer, executar e aplicar as leis. Nesse caso, isso mostraria o consenso contemporâneo francês, tanto na Restauração como na República, configurando-se como o “État légal”.

Assim, na França moderna da pós-revolução, que se apresentava estável para efeitos do consenso no monopólio estatal, ainda que fosse instável no jogo político, o legalismo foi o mote do pensamento jurídico e político francês do séc. XIX, sendo que teve continuidade reinterpretada com o discurso publicístico do início do séc. XX (como em Duguit⁴⁴⁵). Pela repercussão do pensamento francês no Ocidente, pode-se apontar que esse fenômeno do monopólio estatal do Direito seria um monopólio das fontes jurídicas, manifestável neste legalismo da época – daí a idolatria da lei. Mas a raiz disso na França, como bem delinearía Rouland, encontra-se na postura de Napoleão de construir um Estado forte e centralizador que seria capaz de compensar o déficit sociológico gerado pela promoção do indivíduo⁴⁴⁶.

Por outro lado, tratando agora em termos mais metodológicos, o conceitualismo que se afirmou na então Alemanha do séc. XIX estava estreitamente ligado ao discurso idealista (em seus matizes de escolas), de onde na segunda metade do mesmo século haveria de criar o “método da construção jurídica”, legítimo sustentáculo da Pandectística, desde Gerber e o primeiro Jhering. Assim, o contexto da Alemanha da época explica a diferente perspectiva que ali se consolidara – o Estado forte alemão só se visualizaria com a Constituição alemã do 2º Reich em 1871, o que explica a diversa função que acabaria cumprindo a Academia alemã com sua forte

⁴⁴⁵ A leitura de Léon Duguit (DUGUIT, **La transformación del Estado**, p. 62-63), partindo da perspectiva do Direito público no início do séc. XX, é de afirmação da lei enquanto regra social. Assim, segundo tradução de Posada, “Por el contrario, tengo la profunda convicción de que los hombres, por lo mismo que forman parte de un grupo social y hasta de la humanidad entera, están sometidos a una regla de conducta que se les impone. Pienso que los individuos no tienen derechos, que la colectividad tampoco los tiene: pero que todos los individuos están obligados, porque son seres sociales, a obedecer a la regla social; que todo acto individual que viola esta regla provoca necesariamente una reacción social, la cual reviste formas diversas, según los tiempos y según los países, y que todo acto individual, conforme a esta regla, recibe una sanción social, que varía también según los tiempos y según los países”.

⁴⁴⁶ ROULAND, **Nos confins do direito**, p. 161.

presença na política de então (assim, Windscheid no primeiro projeto do BGB desde 1881 e os pareceres das Faculdades a respeito dos projetos de Código).

O forte apelo teórico do pensamento germânico ensejou em seu debate a discussão a respeito do método jurídico; com isso, o método inserido no contexto deste debate justificou o Positivismo jurídico e com ele o monopólio do conhecimento jurídico por meio do Estado. É o que algumas décadas após defende Hans Kelsen⁴⁴⁷ – epistemologicamente, só o Estado dá a conhecer o Direito em vista de seu monopólio da experiência jurídica.

Deste modo, com o discurso do monopólio das fontes, a França centrou esforços por consolidar o Estado contemporâneo em suas estruturas (daí a profunda doutrina do Direito administrativo francês no séc. XIX). Já na Alemanha, estabelece-se o método (ainda que se adequando às várias Escolas) que não dependia imediatamente do arranjo das instituições e das fontes, mas que se vinculava ao pensamento jurídico durante o séc. XIX.

2.1.2 A consolidação do Estado de Direito

Voltando ao argumento de Irti, então se deve entender a razão de o ideário liberal do séc. XIX limitar a atividade do Estado à garantia da segurança contra as desordens internas e externas, deixando um grande espaço de atuação para o cidadão. Esses limites fazem com que o poder do Estado seja um poder estabelecido e disciplinado pela lei, como é no tipo formal do “Rechtsstaat”. Dessa sorte, Irti afirmará que o “Estado de Direito é o Estado da lei”, uma vez que o Estado produz e aplica a lei, enquanto que essa mesma lei disciplina a sua atividade, fazendo com que seus atos sejam importantes juridicamente⁴⁴⁸.

O poder do Estado tem por limite a liberdade dos particulares, em cujo parâmetro exercita seu poder instituído e disciplinado pela lei⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Deste modo, argumenta Kelsen a respeito do conhecimento jurídico: “así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta ‘producción’ tiene un carácter puramente epistemológico” (KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 85).

⁴⁴⁸ IRTI, *Società civile*, p. 03-04.

⁴⁴⁹ Mas em Hobbes, conforme lembra Cassirer, a sujeição dos súditos foi a raiz do Estado, antes da associação (CASSIRER, *A filosofia do Iluminismo*, p. 341-342).

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

É a consolidação do princípio da legalidade formal que, em Kelsen, leva à total identificação entre o Estado e o Direito; ou seja, o Estado, enquanto ordenamento jurídico, é sempre um Estado de Direito. Assim, a teoria do Estado de Direito fica reduzida à mera legalidade formal e se desvincula de qualquer fim do Estado, não aceitando desse modo o direito espontâneo da sociedade civil. Essa legalidade se converte então no princípio de juridicidade autônoma e originária, e o Estado já não é só “de Direito”, mas é o Direito; dessa maneira, a passagem de um Estado garantidor de certos conteúdos a um Estado da juridicidade formal explica a origem de cada lei bem como a matéria dessa lei. Daí que não há mais medida do Estado⁴⁵⁰, porque o Estado legislador é a medida de tudo.

2.2 Os dilemas do Estado social

Em vista da necessidade de maior segurança no tráfico jurídico e econômico a partir de fins do séc. XIX, o Estado se vê obrigado a intervir na esfera econômica, surgindo daí o problema da expansão da atividade estatal, como na legislação social e na intervenção na economia. A sociedade civil não mais rechaça a intervenção estatal, mas a solicita em vista das necessidades dos cidadãos que não podem solucionar seus problemas; o cidadão se converte agora em indivíduo protegido, membro de uma categoria que pede prestações ao Estado, um homem na massificação das relações sociais. Já a atividade econômica passa a ser direcionada pelo Estado, deixando de ser autorregulativa, e passa a estar relacionada ao âmbito político que determina suas relações. O Estado não pode ser mais um sujeito neutro, pois cada atuação social é uma atuação política, e tem de determinar a atividade econômica reconduzindo tudo para si. E ante a realidade dos Estados totalitários⁴⁵¹, a sociedade civil vai perdendo a condição de lugar da autonomia individual e da livre decisão.

Com os Estados totalitários, a lei estatal não tem mais limites de conteúdo e aceita qualquer deliberação dos órgãos públicos: a lei perde sua dignidade ética e se converte em simples instrumento do poder⁴⁵². Esse Estado que intervém apresenta uma dupla ordem burocrática (a da administração pública e a dos funcionários do partido no poder) que está em constante comunicação entre suas esferas. A classe média, que ficou entre os grandes proprietários e os operários, reforça a burocracia estatal

⁴⁵⁰ IRTI, *Società civile*, p. 05-06.

⁴⁵¹ IRTI, *Società civile*, p. 07-10 passim. É o problema da ideologia totalitária que identifica o indivíduo com a sociedade e a sociedade com o Estado.

⁴⁵² O problema remonta à ‘plenitudo potestatis’ dos Papas medievais e Imperadores do 1º Reich (STREFLING, *Igreja e poder*, p. 311), combatida, por exemplo, por Marsílio de Pádua.

dominando um saber especializado. Nasce assim a tecnocracia ⁴⁵³, que reforça essa burocracia e que faz de seus tecnocratas uma elite especializada admirada e temida pelas massas.

No Pós-Guerra, renasce o sistema liberal-democrático, não mais como um Estado neutro que garante a ordem interna e externa, mas como um Estado social que tutela os direitos sociais (que correspondem à obrigação do Estado de retirar os obstáculos da ordem econômica e social em prol do desenvolvimento da pessoa humana), solucionando os problemas da sociedade civil. Surge dessa socialidade do Estado uma correlata politicidade da sociedade civil, o que significa que decisões antes tomadas entre privados agora devem passar ao âmbito político. A atividade econômica passa por um processo de politização ⁴⁵⁴ e as constituições acolhem o âmbito econômico em seus conteúdos. Surge, por outro lado, o discurso ⁴⁵⁵ da neutralidade da economia ante o âmbito político, onde os empresários dizem que a economia não determina os limites e a finalidade do Estado; contudo, o Estado social resultou na perda dessa neutralidade.

Reafirma-se uma autonomia coletiva dos indivíduos que são fundadores e membros de grupos, o que estimula a criação de estamentos sociais intermediários entre o Estado e o indivíduo ⁴⁵⁶. Essas comunidades se apresentam dentro da sociedade civil como associações de caráter voluntário que resgatam a autonomia perdida nas relações econômicas. Contudo, isso não esclarece a relação dessas com o Estado, se são autônomas ou se são autorizadas pelo mesmo Estado. Daí falar-se de um “Estado pluralista”, como síntese entre a ‘unidade’ da decisão política pelo voto do povo, detentor do poder soberano, e a ‘multiplicidade’ de grupos, camadas intermediárias entre o Estado e o indivíduo, que compõem a sociedade civil. Se há a cisão ⁴⁵⁷ no indivíduo entre o ‘cidadão’ com vontade política e o ‘homem’ que promove as comunidades intermediárias, há o problema jurídico de definir essa síntese. A raiz dessa cisão pode ser compreendida de uma forma melhor quando se recorda o processo de auto-

⁴⁵³ IRTI, *Società civile*, p. 11-13 passim.

⁴⁵⁴ A estrutura do Estado parece ser a grande transformação da Modernidade – J. C. Brum Torres lembra que “nesta perspectiva, o traço distintivo da política moderna seria menos a fundação prática de princípios democráticos – seja sob forma republicana, seja na das chamadas monarquias constitucionais – do que a centralização administrativa e a construção, passo-a-passo, da nova burocracia” (TORRES, *Figuras do Estado moderno*, p. 23).

⁴⁵⁵ IRTI, *Società civile*, p. 14.

⁴⁵⁶ Tal fenômeno é universal e, conforme lembra Santi Romano, existiu muito especialmente na Idade Média (ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, p. 108).

⁴⁵⁷ IRTI, *Società civile*, p. 16.

nominação que ocorre desde a implementação do imaginário iluminista, de maneira especial com a economia e a esfera pública⁴⁵⁸.

Quanto à presença do Estado na esfera econômica, criando uma tecnoestrutura, tal fenômeno de tecnologiação, junto com o poder econômico, favoreceu as multinacionais e seu saber tecnológico pautado por uma racionalidade produtiva, gerando consumidores de uma sociedade massificada e automatizada. A tecnologiação faz renascer a neutralidade da economia, então perdida com o Estado social, e é a causa do surgimento⁴⁵⁹ da neutralidade do poder burocrático-tecnológico ante a competência genérica da política. Assim, o Direito, sendo privado de determinações de conteúdo, acolhe e normatiza as ideologias e poderes, aparelhos burocráticos e centrais tecnológicas, na medida em que isso se faz norma. Isto é, não há delimitação⁴⁶⁰ entre a socialização do Estado e a estatização da sociedade civil.

3. A pluralidade de ordenamentos em questão

Na opinião de Irti, a solução seria conciliar a unidade do ordenamento jurídico com a pluralidade dos centros de produção jurídica. A lei, dispondo aos particulares a liberdade de associação, deixa que eles determinem seus interesses, as formas estruturais, a disciplina de órgãos e da vida do grupo. Tais deliberações, contudo, não são estranhas ao Direito estatal, mas nascem e se desenvolvem em suas fronteiras, pois a liberdade associativa é um instrumento para a renovação desse direito do Estado. A liberdade de associação imprime um caráter produtivo e dinâmico, em que os acordos⁴⁶¹ entre particulares na formação de grupos têm conotação jurídica interna ao Direito estatal. Por isso a sociedade civil⁴⁶² tem juridicidade nos grupos infraestatais, quando exercitam o poder atribuído pela lei.

A dinamicidade do sistema resulta da dinamicidade do Direito privado, na variedade de formas e na ductibilidade do regime, o que faz com que se multiplique a produção interna do Direito. Pela liberdade de associação, os grupos que constituem a sociedade civil entram na juridicidade estatal, o qual se converte no único e exclusivo sistema jurídico.

Além disso, a pluralidade desses grupos é compatível com a uni-

⁴⁵⁸ De fato, Taylor afirma que a transformação do imaginário social moderno, mediante a ascensão da “teoria grociana-lockeana de ordem moral”, ou seja, enquanto um modelo iluminista (TAYLOR, **Uma era secular**, p. 216), estabeleceu formas importantes de autoconhecimento social que são típicos na Modernidade, dentre eles a economia (como uma realidade objetificada) e a esfera pública (enquanto esfera comum de debates, sem tutela do Estado), restando distintas da organização política estatal.

⁴⁵⁹ IRTI, **Società civile**, p. 17-18.

⁴⁶⁰ IRTI, **Società civile**, p. 19-20.

⁴⁶¹ IRTI, **Società civile**, p. 151-152.

⁴⁶² Analogamente, a explicação de Santi Romano é que “ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni” (ROMANO, **L’ordinamento giuridico**, p. 106), a pluralidade de ordens jurídicas, além da estatal.

dade do Direito estatal, porque esse mesmo Direito autoriza o nascimento das formações sociais criadas no âmbito privado; ou seja, a liberdade de associação provém da lei estatal como derivada e heterônoma. Com isso, não existe antítese entre sociedade civil e Estado, como também não há a divisão no indivíduo entre o ser membro da sociedade civil e ser membro da sociedade política, uma vez que se recompõem na unidade integral do homem⁴⁶³.

Há duas visões sobre o Estado: enquanto ordenamento, contendo a sociedade civil; enquanto governo, é parte diferente do indivíduo, daí o conflito de interesses. Tal relação entre Estado-governo e Sociedade civil⁴⁶⁴ se dá dentro do único e exclusivo ordenamento jurídico. Distinguindo o âmbito civil de formações sociais e o político de participação nos partidos, configura-se a formação de núcleos associativos destinados a uma função de ser instrumento para a politicidade específica da formação de partidos. Assim, a politicidade genérica própria de todas as formações sociais se desenvolve nas relações com o Estado-governo dentro do ordenamento estatal⁴⁶⁵.

Como se vê, é possível uma unidade do Estado-ordenamento e uma polaridade entre a sociedade civil e o Estado-governo. Se a relação política derivada do regime de sufrágio universal é algo 'pobre', há uma compensação⁴⁶⁶ no interior do mesmo sistema normativo, por meio da ação dos particulares; depreende-se então que o Estado democrático deve fazer repousar seus fundamentos nesses dois princípios, o eletivo e o associativo, o que significa que há uma expansão da politicidade para a sociedade civil.

Partindo desta premissa, Irti argumenta que, ante a ideia de que o Estado social de Direito é um Estado que tenha constituição, administração e legislação, não sendo por isso um conceito jurídico, pode-se entender que o Estado de Direito não pode exprimir um dado conteúdo das normas⁴⁶⁷.

⁴⁶³ IRTI, *Società civile*, p. 153-157 passim.

⁴⁶⁴ IRTI, *Società civile*, p. 157.

⁴⁶⁵ IRTI, *Società civile*, p. 161-163 passim. Em outros termos, além dos partidos, existe força política nas camadas sociais intermediárias, de onde podem influenciar as decisões do governo estando dentro do ordenamento. Isso significa que o Estado-ordenamento não é um Estado de unidade de fins, como foi o Estado totalitário, mas um Estado que deixa a definição destes fins para a ação dos partidos e dos grupos de força política. Desse modo, a politicidade social e a politicidade institucional estão dentro da ordem jurídica estatal, constituindo uma complexa unidade de relações tanto de consenso como de conflito. Já o é. Direito privado dos grupos é o direito da participação, da identidade entre o sujeito do acordo e o sujeito regulado, onde o voto político distancia o consenso.

⁴⁶⁶ IRTI, *Società civile*, p. 163-165 passim.

⁴⁶⁷ IRTI, *Società civile*, p. 169-170. Dessa maneira, dito autor conclui que a generalidade é uma característica histórica das normas legislativas que, enquanto tais, podem regular interesses

Considerações finais

Finalizando, é possível acompanhar o que Irti entende a respeito da relação entre o Estado moderno e a sociedade civil – o civilista italiano busca apresentar a ideia de que o Direito privado, sendo o direito da sociedade civil, não está contra as leis do Estado, como também não o está a autonomia dos particulares. Em outros termos, o Direito privado, dentro do âmbito do ordenamento jurídico, é um Direito também político que toca a essência do Estado, a sua unidade geradora da multiplicidade. Ademais, o particular, assim como é um sujeito de Direito privado, da mesma forma tem a condição de sujeito político.

Desta forma, segundo aponta Irti, dá-se a recomposição⁴⁶⁸ ante o dualismo entre a sociedade civil e o Estado, em que a unidade dos Estados se completa com a multiplicidade dos grupos que o próprio Estado estimula. O que a ruptura ideológica construiu desde o liberalismo inicial, dicotomizando o homem moderno entre as realidades política e social, vem ante os fatos sendo desconstruído em nome de uma maior interação entre a Sociedade e o Estado.

Surge então o grande desafio a ser enfrentado, que seria entender a origem plural do exercício do poder, como se viu patentemente durante grande parte do Antigo Regime, e compaginar com a visão contemporânea da necessária participação social no Estado. Ou seja, faz-se mister visualizar aquele pluridimensionalismo de poder não somente como uma continuidade do Medievo ou como um resquício feudal, mas principalmente como uma demonstração dos inúmeros atores do cenário político, a construção de uma pluralidade com participação no âmbito público.

Em outras palavras, essa é a compreensão atual do ‘político’, o debate da ‘polis’ que resulta de fatos anteriores como as revoluções liberais e que se consolida na construção do Estado moderno, Estado esse que se arroga o monopólio de fazer as leis, executar segundo essas leis e julgar a partir destas mesmas leis.

de grupos ou de categorias; por essa razão, pode-se dizer que a essência do Estado de Direito é a calculabilidade jurídica das ações públicas e privadas.

⁴⁶⁸ IRTI, *Società civile*, p. 174-175.

Referências

- BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.
- BONNECASE, Julien. *L'École de l'Exégèse en droit civil: les traits distinctifs de la doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*. Paris: E. de Boccard, 1919.
- CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.
- CHABOD, Federico. *Escritos sobre el Renacimiento*. Tradução de Rodrigo Ruza. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- CLAVERO, Bartolomé. *Historia del Derecho: Derecho común*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1994.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- DUGUIT, Léon. *La transformación del Estado*. Tradução de Adolfo Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltrán, s.d.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HESAPANHA, António Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESAPANHA, António Manuel (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- IRTI, Natalino. *Società civile: elementi per un'analisi di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tradução de Roberto Vernengo. 7ª ed. México: Editorial Porrúa, 1993.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2ª ed. reimpr. Firenze: Sansoni, 1951.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica na Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- STREFLING, Sérgio Ricardo. *Igreja e poder: plenitude do poder e soberania popular em Marsílio de Pádua*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

TAYLOR, Charles. *Uma era secular*. Tradução de Nélcio Schneider e Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PANFLETOS PELO CONSTITUCIONALISMO: A CULTURA POLÍTICA POPULAR NO BRASIL DE 1820 E A CONSTITUIÇÃO DE CÁDIZ

Wagner Silveira Feloniuk*

Sumário: Introdução. 1. A Difusão de ideias pelos panfletos. 2. Panfletos na política liberal. 3. Características e conteúdo dos panfletos no Brasil. 4. Panfletos na política brasileira. 5. Panfleto citando a Constituição de Cádiz. 6. Uma Constituição liberal como exemplo dos vizinhos. 6.1. Conjuntura de criação e características da Constituição de Cádiz. 6.2 O Triênio Liberal. 7. Acontecimentos posteriores. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Os meios de narrativa, os conceitos disponíveis e as formas de comunicação são fundamentais para compreender a história. A historiografia tem avançado nesse caminho, passando a considerar também o que o processo histórico tem de transitório, observando que os homens de cada época estão restringidos pelos discursos e palavras de sua sociedade.

Os meios de transmissão de conhecimento são igualmente importantes no desenvolvimento político e social, as características desses meios são um dos elementos que estabelecem como os acontecimentos serão compreendidos pelas sociedades, qual o alcance e o conteúdo que poderá ser difundido. Quando o apoio da população é essencial para o sucesso de um objetivo, os meios de comunicação se tornam instrumentos de ainda maior relevância. Desde o surgimento da imprensa, a escrita passou a ser uma maneira de difundir, educar e ensinar a ação. O meio escrito, no entanto, era bastante mais limitado enquanto predominava o

* Doutorado em Direito Constitucional com bolsa CAPES (2013-), Mestrado Acadêmico com bolsa CNPQ (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação com Lâurea Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais (2006-2010) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor das pós-graduações do Verbo Jurídico e de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRGS. Editor-Executivo e Responsável Acadêmico da Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação PPGDir./UFRGS (2012-) e Membro do Corpo Editorial da Revista E-Civitas (2014-) e Revista Brasileira de Direitos Humanos da Lex Magister. Autor do livro "A Constituição de Cádiz: Análise da Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812". Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A Revolução Federalista e o Ideário Parlamentarista (2014-), Clássicos do Direito do Estado (2014-) e Direito e Filosofia (2012-). Membro do Conselho de Pós-Graduação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (2012-2013 e 2014-). Capítulo submetido em: 15 nov. 2014.

analfabetismo. Como adaptação a essa realidade, é feito constantemente o uso dos panfletos – papéis criados para serem lidos promovendo alguma causa. Eles eram particularmente úteis para atingir aqueles que não poderiam ler se colados em locais de grande circulação e elaborados de maneira a permitir sua repetição oral para um grupo maior. Muitas vezes eles foram materiais para serem fixados em postes, muros, e discutidos por todos os que se interessassem no seu conteúdo.

Os panfletos tiveram um auge de importância durante o período que antecedeu o uso corrente da energia elétrica, antes de outros meios de transmissão se tornarem acessíveis. Eles se destinavam aos alfabetizados, mas também asseguravam o contato dos que poderiam escrever com aqueles que não sabiam ler – entre os que poderiam fazer política e as pessoas que normalmente participariam da política apenas quando agissem enquanto membros de um grupo ou classe. Por isso é que eles são usados com frequência em tantos momentos políticos importantes, como a Revolução Americana e Francesa.

Este trabalho se foca especialmente nos panfletos utilizados durante a década de 1820 no Brasil. Esse foi o momento em que a politicidade da sociedade teve um crescimento relevante e que todas as formas de manifestação escrita política se multiplicaram. Dentre os mais de trinta panfletos estudados, um deles chamou a atenção por citar indiretamente a Constituição Política da Monarquia Espanhola, a Constituição de Cádiz. O problema da pesquisa é entender o funcionamento desses panfletos e sob que circunstâncias um texto político tão específico é mencionado quando se afirmou que Dom João VI deveria seguir o exemplo de seus vizinhos espanhóis e ir assinar uma Constituição.

Os objetivos, portanto, são dois. Mostrar a importância dos panfletos em geral e caracterizá-los naquele período e, depois, seguir a senda de apresentar motivos para a norma espanhola ter sido citada em um deles. Para tanto, são utilizadas fontes primárias como normas e decretos da época – e os próprios panfletos em questão. Além deles, serão trazidas doutrinas de Direito Constitucional brasileiro e espanhol e de historiadores que se dedicaram ao tema das publicações brasileiras daquele período. Não se adentrará profundamente em acontecimentos anteriores envolvendo panfletos do Brasil, apenas a década de 1820, e mesmo nela, com maior cuidado no período em que os brasileiros produziram panfletos incentivando uma união com Portugal, pois este é o momento em que está bem contextualizado o documento envolvendo a norma espanhola.

1. A Difusão de Ideias pelos Panfletos

Poucos historiadores utilizaram-se dos folhetos políticos para analisar o processo de independência até recentemente. Um exemplo distante foi Francisco Adolfo de Varnhagen, na História da Independência. A sistematização dos documentos viria ainda mais tarde, iniciada por Alfredo do Valle Cabral, quando as publicações do período de 1808 a 1822 foram inventariadas e muitos foram publicados. Hélio Vianna escreveu sobre a partida do rei para Lisboa, em 1821, citando sua existência; Raymundo Faoro, alguns anos mais tarde, fazia uma análise de seis dos panfletos.

Apenas recentemente é que houve uma continuidade do trabalho de Cabral quanto à sistematização das publicações, dentro da obra Bibliografia da Imprensa Régia do Rio de Janeiro. O recente trabalho de José Murilo de Carvalho marca o momento atual, quando há publicação de um grande número deles de forma organizada (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 18). Este trabalho, de 2012, é que permitiu encontrar a referência à Constituição de Cádiz, mostrando sua existência também na cultura liberal passada à população.

Os mais antigos panfletos com conotações políticas ao Brasil são anteriores à instalação da imprensa oficial. Eles remetem à Inconfidência Baiana, em 1789, e eram ainda manuscritos. As Cartas Chilenas, de Tomás Antônio Gonzaga, também circularam pouco antes da inconfidência mineira. Eles introduziram o uso no Brasil, mas apenas com os movimentos relacionados à partida da família real o seu uso iria se difundir. Em diversos outros casos, já na década de 1820, havia apenas documentos manuscritos, pela inexistência de imprensa disponível. Isso ocorreu, por exemplo, no Pará, quando foram feitas críticas ao governador da Capitania, o conde de Vila Flor. Com a chegada da Corte no Rio de Janeiro, em 1808, a imprensa oficial é criada no Brasil. A partir daquele momento os documentos escritos iriam aumentar em volume e lentamente predominar, fossem impressos por ela ou por outros meios que se estabeleceram com o tempo (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 9). Estiveram presentes nesse desenvolvimento, portanto, também as publicações da imprensa organizada pelo Estado.

Os panfletos são fontes para compreender as ideias com as quais a sociedade e os governantes desenvolviam a política brasileira entre 1820 e 1823. O liberalismo brasileiro estava bastante ligado à França, mas o acesso a obras estrangeiras era restrito, mesmo depois de sua legalização plena. Compreender o pensamento restrito ao círculo de pessoas alfabetizadas e ligadas à elite intelectual não mostra toda a dimensão dos aconte-

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

cimentos que levaram à independência. Os leitores de pensadores europeus eram uma exceção no Brasil do século XIX.

O alcance limitado da língua escrita ensejava o florescimento de outros instrumentos de difusão de informação e cultura, os panfletos não eram um fenômeno isolado ou surpreendente. A música, os poemas e o teatro eram meios de compartilhar ideias culturais e políticas, como eram há séculos durante o Antigo Regime. Freyre, com um viés mais antropológico e sociológico, mostra que um dos aspectos interessantes de interpenetração cultural na relação entre Portugal e Brasil pode ser estudado por meio da arte, da religião e do folclore. Seus exemplos reúnem pontos de contato importantes: "a arte da casa, a architectura domestica, sua decoração, o movel, o oratorio, o vasilhame, o vestuario, o adorno das pessoas, o jardim" (FREYRE, 1940, p. 100).

Os símbolos e valores trazidos nessas manifestações e, neste estudo, especificamente nos panfletos, permitem vislumbrar o conhecimento da população e quais as intenções daqueles com capacidade de escrever e publicar. Os panfletos eram ferramentas importantes para a difusão de ideias e foram utilizados intensamente em Portugal e no Brasil. Eles detinham influência no desenvolvimento político do período da independência do Brasil e do início de sua vida com Constituição escrita (MOREIRA, 2011, 144). Por meio de uma forma escrita mais simples e didática, planejada para ser transmissível também oralmente se lida em voz alta, foi possível alcançar a população urbana brasileira.

Os anos de 1820 são especialmente relevantes, é neles que a política entre Portugal e Brasil se torna conflituosa, dinâmica, e há um uso intenso desses meios. O uso da escrita como forma de resistência política popular demorou bastante a se desenvolver em Portugal. O país não lutou abruptamente para suprimir o Antigo Regime entre os séculos XVI e XIX. Ao longo de 1750 e 1800 foram surgindo os espaços para a difusão e reflexão sobre o pensamento político, empurrados por uma situação social que ia recebendo ares liberais. A Universidade, a Academia Real de Ciências de Lisboa, os locais de encontro da nobreza, as lojas maçônicas, sociedades literárias, salões, clubes, cafés, eram locais que permitiam a discussão e é com a implantação deles sob a influência liberal que os portugueses e brasileiros começam a se manifestar politicamente por meio de panfletos. Os panfletos, assim como o liberalismo político em Portugal, avançaram lentamente e só foram acelerados com uma revolução já na segunda década do século XIX.

Dentro desse quadro, os folhetos viriam a ser mais um instrumento, ligados principalmente a locais mais cosmopolitas, com maior discussão em função de espaços de aprendizado e de manifestação de

pensamento. Foi apenas com a explosão dos movimentos constitucionais em 1820, em Portugal e no Brasil, que houve um grande crescimento na sua produção. Em Portugal, sobretudo a sociedade secreta chamada Sinédrio teve papel importante (NEVES, 2003, p. 32).

Panfletos anônimos e outros documentos assemelhados também eram comuns em cidades de colonização espanhola do século XIX, especialmente em centros com ensino superior. Esses eram os locais onde havia imprensa e também onde surgiam os espaços de discussão propícios para a difusão das ideias – os mesmos fatores que existiam em Portugal e no Brasil.

A existência desses espaços de sociabilidade no Brasil seria fundamental para viabilizar a independência (WINTER, 2014, p. 2). Tais espaços, panfletos, músicas, e tudo o que os acompanhou dependeram de um importante fato político – a vinda da família real ao Brasil e o vazio que permitiu a ascensão de grupos que lutavam pelo liberalismo em Portugal. Esse foi o ambiente quando, em 1820, os portugueses iniciam seu movimento pela reimplantação do regime anterior sobre o Brasil e a volta do monarca.

Apesar de exigirem um método diferente do demandado pelos livros, ignorar essas manifestações de cultura popular e suas influências sobre o Direito e a política gera um resultado menos conectado aos acontecimentos, menos sensível, que pode não visualizar fatos importantes de um passado relativamente recente da história brasileira (FREYRE, 1940, p. 73). Em um viés político, os panfletos traziam muito das ideias que movimentavam Portugal em 1820 e foram amplamente utilizados no Brasil.

2. Panfletos na Política Liberal

Antes de adentrar o Brasil, os panfletos já haviam se transformado em importantes meios de difusão de ideias em diversas partes do Ocidente, mostrando elementos que ajudam a compreender o quadro em 1820. A escrita assim distribuída teve o papel importante de trazer a política diária ao grande grupo dos que não influenciavam na direção da comunidade (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 8). Com os textos, no entanto, não houve a chegada apenas da informação sobre o governo – pôde vir a difusão, por exemplo, do liberalismo, a crítica aos soberanos que não cumpriam ideias de limitação de Poder estatal.

A manifestação escrita se fortaleceu como instrumento fundamental no debate político na medida em que avançou a imprensa. Os panfletos, como ferramenta específica de contato com muitas pessoas, cedo despontaram como instrumentos de especial eficácia. José Murilo de

Carvalho cita os panfletos, papelinhos, manuscritos ou impressos, utilizados durante as revoluções em todo o mundo. Houve o uso durante as revoluções liberais inglesas no século XVI e com as cinco mil diabetes elaboradas em oposição ao cardeal Marazino em meados do século XVII. Na França, eles também foram utilizados durante toda a Revolução Francesa entre 1789 e 1799, e mais tarde seriam utilizados também no período napoleônico. Do outro lado do Atlântico, houve exemplos do seu uso desde o início do processo de independência das colônias do futuro Estados Unidos da América, a partir de 1776 (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 7-8)⁴⁶⁹.

O uso luso-brasileiro é tardio, mas está cronologicamente próximo de outros países da região. Na América Latina, o uso dos panfletos é próximo também da expansão da imprensa. A imprensa, em todas as suas modalidades, passou a ser uma das formas mais importantes de se fazer política a partir do século XIX, muitos panfletos foram produzidos em massa a partir do acesso a ela. Ainda que ela pudesse ter o caráter de informar, a imprensa surge no continente com o objetivo de defender ideias, ela era política e partidária desde seu nascimento (ALONSO, 2005, p. 2).

Os panfletos brasileiros eram muito semelhantes aos portugueses e, especialmente quando impressos, seguiam alguns padrões de formato. Quanto ao conteúdo, eles serviam para criar os efeitos políticos típicos dos panfletos utilizados na Europa e no restante da América.

3. Características e Conteúdo dos Panfletos no Brasil

A característica mais marcante dos panfletos, diferentemente dos livros e jornais brasileiros, era a de atacar sagazmente o antigo regime, o despotismo. Eles defendiam o constitucionalismo liberal, e mesmo que em uma monarquia, um rei limitado por direitos declarados e reconhecidos a todos (NEVES, 2003, p. 52-53). A utilização desses documentos, no entanto, não surgiu apenas como meio de oposição ao monarca. Dom Pedro I utilizou de instrumentos semelhantes quando pediu que bispos, prelados e eclesiásticos instruissem as pastorais a mostrar aos povos que o

⁴⁶⁹ O livro “Às Armas, Cidadãos! Panfletos Manuscritos da Independência do Brasil (1820-1823)”, de José Murilo de Carvalho, Lúcia Bastos e Marcello Basile traz os trinta e dois panfletos brasileiros que foram encontrados até o momento, catalogados de acordo com a cidade de origem. O trabalho é essencial para a história do Brasil e foi a primeira vez em que a coleção ampla foi trazida ao público, em 2012. A apresentação da coleção traz na primeira nota de rodapé uma lista de bibliografia sobre o tema dos panfletos, principalmente em âmbito internacional.

sistema constitucional então planejado por ele não feriria a religião. Um trecho da mensagem escrita pelo Arcebispo da Bahia, José Fernandes da Silva Freira, defensor do governo, contém: "excita hoje minha voz para vos persuadir com igual força e energia a sustentar, e defender à custa de todos os sacrifícios, que o amor da Pátria inspira aos corações dos portugueses, a Constituição regeneradora, tão valorosamente proclamada por nossos bravos guerreiros" (2003, p. 99).

Diversos deles são textos fragmentados e não há certeza sobre sua origem e destino. Os escritos impressos se apresentaram em dois formatos mais típicos. Os primeiros eram em folhas, soltas, escritas em formato horizontal, e medindo cerca de 21 centímetros de largura por 11,5 centímetros de altura. No outro formato comum, eles eram escritos em formato vertical, com 31,5 ou 25 centímetros de altura, por 21 centímetros de largura. Existe cola e restos de madeira atrás de vários deles, sinal de que foram colados em cercas e postes. Os papéis manuscritos eram mais simples, não havia tamanho padrão. Continham frases de efeito, muitas vezes com conteúdos contundentes, e muitos erros de gramática (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 11 e 24-25).

Após a difusão oral, mesmo os analfabetos poderiam participar da vida política e se apropriar de novos conceitos. Assim podia se desenvolver na população as ideias de um mundo desconhecido, nos panfletos eram citadas noções de Montesquieu, Rousseau, Burke, Locke, Grotius e outros expoentes da filosofia e política ocidental (NEVES, 1996, p. 132).

Eles traziam a discussão em curso e também procuravam informar e educar seus leitores sobre os grandes acontecimentos da época. Predominavam os panfletos simples e enérgicos, mas havia os que apresentavam ideias de maneira didática, organizada, e traziam um posicionamento claro e enfático do autor, com o fim de influenciar quem tivesse contato com o texto (NEVES, 2003, p. 40).

Alguns encadeavam-se a outros, ou respondiam e desafiavam outros meios de comunicação, como os jornais. Eventualmente, eles chegavam a formar uma rede de polêmicas, na expressão de Christian Jouhaud. Eles também faziam proclamações e avisos, eventualmente relacionando os nomes de autoridades (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 11 e 25-26). As ferramentas da retórica eram amplamente utilizadas. Era bastante comum que os panfletos fossem feitos utilizando versos, e eram constantes as exclamações, interrogações, apóstrofes ou estruturas poéticas para atingir melhor os desígnios dos autores. Em função da natureza das críticas e a origem liberal francesa, também eram comuns as paródias à religião.

Outra característica eram os exemplos, analogias e usos de símbolos. Os eventos, personagens e personalidades eram constantemente utilizados como símbolos de um conceito abstrato. A França poderia se tornar o vulcão revolucionário, a liberdade era a árvore que poderia ser plantada em todos os povos. Há o uso de acontecimentos e símbolos já conhecidos na sociedade para complementar a linguagem figurada. Sua compreensão dependia do conhecimento de outros acontecimentos que também ocorriam durante o período. As referências a outros momentos indicam que o público, mesmo que pudesse apenas ouvir a leitura dos panfletos, era considerado suficientemente culto para compreender muitas ligações com outros acontecimentos relevantes da política (NEVES, 2003, p. 96).

Havia, também, a presença de figuras como alfaiate, aldeão, médico, pai, corcunda em muitos periódicos e folhetos. O aldeão é idealizado como uma figura simples que cuida da terra. O alfaiate é um urbano, com habilidade de entender sobre a roupa e o pensamento de seus fregueses mais ricos. Os médicos, por sua vez, apareciam como os entes capazes de curar as enfermidades - metaforicamente e por analogias, até as enfermidades políticas e mentais que dificultavam o avanço da pátria, estando associados constantemente às ideias liberais. Todos se tornavam instrumentos para difundir as ideias com mais facilidade e atingir o público que se identificava com as profissões que viam constantemente (NEVES, 2003, p. 102-103). O Diário do Rio de Janeiro, de 11 de setembro de 1821, por exemplo, aparecia com os versos de um pai explicando ao seu filho o que significava criar uma Constituição (CANO, 2001, p. 120-121).

Um símbolo especialmente utilizado era “corcunda”, definido pelo Dicionário Corcundativo, escrito na época, como “numa nomenclatura moderna, o mesmo que homem anticonstitucional, ou homem satélite do despotismo”. Era uma palavra da moda, definindo o homem afeito e satisfeito com o despotismo, que se curvava como um dromedário para receber o regime e acabava esculpido no seu dorso pelo servilismo, habituado a não erguer mais a cabeça. A influência francesa no uso da palavra era grande, assim como as associações feitas (NEVES, 2003, p. 119-132).

A linguagem política que estrutura os panfletos e outras publicações desse período é semelhante à dos existentes na Revolução do Porto em 1820 e decorre do modelo de liberalismo que se desenvolvia em Portugal. Eram particularmente utilizados os conceitos de despotismo, liberalismo, constitucionalismo, liberdade, igualdade. Essas eram as expressões que simbolizavam as ideias defendidas ou atacadas pelos liberais.

O despotismo, ligado ao antigo regime, era a palavra negadora da liberdade, o símbolo do que deveria ser superado. O uso muito constante

da palavra já existia desde a Revolução Francesa, três décadas antes, mas voltou a ter grande importância. O conceito mais comum no Brasil não remetia ao despotismo como um governo monárquico, mas um governo em que uma pessoa governa sem lei ou dever de responder, agindo com poder ilimitado. À palavra ainda eram associadas, sem grande rigidez, expressões como tirania, arbitrariedade, poder absoluto, Antigo Regime, opressão. Também eram utilizados exemplos para adensar seu significado, escrevia-se sobre os grilhões, ferros, cadeias, escravidão, servilismo e a servidão.

O liberalismo e o constitucionalismo eram os conceitos defendidos como objetivos da sociedade moderna. A palavra Constituição passou a ser utilizada como símbolo de liberdade em muitas oportunidades. De outro lado, a parte mais famosa do lema da Revolução Francesa, "Liberdade, igualdade, fraternidade", adquiriu grande importância para representar demais ideias defendidas. Imediatamente após 1789, o temor da Revolução Francesa levou os portugueses a não utilizar constantemente os termos em seus escritos, mas eles ganharam enorme relevo a partir de 1820 no Brasil e também em Portugal. Liberdade e igualdade passaram a ser termos muito comuns nos folhetos. A fraternidade aparecia quando se buscava a tolerância e a busca pela prosperidade comum (NEVES, 2003, p. 141).

A palavra Constituição era a empregada com maior frequência. Ela simbolizava a concretização dos anseios políticos da época. Possuir uma Constituição escrita era uma demanda política tão grande quanto a volta do monarca à Portugal, mas por ter mais legitimidade, a exigência era muito mais constante. No Brasil, país onde não havia simpatias pela volta do rei, ela despontava como o grande ato concreto a ser buscado. Neves (2003, p. 148), narra que dos 100 folhetos publicados no Rio de Janeiro em 1821, 26 tinham a palavra Constituição ou algum derivado em seu título. A grande preocupação era explicar aos leitores os benefícios de organizar um governo sob sua égide, mas também eram constantes os exemplos de outras normas e apresentações abstratas sobre o conteúdo da palavra. A Constituição era o resultado da vitória que estava sendo obtida no Porto. Nas palavras de Jefferson Cano (2001, p. 116), era a grande musa a ser jurada pelo rei.

Os panfletos chegaram de Portugal logo após a revolução de 1820, e além dos produtores nacionais como Bahia e Rio de Janeiro, seriam produzidos em menor escala no Pará, Maranhão, Pernambuco e diversos outros locais (NEVES, 1999, p. 2). Em 1821, com a adesão das províncias do Grão-Pará, Bahia e Rio de Janeiro à Revolução do Porto, aparecem com frequência fixados em espaço público.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Os panfletos geravam intenso debate, e não apenas onde eram produzidos, mas em locais como o Pará, Maranhão, Pernambuco, São Paulo e localidades menores. Alguns deles chegaram a ser transportados para centros de outros países, tendo sido levados até Montevideu (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 11).

Quanto à autoria, vários dos panfletos eram anônimos. Ainda que houvesse avanços na acessibilidade aos meios impressos, muitas informações veiculadas por panfletos não poderiam ser trazidas às publicações oficiais. Havia conteúdo agressivo em diversos exemplares. Alguns deles utilizam linguagem chula na defesa contundente de ideias, com expressões comuns até os dias atuais, inclusive adjetivando ascendentes de autoridades.

Em 1818, em São Paulo, Dom João VI havia mandado apreender os exemplares de *O Português*. Em 1819, seria a vez de *Campeão e Amigo do Rei e do Povo* (DEAECTO, 2007, p. 33). Um dos panfletos, o *Meu Amigo*, de 20 de fevereiro de 1822, narra que, não raro, as autoridades mandavam que eles fossem retirados para manter a ordem pública. A censura aos livros ainda estava presente até 1821 e a clandestinidade era um meio de evitar punições.

A liberdade de imprensa para opiniões políticas só seria posta em prática a partir de 28 de agosto de 1821, quando o príncipe regente Dom Pedro estendeu aos editores da América a mesma liberdade que havia sido dada aos portugueses pelas Cortes Gerais Extraordinárias da Nação Portuguesa (RIZZINI, 1988, p. 329):

Tomando S. A. Real em consideração quanto é injusto que, depois do que se acha regulado pelas Cortes Gerais Extraordinárias da Nação Portuguesa sobre a liberdade de imprensa, encontre os autores ou editores inesperados estornos à publicação dos escritos que pretenderem imprimir: É o mesmo Senhor servido mandar que se não embarace por pretexto algum a impressão que as mesmas Cortes têm determinado sobre este objecto.

Com a liberdade, principalmente a partir de 1822, começam a surgir identificações por meio das iniciais dos autores. Naquele ano, junto da proteção à expressão da opinião política, fora proibido publicar obras anônimas no Brasil com o uso da imprensa oficial (NEVES, 2003, p. 40). O número de panfletos só aumentava no Brasil, apesar dessas dificuldades com a autoria.

Não há uma estimativa bem definida da quantidade de panfletos produzidos, diversos foram perdidos ao longo do tempo. Há registros, por exemplo, de panfletos incitando a revolta de portugueses contra a conjuração de altos funcionários do rei - conteúdo não encontrado nos documentos.

4. Panfletos na Política Brasileira

O início da imprensa periódica editada no Brasil oficialmente remonta a 1808, quando ocorre a transferência da Família Real portuguesa para o Rio de Janeiro, com a instalação da Imprensa Régia e a publicação da Gazeta do Rio de Janeiro, instrumento principal de divulgação dos atos governativos. Entretanto, o crescimento e consolidação definitivos das obras só se verificaram a partir dos sucessos da Revolução do Porto de 1820 (BARATA; GOMES, 2008, p. 45).

A Tipografia Nacional, entre 1821 e 1822, publicou 516 títulos - número quase igual à soma de todos os livros publicados entre 1808 e 1820 (haviam sido 569). Tipografias particulares haviam publicado outras 115 obras no período, totalizando 631. 25,5% dessas obras foram classificadas como sendo História, e dentro dessa classificação estavam muitos folhetos, panfletos e periódicos de natureza política. O conteúdo desses títulos se diferenciava dos panfletos populares, que eram impressos clandestinamente ou manuscritos, o alvo dos panfletos oficiais era a elite do país. No entanto, vale o seu registro, pois começava também nos meios oficiais a haver influência política. Ainda que não pegassem os mesmos conteúdos dos documentos populares, o iluminismo e o liberalismo estavam presentes nessas publicações autorizadas (NEVES, 2003, p. 124-125).

No Brasil, no início dos anos 1820, trinta e seis jornais chegaram a ser publicados. Um período de explosão das publicações se comparado ao período imediatamente anterior. O alcance social, no entanto, era bastante limitado por exigir a alfabetização. Em 1823, havia cerca de dois milhões e oitocentos mil homens livres no Brasil, os dois terços não escravos da população. O Rio de Janeiro (em 1821) tinha apenas 43 mil residentes. Apenas uma fração dos habitantes da capital era alfabetizada. O Manifesto do Fico, em 1821, fora assinado por oito mil pessoas e se comentou o quão significativa parcela dos alfabetizados o assinara. Na maior parte do território, salvo grandes capitais, a população de alfabetizados era ainda menor. Assim, os panfletos existentes na Europa e no restante da América Latina adquiriram grande importância também aqui quando começaram a ser utilizados, especialmente a partir desse momento. Quando inicia a Revolução em Portugal, conviviam panfletos oficiais não abordados nessa pesquisa, com um conteúdo mais comedido, e panfletos produzidos e difundidos pelas cidades por outros meios, que variavam em forma e tinham conteúdos que muitas vezes não seriam aceitáveis para a imprensa formal. Esse era o cenário próximo da Revolução do Porto e do momento em que um panfleto citando a Constituição de Cádiz aparece no Rio de Janeiro.

A Corte tomara conhecimento da Revolução do Porto no final de 1820, mas não houve nenhum pronunciamento oficial antes do início de 1821. CARVALHO et al narram que Cailhé de Geine, um informante da polícia, redigira carta ao intendente geral trazendo sua preocupação com a agitação gerada pelos panfletos (2012, p. 16). Ele informara que com a chegada dos navios portugueses e notícias da revolução, começaram a circular livremente muitos "papéis públicos e canções patrióticas". Os papéis seriam lidos publicamente - as canções, cantadas pelas ruas em voz alta. A população da cidade comentava os acontecimentos da Europa antes mesmo da monarquia se pronunciar sobre eles.

É interessante notar o exemplo dado pelo estudante Felipe Alberto Patroni Martins Maciel Parente. Era um acadêmico de direito em Coimbra que soube da revolução, voltou ao Grão-Pará e teve sucesso em fazer a província aderir ao movimento português. Aquela foi a primeira província a aderir à revolução. Felipe iria menos de um ano depois abrir seu próprio jornal, O Paraense, com a primeira edição em 22 de maio de 1822, e sob sua liderança até agosto do mesmo ano. Seus assuntos estão ligados ao progresso e à filosofia. Foi também por meio da imprensa que o estudante travou sua luta em prol da revolução liberal portuguesa após o sucesso em seu movimento (COSTA, 2014, p. 2).

Neves (1995, p. 123) afirma que é a partir desse período de 1820 que a opinião pública começa a se desenvolver com mais vigor no Brasil. O fortalecimento das questões políticas na sociedade abriram espaço para que fosse ampliada a discussão para além de alguns centros rebeldes ou os círculos da corte.

Os pedidos eram por várias reformas ligadas ao fim do antigo regime. A monarquia deveria ser constitucional e deveria haver liberdades individuais. As exigências que sempre estiveram limitadas à elite letrada e conhecedora dos movimentos liberais tomavam as ruas com essas manifestações. Os folhetos e panfletos circularam em grande quantidade entre 1821 e 1823 e podem ter sido os instrumentos mais importantes para difundir as ideias políticas na sociedade brasileira. Eles ajudaram fundamentalmente a esfera pública brasileira a se desenvolver (NEVES, 2003, 39).

5. Panfleto Citando a Constituição de Cádiz

No livro "Às Armas, Cidadão!" é publicado o panfleto com a citação da Constituição de Cádiz, defendendo que Dom João seguisse os exemplos dos espanhóis e também fizesse vigor uma norma constitucional (CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 168-170).

"Se queres ainda Reinar,
Olha beato João,
Deves ir para Portugal,
E assinar a Constituição.

Detesta qualquer traidor
Que o contrário te encareça,
Uma vez ao Mundo mostra
Qu'inda tens uma cabeça.

Se tu depressa não vais
Para o teu pais natal,
Ó João olha que perdes
O Brasil, e Portugal.

Não te fies no malvado,
No pérfido Thomaz Antonio;
Olha que quando te fala,
Por ele te fala o Demônio.

Isto o que deves fazer,
Se não és um toleirão,
D'outra sorte te virá
A faltar o mesmo pão.

Se assim não o fizeres
Diz adeus a Portugal,
E rei lá verás depressa
O Duque de Cadaval

Assina a Constituição
Não te faças singular
Olha que a teus vizinhos
Já se tem feito assinar.

Prepara p'ra o que te digo,
Não sejas um papa sorda,
Não desgostes Portugal
Antes que a desgraça te morda

Isto não é o bastante,
Deves deixar o Brasil,
Se não virás em breve
A sofrer desgostos mil.

Se tu assim o fizeres
Serás de todos amado,
De vassallos, e vizinhos,
O teu nome Respeitado.

Por um Amante da Pátria".

A Revolução Portuguesa demonstrava constantemente a inspiração na Espanha para desenvolver suas ideias. O texto acima é de um panfleto típico dos anos 1821, de antes do descontentamento brasileiro com as decisões das cortes portuguesas que estavam criando uma Constituição para os três reinos da Casa Bragança – Portugal, Brasil e Algarves. Tornou-se constante a venda de constituições espanholas em Portugal e logo também seria comum no Brasil. Neves afirma que praticamente todos os decretos adotados inicialmente em Lisboa foram copiados ou baseados nas normas espanholas. Diversas foram as manifestações também nos panfletos, que fizeram as principais cidades brasileiras entrarem em contato com os temas do constitucionalismo por meio do exemplo espanhol (NEVES, 2003, p. 79).

Naquele momento, não havia defesa da separação entre os reinos. A adesão ao movimento português por uma Constituição liberal era o pedido feito. As produções exaltavam a posição de Dom João VI enquanto monarca, assim como a necessidade de se realizarem cortes gerais. Não raro, os conselheiros eram responsabilizados por todos os problemas das nações. Especialmente nessa época, poucos panfletos tinham caráter revolucionário e propunham a queda do regime. Dom João VI é visto como

inocente, um rei cercado de servidores que não desejavam a chegada do liberalismo (NEVES, 2003, p. 11 e 26-27). O liberalismo pretendido era em uma monarquia, em plena adesão à continuidade da Casa Bragança à frente do reino.

Além do panfleto apresentado, houve outras produções citando a Constituição de Cádiz no Brasil. Um exemplo é trazido por Neves (2003, p. 97), com um panfleto anônimo em forma de carta e escrito em francês. É feito sob a inspiração de Tomás Antonio de Vilanova Portugal e atribuído a um informante da Intendência da Polícia chamado Cailhé de Geine. Ali se propunha a permanência da família real no Brasil e o abandono completo de Portugal. Dom João VI deveria permanecer para construir um Império brasileiro, deveria ser preservada a família real, com rechaço às ideias revolucionárias. Esse documento teve uma enorme reação, tendo o representante britânico no Brasil relatado que as autoridades brasileiras decidiram retirar todos os exemplares de circulação. Nele, é dito que as províncias do norte do país estavam com Portugal na esperança de que fosse redigida uma constituição semelhante à espanhola (NEVES, 2003, p. 97-98).

6. Uma Constituição Liberal como Exemplo dos Vizinhos

Compreender o ambiente e os motivos que levam a Constituição de Cádiz a ser citada em um panfleto brasileiro é o objetivo principal nesse estudo, especialmente porque o principal uso desses instrumentos eram influenciar a população na luta pelo liberalismo. Em 1820, os Estados Unidos da América, a França e a Inglaterra eram os grandes símbolos da superação do Antigo Regime, do fim dos privilégios feudais, da limitação do Estado e da divisão de poderes. No entanto, como foi comum até 1824, os espanhóis é que estavam sendo vistos como ideal de liberdade no Brasil, Portugal e Itália. Como demonstração da existência de influência, pode-se citar o deputado português Borges Carneiro, eleito como um dos representantes que deveriam elaborar a nova Constituição portuguesa, que seria concluída em 1822. O trecho foi retirado do Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa de fevereiro de 1821:

"Não citei a Constituição Hespanhola como ley, senão como exemplo, por que quem quizer procurar as bases da liberalidade, alli as achará; por que estou persuadido que, se ella não existisse, não estaria reunido este Congresso; e em fim porque devem tomar-se medidas para a segurança publica, e particular" (PORTUGAL, 1821-1822, Seção Legislativa número 14, ata de 13 de fevereiro de 1821).

Outro deputado constituinte português, Madeira Torres, é também significativo para atestar o prestígio que a norma tinha entre a elite dos revolucionários liberais. Ao tratar a censura prévia de obras não religiosas, proferiu o deputado: a "censura prévia se acha resolvido na Constituição d'Hespanha pela parte affirmativa, e por uso decidido igualmente o nosso respeito, visto que a nossa Constituição deve levantar-se sobre as bases d'aquella" (PORTUGAL, 1821-1822, Seção Legislativa número 15, ata de 14 de fevereiro de 1821). Até mesmo no juramento inicialmente feito pelos constituintes portugueses o apreço apareceu: o juramento dos deputados portugueses naquele momento foi o de criar uma Constituição ainda mais liberal do que a de Cádiz (BREWER-CARIAS, 2009, p. 28).

O Brasil, em 1821, estava unido à Portugal na tentativa de criar uma Constituição e manter unidos os reinos. O liberalismo triunfara na Revolução do Porto em 1820, ensejara a instalação de uma constituinte e também a criação dos panfletos do período. Essas manifestações voltadas à população chamaram a Espanha de exemplo, tentando fazer a população brasileira ter a mesma opinião que a elite política portuguesa do período.

A fama e influência que a Constituição de Cádiz alcançou naquele período se deve a um conjunto de fatores que envolvem sua criação, suas principais características e sua segunda entrada em vigor, em 1820, quando cresce exponencialmente sua importância enquanto símbolo liberal para outros países. Juan Ferrando Badia afirma que naquela década de 1820, ela adquiriu o carisma necessário para movimentar os povos europeus contra a Santa Aliança e o movimento de restauração iniciado em 1814 (2012, p. 217).

6.1 Conjuntura de criação e características da Constituição de Cádiz

O primeiro motivo a justificar o aparecimento da referência à Constituição em um panfleto brasileiro é a circunstância de criação da norma. A França poderia ter um grande desenvolvimento teórico em seu liberalismo, mas a Revolução Francesa viera acompanhada de uma violência prolongada, que chocou a maior parte da sociedade portuguesa. A Espanha, nos pródromos da criação da Constituição de Cádiz, seguiu o exemplo inverso. Foi uma sociedade que se uniu sem a presença de seu rei para combater um invasor estrangeiro e, durante essa guerra de forças desproporcionais, ainda conseguiu criar a norma liberal e vanguardista.

O invasor estrangeiro referido é a França. Apesar de uma aliança inicial selada pelo Tratado de Fontainebleau, de 27 de outubro de 1807, e da guerra em conjunto contra a Inglaterra e Portugal (DIAZ DE BAEZA,

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

1852, p. 1), o imperador Napoleão capturou os reis espanhóis Carlos IV e Fernando VII. Ambos estavam envolvidos em uma disputa familiar pela coroa. Carlos IV era o pai e rei até pouco tempo antes, quando fora deposto. Napoleão aceitou servir de árbitro da questão e decidir se a coroa voltaria a ele. No afã de se encontrar antes com o Imperador para lutar por suas posições, pai e filho cruzaram a fronteira para a França e não receberam mais autorização para voltar (LABASTIDA, 1994, p. 12). Tropas francesas, já em grande número no território pela guerra contra Portugal, assumiram o governo espanhol. O novo rei foi brevemente Napoleão, que depois passou a coroa espanhola a seu irmão. José Bonaparte tentou instalar um governo, inclusive outorgando o *Acte Constitutionnel de l'Espagne*, referenciada até hoje como Carta ou Constituição de Bayonne (FERNANDEZ SARASOLA, 2007, p. 64).

A sociedade espanhola não aceitou a imposição de um governo francês. Em pouco tempo, diversas juntas de governo e outras organizações se formaram em todos os territórios com o objetivo de se autogovernar enquanto não ocorria a libertação do rei Fernando VII. Dessas juntas participaram militares, membros da igreja, advogados, médicos, comerciantes e elas receberam grande apoio da população (CASTRO, 1975, p. 28).

Esses acontecimentos se dão ao longo de 1808 – a convocação para as *Cortes Extraordinarias y Constituyentes*, que iriam produzir a Constituição de Cádiz, ocorreu já em 22 de maio de 1809, resultado da união da sociedade espanhola. O ambiente de criação, portanto, foi o de resistência contra um inimigo. Nesse período ainda ocorreu a histórica Batalha de Bailén. Nela, a organização das Juntas de Sevilha e Granada permitiu reunir um exército de mais de vinte mil homens, que enfrentou tropas francesas semelhantes e culminou na primeira derrota continental do Imperador Napoleão em sua campanha militar na Europa (GUZMÁN, 1975, p. 28). A Espanha se uniu e alcançou sucessos importantes apesar de se defrontar com a grande potência da época.

A Constituição era elaborada enquanto a cidade de Cádiz ainda era atingida por projéteis de canhão. A cidade sequer foi a sede da primeira reunião, em 24 de setembro de 1810, por motivos que incluíam a insegurança do local. Apesar das dificuldades, os resultados dos trabalhos das cortes foram amplos.

Antes mesmo de promulgar a Constituição, foi estabelecida a liberdade de imprensa para assuntos não religiosos, o que gerou um florescimento de publicações no país (ALMUIÑA, 2011, p. 89). Os privilégios dos nobres foram abolidos, assim como o direito de cobrar tributos por bens que não fossem de sua propriedade. O seu direito de exercer a jurisdição também foi extinto com a unificação da aplicação da justiça na Es-

panha (SANCHEZ AGESTA, 1955, p. 99). As corporações de ofício e agremiações, que monopolizavam setores inteiros da produção espanhola (SHUBERT, 1991, p. 171-173), foram desfeitas e perderam seus privilégios.

Por fim, depois desses atos preparatórios, veio a própria Constituição de Cádiz, promulgada em 19 de março de 1812. Ela não foi isenta de normas criticadas desde sua discussão, como a falha em solucionar a questão da escravidão ou a retirada de direitos políticos da quase totalidade dos descendentes de africanos. Por outro lado, ela estabeleceu normas que a colocaram em um patamar de grande destaque.

Houve o reconhecimento de inúmeros direitos aos espanhóis. A liberdade e a propriedade foram reconhecidas a todos os livres⁴⁷⁰. Ao lado delas, garantias relacionadas à jurisdição igualitária realizada por juízes competentes e garantias penais implantaram direitos semelhantes aos atualmente existentes.

Os deputados asseguraram a passagem da soberania para a nação, uma norma discutida longamente pelos que defendiam o monarca cativo como único soberano⁴⁷¹. E, superando as disposições francesas, a nação passou a incluir todos os espanhóis, de ambos os hemisférios⁴⁷². O voto não era censitário, ainda que limitado quando houvesse herança africana ou condições como dívidas, processo criminal ou alguns empregos que indicavam dependência econômica. Outras constituições do mundo estabeleciam alguma forma de limitação naquele momento, poderiam ser rendas, patrimônio ou a capacidade de pagar impostos. A Espanha venceu essas barreiras importantes na sua outorga de Direitos Políticos, grande parte dos espanhóis teria o direito ao voto.

Foi estabelecida a divisão dos poderes em três, seguindo a então moderna doutrina francesa⁴⁷³. O destaque, e um dos fatores mais impor-

⁴⁷⁰ Texto original: “Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.” (ESPANHA, 1812/1994).

⁴⁷¹ Texto original: “Art. 3. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales” (ESPANHA, 1812/1994).

⁴⁷² Texto original: “Art. 5. Son españoles:

Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza.

Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.” (ESPANHA, 1812/1994).

⁴⁷³ Texto original: “Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey.

tantes para o relevo posterior da norma, foi a posição de poder entre o monarca e as cortes (o Poder Legislativo). O legislativo, em um colegiado único, tinha as maiores prerrogativas, inclusive fiscalizando grande parte dos atos do rei. Os representantes eleitos tinham, por meio de suas competências, a capacidade de limitar severamente a atuação dos monarcas. As cortes decidiam os tributos, referendavam os atos relacionados a guerra, e decidiam até sobre os recursos pessoais e casamentos da família real.

A Constituição de Cádiz, em suma, foi moderna e atendia aos anseios dos liberais europeus. Ela não originou o liberalismo, mas foi fiel ao seu espírito e trouxe algumas contribuições originais. Sua origem e conteúdo lhe davam legitimidade perante os que lutavam pela limitação dos reis.

6.2 O Triênio Liberal

A Constituição de Cádiz teve o final de tantas outras constituições de países latinos - foi mais uma Constituição de vigência curta. França, Portugal e Brasil não tiveram uma trajetória diferente da Espanha. A Constituição entrou em vigor pela primeira vez em 19 de março de 1812 e saiu de vigência em 4 de maio de 1814.

A norma mantinha a monarquia e apontava Fernando VII como rei, mas ela havia retirado muitas competências do monarca. Em 1812, mais de meio milhão de soldados franceses entraram na Rússia, no inverno, e cerca de 12 mil saíram com vida. Napoleão logo perderia a guerra e viria o período da restauração. Com a queda do Imperador, Fernando VII é libertado e volta à Espanha. A Constituição deixa de vigor apenas dois dias depois do início do Congresso de Viena, de 2 de maio de 1814, que reuniu as grandes nações europeias em assembleia para garantir a volta das monarquias absolutas. A Constituição é declarada “repugnante” e os constituintes foram perseguidos. Sua vigência havia sido curta demais para que efeitos dela pudessem ter sido sentidos na maior parte da Espanha (CLAVERO, 1986, p. 43).

Esse primeiro período de vigência não trouxe a Constituição de Cádiz à condição de símbolo do liberalismo na Europa. Ainda que tivesse qualidades relevantes, nenhuma circunstância à levou a ser reconhecida e copiada por outros países.

Art. 17. *La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.*” (ESPANHA, 1812/1994).

É durante o segundo período de vigência, a partir de março de 1820, que aquela norma se torna um farol para outros países que buscam os valores liberais (BREWER-CARÍAS, 2009, p. 26).

A segunda vigência inicia com o Coronel Rafael Riego. Ele comandava tropas que deveriam partir para a América e frustrar as tentativas independentistas das colônias espanholas. O militar, ainda em solo espanhol, afirma que mais importante seria proclamar a Constituição de Cádiz imediatamente. Ela foi proclamada em 1º de janeiro de 1820, no povoado de Las Cabezas de San Juan, que ficava entre Cádiz e Sevilha. Depois do ato, Riego percorreu diversas localidades sem angariar grande apoio.

Apesar do insucesso no local, diversas outras localidades espanholas se revoltaram durante os próximos dois meses. A situação evoluiu até que, em 7 de março de 1820, o Palácio Real de Madri foi cercado por uma grande revolta e o general Ballesteros, mesmo possuindo forças para conter a multidão, afirmou que não poderia responder por sua tropa. Fernando VII outorgou a Constituição, com uma frase que se tornaria infame na história constitucional espanhola: *“Marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional”*. O monarca estava agindo contra sua vontade, e historiadores apontam os fatores realmente relevantes nesse sucesso da volta da norma, como o carisma dos militares, o amplo apoio financeiro das colônias na América, o apoio de grupos influentes (secretos ou não) da Espanha e dificuldades enfrentadas pelo governo naquele período.

Em 7 de março iniciou o Triênio Liberal. Foi esse o período conturbado em que a luta pela limitação dos monarcas fez com que a norma espanhola adentrasse com força na história política de Portugal e Brasil. Agora a Espanha era o único outro país europeu a ser regido por uma constituição liberal – sendo o primeiro a França, que restituíra um Bourbon ao poder em 1814 e pouco inspiraria os que buscavam uma revolução contra o poder dos monarcas.

Os apoiadores da Constituição de Cádiz que formavam o governo espanhol tinham consciência do perigo que a vigência da norma trazia. Ela limitava excessivamente os poderes do rei e era um símbolo de liberdade. A Santa Aliança poderia intervir no país com o único objetivo de derrubá-la, como efetivamente ocorreu pouco tempo depois. Para diminuir essa chance, a Espanha adotou a política de não intervir em nenhuma revolta na Europa, que naquele momento via diversos movimentos que lutavam pelo retorno ou pela derrubada de seus reis (FERRANDO BADÍA, 1991, p. 209). Apesar do silêncio em relação a outras tentativas de implantar sistemas liberais, Riego passara a ser visto como o herói militar e marco inspirador.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Apenas seis meses após a vigência da Constituição de Cádiz, eclodiu na cidade do Porto a revolução que traria o rei Dom João VI à Europa e os panfletos ao Brasil. A revolução foi inspirada no exemplo espanhol e até uma proposta de recriação da União Ibérica foi tentada pelos portugueses. A influência espanhola foi profunda e reconhecida publicamente em discursos, leis, manifestações políticas e falas de representantes das cortes. Por um período brevíssimo, a Constituição de Cádiz chegou a ser proclamada em Portugal e a sua retirada de vigor só se deu após haver consenso em seguir todo o sistema eleitoral espanhol para eleger os futuros constituintes portugueses - sistema utilizado, por consequência, também nas primeiras eleições gerais brasileiras. As normas de eleição das cortes constituintes portuguesas sequer renumeraram os artigos da Constituição de Cádiz, o sistema foi utilizado com poucas adaptações.

Na Itália ocorreu uma trajetória semelhante, o imperador Napoleão criara uma divisão territorial que violava as regiões tradicionais. A desorganização e os efeitos da restauração criaram um ambiente no qual a insatisfação também era grave. Assim, Nápoles, Piemonte e Sicília deram início a revoluções que rapidamente proclamaram a Constituição de Cádiz como norma fundamental (FERRANDO BADIA, 2012, p. 233-238). Essas revoluções, no entanto, foram consideradas excessivamente perigosas para a política europeia e a Áustria foi encarregada de restaurar a monarquia absoluta na Itália. Tarefa cumprida com força militar, mas sem dificuldades maiores.

Os exemplos dados por Portugal e Itália fizeram com que a vigência da Constituição de Cádiz fosse vista como a maior fonte de insegurança existente contra o Antigo Regime em toda a Europa (FERRANDO BADIA, 2012, p. 242-243). Ela era o símbolo da luta contra o poder absoluto. E, por ser este símbolo, afinal houve a decisão vinda principalmente da França, Inglaterra, Rússia, Prússia e Áustria de dar um final definitivo à sua vigência.

Em outubro de 1822 foi realizado o Congresso de Verona, voltado à resolver a *questión espanõla*, e nele se decidiu fazer uma intervenção militar para auxiliar Fernando VII a retomar o posto de monarca absoluto. Em abril de 1823, uma tropa de cem mil franceses invadiu o território espanhol e, com a ajuda de muitos membros do clero e da própria monarquia, avançou rapidamente pelo território e derrubou os defensores da Constituição de Cádiz. Os franceses ficariam conhecidos como os *Cien Mil Hijos de San Luis* (VARELA SUANZES-CARPEGNA, 2010, p. 248).

Mais tarde, a Constituição de Cádiz vigeria uma última vez na Espanha, entre agosto de 1836 e junho de 1837, mas sob as críticas de

muitos lados por sua inadequação à realidade política espanhola do período. Naquele momento, ela não teve projeção internacional de relevo.

Os revolucionários do Porto, em 1820, viam a Constituição de Cádiz da segunda vigência como o grande símbolo a ser seguido. Ela foi a Constituição que serviu de base para muitas normas lusitanas, inclusive a Constituição provisória chamada Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa, o primeiro texto constitucional a vigor no Brasil e em Portugal. Suas normas eleitorais foram utilizadas nas primeiras eleições gerais da história do Brasil. A influência sobre a população aparece, sobretudo, com a demanda popular que levou a norma à ser outorgada no Brasil por Dom João VI no dia 21 de abril de 1821. Ela deixaria de vigor na madrugada do dia seguinte devido a um conflito violento entre militares e a população amotinada no Rio de Janeiro. O episódio, apesar das dúvidas sobre sua eventual organização premeditada, demonstra como a população brasileira não desconhecia a norma e via nela as mesmas qualidades que portugueses e italianos.

Por ter sido um símbolo importante do liberalismo português, a Constituição de Cádiz chegou ao Brasil. Citações e usos políticos dela haviam ocorrido antes desse momento, como durante a Revolução Pernambucana de 1817, mas sem alcançar o patamar de importância de então. Ela influenciou a história constitucional brasileira de diversas formas. Uma das mais importantes no sentido cultural e social é o contato e aceitação por parte da população, um fenômeno de difícil documentação, mas auxiliado pela existência de um panfleto que a cite. Mais tarde, ela faria parte de outros episódios, como a implantação do sistema provincial e o uso de diversas de suas normas na Constituição do Império de 1824.

7. Acontecimentos Posteriores

O panfleto sugerindo que Dom João VI seguisse seus vizinhos espanhóis e elaborasse uma Constituição foi um fato pequeno dentro do amplo leque de acontecimentos daqueles anos. Logo o monarca embarcaria para Portugal e não mais retornaria. As cortes organizadas para fazer uma Constituição não tiveram sucesso em manter unidos os três reinos. Apesar de ter representantes brasileiros, predominou a vontade dos portugueses, inclusive nas tentativas de reimplantar várias vantagens econômicas e políticas que haviam desaparecido com a vinda da família real.

O Conselho dos Procuradores foi organizado em fevereiro de 1822. Logo após viria a Assembleia Luso-Brasiliense, que com a independência passou a ser só brasileira e responsável por elaborar a futura Cons-

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

tuição. No entanto, trabalhava em constante conflito com Dom Pedro I. O monarca desejava uma Constituição bem diferente das francesas ou espanholas, que não limitasse seus poderes. Abaixo um trecho do discurso do imperador na abertura da Assembleia, o mesmo que implantaria o Poder Moderador após de dissolvê-la poucos meses depois.

Todas as Constituições, que á maneira das de 1791 à 1792 tem estabelecido suas bases, e se tem querido organizar, a experiência nos tem mostrado que são totalmente theoricas e metaphysicas, e por isso inexequíveis: **assim o prova a França, a Hespanha, e ultimamente Portugal. Elas não tem feito, como devião, a felicidade geral**, mas sim, depois de huma licenciosa liberdade, vemos que em huns paizes já appareceu, e em outros ainda não tarda a apparecer, o despotismo em hum, depois de ter sido exercitado por muitos, sendo consequência necessária ficarem os povos reduzidos á triste situação de presenciarem e sofrerem todos os horrores da anarchia (ARMITAGE, 1837, p. 79-80, grifo nosso).

Até os insucessos nas cortes portuguesas, os panfletos manifestavam o desejo de manter o laço com Portugal. Suas exigências se ligavam ao desejo de uma Constituição e a garantia da união do território brasileiro. É apenas em agosto de 1821 que os manifestos começam a dar a ideia de independência, mostrando insatisfação com os trabalhos das cortes e suas atitudes no sentido de concentrar poder político e garantir novamente os antigos privilégios. Exemplos são o Manifesto aos Povos do Brasil, de Gonçalves Ledo, publicado no dia 6, e o Manifesto às Nações das Américas de José Bonifácio.

Antes dos conflitos com as cortes portuguesas, as manifestações apontavam normalmente para a continuidade da união. A adesão de Dom João VI e sua volta a Portugal fez com que o país europeu visse a união como uma das grandes prioridades – nesse momento, o exemplo da Constituição de Cádiz era muito forte. Com a derrocada das negociações e as tentativas de aumentar o poder português sobre o governo do príncipe Dom Pedro, os panfletos migrariam de assunto e a independência passaria a ser o tema principal. O conteúdo dos panfletos acompanhou a política. A derrocada das negociações nas cortes fez surgir o desejo de separação. A Constituição de Cádiz teve um papel menor a partir desse período, quando as diferenças com Portugal e a conjuntura política brasileira, com Dom Pedro forte politicamente, diminuíram a possibilidade de influência da norma espanhola.

8. Considerações Finais

Os panfletos, folhetos e manuscritos foram instrumentos típicos dos séculos XVI ao XIX na transmissão do conhecimento político. Eram textos geralmente simples, voltados a ensinar e convencer aqueles que não possuíam acesso aos jornais ou livros de grandes filósofos e políticos. Encontrar uma menção à Constituição de Cádiz em um deles é um fato relevante e que merecia justificação histórica. Essa mesma norma vigeu no Brasil por um dia por meio da pressão popular, ou seja, ela fazia parte da cultura da população – uma população que não era inerte no desenvolvimento político do país.

O folheto citando a Constituição indica que havia interesse em introduzir a norma à população. Ela era um exemplo em Portugal e serviu de base para muitas normas. Esse dado fica evidente quando os registros das cortes portuguesas citam ela com frequência e normalmente para utilizá-la como fundamento em suas próprias decisões. A norma também chegou ao Brasil e acabou sendo mais um símbolo de liberalismo apresentado à população.

A vigência da Constituição de Cádiz no Brasil após uma revolta da população do Rio de Janeiro indica como ela foi recebida pela população. Não é possível associar esse recebimento de fatos políticos por panfletos com a outorga da norma, pois os primeiros anos da década de 1820 foram de intensa conformação política e muitos meios influenciavam as pessoas de todas as condições. No entanto, o folheto é um dado importante, pois mostra um movimento em promover uma norma por parte dos que escreviam à população. É mais um ponto de aproximação da norma espanhola com a população do Brasil, uma parte da história constitucional brasileira e uma demonstração de que desde os primórdios do constitucionalismo brasileiro, a população teve peso reconhecido pelos governantes.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Referências

ALMUIÑA, Celso. Opinión pública y revolución liberal. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Volume 24, 2002. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/download/CHCO0202110081A/6919>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

ALONSO, Paula. Introdução. In: *Construcciones Impresas. Panfletos, Diarios y Revistas en la Formación de los Estados Nacionales en América Latina, 1820-1920*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2005.

ARMITAGE, John. *Historia do Brazil desde a chegada da real familia de Bragança, em 1808, até a abdicação do Imperador D. Pedro I, em 1831*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1837. Disponível em: <http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00187000/001870_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BARATA, Alexandre Mansur; GOMES, Gisele Ambrósio. Imprensa, política e gênero. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Ouro Preto, ano XLIV, n. 1, p. 42-53, jan./jun., 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La Constitución de Cádiz de 1812 y los Principios del Constitucionalismo Moderno: Su Vigencia em Europa y em América. *Anuario Jurídico Villanueva*, Madri, Volume III, 2009.

CANO, Jefferson. *O Fardo dos Homens de Letras, o "orbe literário" e a construção do império brasileiro*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2001. Tese de doutorado apresenta ao Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas.

CARVALHO, José Murilo de; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. *Às Armas, Cidadãos! Panfletos Manuscritos da Independência do Brasil (1820-1823)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CASTRO, Adolfo de. *Cádiz en la Guerra de la Independencia: cuadro histórico*. 2ª Edição. Librería de la Revista Médica, 1864.

GUZMÁN, Eduardo de. Las ocho constituciones de España: Cádiz, 1812: dramáticos orígenes de la vida parlamentaria española. *Tiempo de historia*. Prensa Periodica, Madri, Ano I, número 10, set. 1975.

CLAVERO, Bartolomé. *Evolución Historica del Constitucionalismo Español*. Madri: Editori-al Tecnos S. A., 1986.

COSTA, Catiane Trindade. *A Imprensa no Grão-Pará no Século XIX*. Disponível em: <http://amazoniagraopara.ufpa.br/publicacoes/Imprensa_grao_para.pdf>. Acessado em: 02 nov. 2014.

DEAECTO, Marisa Midori. *Os primórdios da imprensa paulista*. José da Costa Carvalho, fundador de O Farol Paulistano (1827-1831). *Revista de História Regional*, vol. 12, n. 2, 20-50, inverno de 2007.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

DIÁZ DE BAEZA, D. Juan. *Historia de la Guerra de España contra el Emperador Napoleon*. México: Imprenta de I. David, 1852.

ESPAÑA. Constitución Política de la Monarquía Española. In: LABASTIDA, Horacio. *Las Constituciones Españolas*. 1ª Edição. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1994.

ESPAÑA. Real Decreto de 4 de mayo de 1814. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/historiadeespa/selectividad/textos-y-temas-de-selectividad/real-decreto-de-4-de-mayo-de-1814>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *La Constitución de Bayonne (1808)*. Madri: Portal Derecho, S. A., 2007.

FERRANDO BADÍA, Juan. Proyección exterior de la Constitución de 1812. *Revista Ayer*, número 1, 1991. Disponível em: <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer1_07.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

FREYRE, Gilberto. *O mundo que o Português criou*. Aspectos das Relações sociais e da cultura do Brasil com Portugal e as colônias portuguesas. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940.

GUZMÁN, Eduardo de. Las ocho constituciones de España: Cádiz, 1812: dramáticos orígenes de la vida parlamentaria española. *Tiempo de historia*. Prensa Periodica, Madri, Año I, número 10, set. 1975.

LABASTIDA, Horacio. *Las Constituciones Españolas*. 1ª Edição. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1994.

MOREIRA, Lucio da Silva. *Imprensa e opinião pública no Brasil Império*. Minas Gerais e São Paulo (1826-1842). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2011. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. A “guerra de penas”: os impressos políticos e a independência do Brasil. *Revista O tempo*, vol. 8, 1-17, ago. 1999.

_____. *Corcundas e constitucionais*. A Cultura Política da Independência (1820-1822). Rio de Janeiro: FAPERJ; Revan, 2003.

_____. *Leitura e leitores no Brasil, 1820-1822: o esboço frustrado de uma esfera pública de poder*. Acervo (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 08, n. 1-2, p. 123-138, 1996.

PORTUGAL. *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*. Primeira legislatura, primeira sessão legislativa, número 14, ata de 13 de fevereiro de 1821. Lisboa, 1821-1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/?pid=mc>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

_____. *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*. Primeira legislatura, primeira sessão legislativa, número 15, ata de 14 de fevereiro de 1821. Lisboa, 1821-1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/?pid=mc>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

RIZZINI, Carlos. *O livro, o jornal e a tipografia no Brasil*. 1500-1822. Com um breve estudo geral sobre a informação. São Paulo: Imesp, 1988.

SANCHEZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo Español*. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1955.

SHUBERT, Adrian. *Historia social de España (1800-1990)*. Madri: Editorial NEREA, S. A., 1991.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. O Constitucionalismo Espanhol e Português Durante a Primeira Metade do Século XIX (Um Estudo Comparado). In: *História Constitucional*. Número 11. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madri, 2010.

WINTER, Murillo Dias. "¿Y qué nos haremos en tales circunstancias, me preguntais?" - Imprensa na independência do Brasil (Província Cisplatina, 1821-1824). In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio: Saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro: Anpuh-Rio, 2014.

UMA ANTROPOLOGIA DA INSTÂNCIA PATERNA E A LEI JURÍDICA

Gerson Neves Pinto*

A família é uma estrutura que estabelece ligações entre os indivíduos e fundamenta todas as sociedades humanas, tomando formas diversas no tempo e espaço. Desde os gregos, encontramos variadas formulações acerca da família, das quais poderíamos dar a seguinte síntese: de um lado, temos Platão que no Séc. IV A.C. propõe a criação de uma cidade ideal, na qual ele pretendia que a família pudesse ser abolida: “As mulheres de nossos guerreiros serão todas comuns a todos; nenhuma delas habitará em particular com nenhum deles; do mesmo modo, os filhos serão comuns e os pais não conhecerão os filhos, nem estes os pais.”⁴⁷⁴ Este sistema faria com que cada homem fosse o pai de todas as crianças, mesmo que ele não tenha certeza de que seja realmente o pai de alguma delas. Por sua vez, Aristóteles constata que “a incerteza da paternidade acarretaria a negligência em relação a todas as crianças.”⁴⁷⁵ Para Aristóteles, contrário a Platão neste aspecto, a família se define como a primeira comunidade (*oikia*) segundo a natureza. A família é, portanto, constituída por membros obedientes, aonde o homem comanda, a mulher se submete e a família é organizada segundo um princípio monárquico: a dominação patriarcal.

Podemos dizer que no Ocidente a segunda forma de organização [a aristotélica] foi a que preponderou, contudo o princípio da autoridade, sobre o qual ela sempre esteve fundada, encontra-se atualmente em crise no seio da sociedade ocidental. Assim, de modo diverso ao que se observava na família tradicional, onde o exercício normativo do pai implicava, na maioria das vezes, em obediência e submissão por parte dos filhos, o pai contemporâneo encontra sua autoridade questionada ou anulada⁴⁷⁶.

* Doutor em Filosofia pela *École Pratique des Hautes Études - Sorbonne* (Paris/FR). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto de Filosofia do Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Email: gerson.p@terra.com.br

⁴⁷⁴ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Ed. Difusão Européia do Livro, 1965, 457c-458b.

⁴⁷⁵ ARISTOTELES, *Politique, II, 3, 1282 a 1*. Introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: J. Vrin, 1987, 1282 a 1.

⁴⁷⁶ *Grosso modo*, podemos dizer que esta situação do “modelo patriarcal” perdurará até o final do *Ancien Régime*. Dentre diversas outras causas, podemos afirmar que a partir das duas revoluções liberais (a Revolução Francesa e a Americana) temos o término das desigualdades entre o Rei e os súditos, entre homens e mulheres, entre pai e mãe. O primeiro projeto de

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

A crise da família ocidental na atualidade indica a possível ocorrência de algumas dificuldades ou até situações catastróficas. As visões mais pessimistas sobre o futuro da família apontam para a sua destruição por meio de transformações cada vez mais importantes e inéditas como a legalização do aborto, a fecundação fora do corpo da mãe biológica, clonagem, monoparentalidade, homoparentalidade, a legalização de casamento entre homossexuais etc. O fato de as mulheres poderem dominar inteiramente a procriação, de o pai não ser mais necessariamente o genitor nem o parceiro da mãe e também de os homossexuais terem a possibilidade de participar do processo da filiação, seriam situações que poderiam significar que finalmente a família está condenada e, desse modo, também a possibilidade de cada um de nós se constituir como sujeito? É uma questão que muitos se colocam, diante de uma realidade tão complexa quanto a de nossa sociedade contemporânea. No entanto, há que se levar em conta que a família jamais foi tão demandada como sendo um dos únicos valores seguros, ao qual ninguém deseja renunciar. Em que pesem estas posições mais niilistas, salta aos olhos que a família está sendo pretendida por homens, mulheres e crianças de todas as idades, pessoas de todas as orientações sexuais e de todas as condições sociais como um esteio capaz de proporcionar a felicidade.

O valor da estrutura familiar está claramente abordado na primeira encíclica do papa Francisco, *Lumen Fidei* (A luz da fé), publicada recentemente pelo Vaticano: “O primeiro âmbito da cidade dos homens iluminado pela fé é a família”.⁴⁷⁷ De outro lado, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando a proteção das estruturas familiares fragilizadas, lançou, em 2012, uma campanha para estimular o reconhecimento espontâneo da paternidade. Denominada “Pai Presente”, esta campanha sublinha a importância da realização do registro civil mesmo que tardiamente. O objetivo visado é o estabelecimento das origens daqueles indivíduos que não tiveram tal informação acerca de seu pai. Além disso, trata-se de um direito previsto pela Constituição Federal, no seu artigo 226, parágrafo 7, que trata da paternidade responsável, e na Lei 8.560/92 que regula a investigação da paternidade dos filhos nascidos fora do casamento civil. A despeito da norma constitucional e da Lei 8.560/92, a situação na qual nos

Código Civil Francês afirmava: “Il n’y a plus de puissance paternelle!” – Lebrun (2012), p. 36. O que importa agora é o que Tocqueville vai identificar como sendo a “igualdade de condições”. Ele vai afirmar como “efeito gerador” da democracia a “igualdade de condições”. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Madrid: Ed. Akal, 2007, p. 33.

⁴⁷⁷ Mesmo que logo a seguir a encíclica afirme um de seus dogmas mais firmes “penso, antes de mais nada, na união estável do homem e da mulher no matrimônio”. É compreensível que a igreja adote esta postura, dada a sua compreensão biológica da reprodução humana.

encontramos reflete a falta de conhecimento da população a respeito de seus direitos fundamentais. De acordo com o Censo Escolar de 2011, existem cerca de 5,5 milhões de estudantes brasileiros que não possuem a informação sobre a sua paternidade em suas certidões de nascimento.

Uma das contribuições mais relevantes sobre a questão das estruturas familiares e seu valor é a abordagem realizada pela psicanálise acerca dos papéis de seus integrantes, principalmente do casal parental e suas relações com os filhos. Jean-Pierre Lebrun refere que as grandes transformações ocorridas na família apresentam como característica preponderante a “suspensão dos limites”⁴⁷⁸ que acarreta novas formas de subjetivação e de laços sociais. Infelizmente, temos muitos rasgos disso no “mundo sem limites” em que vivemos (conforme Jean-Pierre Lebrun, em seu livro com esse título), onde nenhuma diferença parece ser admitida ou tolerada, onde dizer “não” a uma criança está cada vez mais difícil, quase impossível. Jean-Pierre Lebrun aponta o que poderíamos chamar de “decadência da figura paterna”. Em “Um mundo sem Limites”, Lebrun constata um processo de “dessimbolização” que afeta nossa sociedade, da mesma forma que se apóia na obra de Lacan sobre os complexos familiares para interrogar sobre o que ele designa por “a desinstitucionalização” da família, e que passaria por uma deslegitimação da figura do pai. No importante trabalho “Os Complexos Familiares” de 1938, Lacan anteviu o quadro dramático da família ocidental, perpassada, como afirma Roudinesco, por todas as torpezas sociais, todas as violências subjetivas e todos os conformismos.⁴⁷⁹

Fala-se comumente em declínio do que Lacan chamou o “Nome-do-Pai”, noção esta que ele retirou da idéia de castração, esta última estabelecida por Freud.⁴⁸⁰ É do “o Nome-do-Pai” que deriva a função paterna, função que alguns qualificam, a justo título, de pacificadora e civilizatória, dado que ela normatiza, pelos efeitos da castração, a transmissão simbólica, a relação com a lei. Do declínio desta família tradicional, do qual Freud foi testemunha e principal teórico, emergiu, segundo afirma Roudinesco, “um processo de emancipação que permitiu às mulheres afirmar sua diferença – especialmente ao separar maternidade de desejo e de procriação

⁴⁷⁸ LEBRUN, Jean Pierre. *Um monde sans limites*. Toulouse: Éditions érès, 2012, p. 34.

⁴⁷⁹ ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 136.

⁴⁸⁰ O chamado complexo de Édipo freudiano é apresentado por Lacan na fórmula da metáfora paterna como “uma operação de substituição significante, em que o Nome-do-Pai substitui o significante do desejo da mãe, cujo significado é incógnito para o sujeito, e que tem como resultado a inscrição da lei da castração no Outro e a produção da significação sexual que é fálica”. QUINET, Antônio. *Um olhar a mais: ver e ser visto na Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 101).

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

e ao querer ter acesso ao trabalho -, tomar as crianças como sujeitos e não como imitações de adultos e aos homossexuais de se normalizar e de não mais ser considerados perversos.”⁴⁸¹ Atualmente as mulheres vão além da maternidade, com suas realizações profissionais; as crianças adquirem subjetividade que vai além de projetos de adultos; e as relações homoafetivas⁴⁸² objetivam fundar famílias. Neste sentido, o que a psicanálise⁴⁸³ pode nos ajudar a compreender nesta nova forma de família é a constatação de que não é somente a diferença biológica de sexos, muito menos a necessidade de um pai real e de uma mãe real que são determinantes, mas fundamentalmente, é o fato de alguém exercer a “função materna”, assim como, alguém exercer a “função paterna”. E é disso que se trata quando falamos de família, sociedade e cultura: são instituídas pela linguagem, pois é a linguagem o que nos humaniza, o que faz com que possamos “instituir” o lugar de filho, filha, pai, mãe, homem, mulher etc. É a instauração dos limites, a proibição do incesto, do parricídio, pois “faz-se necessário a proibição para assegurar aquilo que nos diferencia do mundo animal: a passagem da natureza à cultura.”^{484, 485}

Por tratar-se justamente de uma operação da linguagem é que podemos afirmar que o “Nome-do-Pai” é resultante de uma metáfora. Dito de outro modo, o pai ou antes a metáfora paterna tem por função estabelecer a alteridade, de funcionar como o terceiro entre a mãe e a criança. É neste sentido que podemos afirmar, com Lacan, que a mãe funda o pai.⁴⁸⁶ Isto é, é necessário que esta mãe seja marcada pelos limites da linguagem, do simbólico e conseqüentemente da metáfora paterna. É isto que permitirá que seu bebê seja um outro ser para ela e não uma extensão sua. É graças à lei que o “Nome-do-Pai” estabelece que os laços de dependência entre o bebê e sua mãe vão se desfazendo progressivamente. Retomando os próprios termos de Lacan em seu seminário sobre

⁴⁸¹ ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

⁴⁸² Sobre este tema, ver PERELSON, Simone. A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual. *Revista Estudos Feministas*, Vol. 14, n. 3, Florianópolis Sept./Dec., 2006.

⁴⁸³ ESTA VISÃO NÃO É UNÂNIME ENTRE OS PSICANALISTAS. ALGUNS, COMO CHARLES MELMAN, DECLAROU EM UMA ENTREVISTA PARA A RTL EM 21 DE JUNHO DE 2001 QUE OS “FILHOS DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS SERIAM BRINQUEDOS DE PELÚCIA DESTINADOS A SATISFAZER O NARCISISMO DE SEUS PAIS.” ROUDINESCO, ELIZABETH. *POR QUE A PSICANÁLISE*. RIO DE JANEIRO: JORGE ZAHAR, 2000, P. 89.

⁴⁸⁴ ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

⁴⁸⁵ Da passagem da natureza à cultura, ver o excelente livro do antropólogo Claude Lévi-Strauss. *O Cru e o Cuzido*. *Mitológicas I*. São Paulo: CosacNaify, 2004.

⁴⁸⁶ LACAN, Jacques. *Séminaire V – Les Formations de l’Inconscient*. Paris: Ed. Du Seuil, 1998, p. 191.

*As Formações do Inconsciente*⁴⁸⁷, é isto que vai permitir o vai-e-vem da mãe, a alternância entre a presença e a ausência, o que significa que a mãe tem outras coisas às quais se dirige e que, neste sentido, a criança não é tudo para ela, não a preenche como tal.

Lacan ao falar sobre função paterna, não se refere somente ao pai biológico⁴⁸⁸, mas àquele que pode realizar a função paterna por meio da mediação da linguagem, nomeando-se como pai, afirmando-se a si mesmo como tal. Devemos ressaltar que funciona como pai aquele que é designado pela mãe à criança. Neste sentido, a referida campanha promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e que objetiva estimular o reconhecimento da paternidade é de fundamental importância pois por meio deste reconhecimento temos a inscrição simbólica do nome-do-pai da criança. Isso é decisivo para que uma inscrição da função paterna no psiquismo da criança possa ter lugar, já que se produz assim, de saída, um pai do qual a criança e a mãe poderão falar entre eles e com o social. Os efeitos dessa possibilidade na socialização e na relativização da relação da criança com a mãe-bebê são de alcance incomensurável no desenvolvimento da criança e de suas potencialidades enquanto sujeito que vai depois ocupar seu lugar no social. Mannoni nos diz que “a presença real do pai não é indispensável: o que parece indispensável é a presença do pai no discurso da mãe.”⁴⁸⁹ O principal fator para se efetuar a separação é o advento desta função terceira, a função paterna, que irá barrar a relação dual mãe-bebê, na qual a palavra do pai (no Édipo), interditando a mãe ao filho, coloca-o na instância de derivar seu desejo para outra coisa. Se isso não se opera, “quando a mãe nega à palavra do pai a função da lei, impede o filho de aceder à metáfora paterna, isto é, a representação de um pai que seja a autoridade que o separe dela.”⁴⁹⁰ Nesse caso temos mesmo um Édipo fracassado, um pai sem função, e uma mãe e uma criança sem limites. Por isso, Lacan tem razão quando diz que: “... a mãe funda o pai...”. Ou seja, tudo depende de como cada mulher tem, inscrita inconscientemente em seu psiquismo, a figura (metafórica) do pai. É isso o que decide o modo como ela vai transmitir essa figura à sua criança.

⁴⁸⁷ LACAN, Jacques. *Séminaire V – Les Formations de l’Inconscient*. Paris: Ed. Du Seuil, 1998, p. 191. Sobre o tema, ler o seminário de Jacques Lacan, *As Formações do Inconsciente*, Leçons 9-12 sur *La Logique de la Castration*.

⁴⁸⁸ Desde “Complexos Familiares” de 1938, Lacan coloca o pai como simbólico. Muito mais importante do que a questão da paternidade biológica, o autor colocava a paternidade como decorrente de uma função social.

⁴⁸⁹ MANNONI, Maud. *A Primeira entrevista em Psicanálise*. Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1986, p. 48.

⁴⁹⁰ LEMAIRE, Anika. *Jacques Lacan: uma introdução*. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 288.

Mas, a esta altura, poderíamos nos perguntar por que é tão importante esta questão do reconhecimento da paternidade e o seu papel simbólico dentro do direito? Em outras palavras, por que a mãe necessita deste outro (o pai) na sua relação com o seu filho?

Apesar de a mãe estar também inserida na linguagem e no pensamento simbólico, por uma questão natural (seu “vínculo” corporal-natural) com o bebê, ela por si só não consegue estabelecer esta significação do filho na linguagem. Esta relação dual mãe-bebê está fortemente no registro natural, desde a concepção até o nascimento, irá impossibilitar que ela sozinha possa barrar e colocar limites nesta relação dual. Portanto, a mãe não pode estabelecer algo da dimensão simbólico-cultural para o seu filho, dado que esta relação dual está fortemente marcada pelo registro do natural. Deste modo, é necessário a intervenção de um terceiro, daquele que exerça a “função paterna”, que seja o representante da lei, lei como instância mediadora entre mãe e o filho. É necessário, para a inserção da criança na ordem simbólica, que ela perceba que a mãe é não-toda, que a mãe depende de outra coisa, de seu homem, de seu amante etc. É claro que não se trata de dizer que o genitor é sempre um pai⁴⁹¹. O pai, insisto, é o homem da mãe, aquele cuja palavra tem efeitos sobre ela, aquele que a convoca em seu desejo de mulher. É isso o que faz com que uma mãe coloque limites em uma criança, independente da presença ou ausência física do pai, ou do quanto esse pai é bem ou mal-sucedido em suas empreitadas da vida. O pai perfeito, competente e poderoso, é pura construção de algum ideal feminino e infantil, fadado ao fracasso. O pai é humano e, como tal, submetido às leis de sua condição, as mesmas que ele tem para transmitir a seu filho. Enfim, a função do pai é de separar a criança da mãe. Ele deve se interpor entre a mãe e a criança para permitir à criança desenvolver a sua identidade fora da simbiose com a mãe. Se a mãe representa este amor fusional com a criança, o pai representa os limites, a separação, o estabelecimento dos interditos.

A presença da figura paterna estrutura a criança em sua individualidade, a prepara para a vida em sociedade e para a observância das suas leis. É porque somos seres de linguagem que produzimos nossos vínculos, e a partir deles, nossa cultura. O que chamamos de sociedade produz cultura, e somente há sociedade a partir da família, nossos primeiros ou-

⁴⁹¹ A função paterna, ou seja, o exercício da lei e da autoridade, pode ser exercida, na ausência do pai, pela mãe, ou pelo avô, tio etc. Enfim, para que a função paterna aconteça é necessário um terceiro, terceiro este que nada tem haver com o genitor ou com a sexuação anatômica [masculina] que é a sua – uma vez que casais homossexuais também estão inscritos nesta mesma lei da constituição do psiquismo, que é um dado de linguagem e não de diferença anatômica.

tros, nossa primeira vida social. Se não ocorrerem os interditos no âmbito da família durante a educação/formação da criança, dificilmente teremos um indivíduo com capacidade para se inserir na vida social e reconhecer direitos e deveres como um integrante de uma comunidade.

Pierre Legendre, um grande jurista francês, afirma algo extremamente esclarecedor: não basta produzir o humano, é preciso instituí-lo.⁴⁹² A linguagem desempenha a função de instituir a família, a sociedade e a cultura, pois é a linguagem que nos humaniza, que faz com que possamos “instituir” o lugar de filho, filha, pai, mãe, homem, mulher etc.⁴⁹³ Assim, o fundamento da Lei (que funda e institui a humanidade) é o lugar de referência⁴⁹⁴ simbólica, dado que os interditos estão na base da comunicação humana e em seus sistemas de trocas simbólicas, como afirma Legendre. Neste sentido, podemos concluir que eles se constituem em fundamentos do discurso e da palavra na sociedade humana.”⁴⁹⁵

Por isso, não basta “engendrar” biologicamente um ser para que sejamos isso ou aquilo uns para os outros. Não há “outros” se esse lugar não for transmitido. E a transmissão humana desses lugares é sempre dramática. A existência do outro é sempre dramática. Por isso a família se institui ao preço de complexos. No livro “Os complexos familiares” (1938) Jacques Lacan discorre sobre essa idéia de complexos, nos explicando, por exemplo, que os complexos estão para a família humana na mesma dimensão que os instintos estão para a família biológica (a reprodução dos animais).

⁴⁹² “Ainsi, la généalogie dans son principe ne vise pas seulement le faisceau des réalités biologiques, mais bien l’ensemble des systèmes institutionnels fabriqués par l’humanité pour survivre et se répandre. Elle intéresse un point essentiel, inévitablement remué par la modernité comme il le fut chez les classiques : ce qui fait que la vie est la vie. Chaque fois que la mise généalogique pour un sujet est perdue, *la vie ne vit pas*. Tel est l’enjeu à l’échelle sociale : écraser la vie ou la faire vivre, car il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l’instituer.” LEGENDRE, Pierre. *L’Inestimable Objet de la transmission. Étude sur les principes généalogiques en Occident*. Paris: Fayard, 1985, p. 9-10.

⁴⁹³ Um bom exemplo disso é a criação pelos romanos do direito de família que estabelece os lugares na família por meio da organização das linhagens de parentesco.

⁴⁹⁴ “La Référence, c’est au fond l’affaire que les Romains [*Digeste*, 1, 3, 2], pas plus aveugles que nous, désignaient par la formule *vitam instituere (instituer la vie)*.” LEGENDRE, Pierre. *Le Dossier occidental de la parenté*. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, traduits et présentés par Anton Schütz, Marc Smith, Yan Thomas, Leçons IV, suite. Paris: Fayard, 1988, p. 13

⁴⁹⁵ “Essentiellement, parce que les constructions de l’Interdit sont à la base de la communication humaine et que celle-ci se résout en un vaste système d’échanges symboliques. Un terme à préciser: symbolique, car tous les montages sociaux de communication en dépendent.” LEGENDRE, Pierre. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI. Paris: Fayard, 1992, p. 26.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Os complexos nos tiram da vida instintual no curso de nosso desenvolvimento, são decisivos para que possamos nos desenvolver. Os animais não precisam de complexos, a vida instintual deles basta para que eles se desenvolvam.

Ao contrário, o ser humano necessita ser instituído. No curso do nosso desenvolvimento os complexos vão se organizando em nossa vida psíquica: o desmame é o primeiro deles, a primeira separação radical entre uma mãe e seu bebê. Em decorrência desta separação um “eu” começa a existir, a criança não é mais a extensão do corpo materno. A partir daí a motricidade avança, a postura ereta vai se preparando, do engatinhar ao caminhar, e quase concomitantemente, ela vai aprendendo a falar, ou melhor, a saber que pode usar a palavra, e com isso aumentando sua capacidade lúdica, cada vez elaborando mais a sua intimidade com os objetos do mundo exterior.

Depois de atravessado o drama do desmame, a vida afetiva da criança fica ainda mais intensa. Ela já constrói teorias sobre o amor de sua mãe e de seu pai, e muito em seguida, sobre suas origens. Obviamente que para uma criança pequena, qualquer um que interfira na sua relação afetiva com a mãe é um intruso. A mãe é quem vai exigindo dela que suporte outras intervenções, quem vai ensinando a ela que o mundo é feito de outros, que ela e seu bebê não são o mundo inteiro. E principalmente, que existe aquele terceiro que, além de ser o pai da criança, é também seu homem. Nesse momento começa o segundo conflito: o drama edípico, o famoso “complexo de Édipo”, pois é claro que a criança ama seu pai, mas também quer vê-lo longe dali.

Ao preço de milhares de “nãos”, toda criança acaba “sublimando” transformando em outra coisa esse primeiro grande amor perdido que é a mãe. Por isso elas vão à escola e aprendem a ler e a escrever, a conviver com os outros, a amar... e a odiar. Nossa bagagem afetiva da primeira infância nos acompanha a vida inteira, razão pela qual implica em “complexos” e não em fixações. É junto ao pai e à mãe que freqüentamos essa “escola inaugural” do amor, que nos habilita ao ingresso no mundo exterior e nele exercer esse saber.

No campo das relações sociais o “recém”-sujeito vai exercer os desafios de seu desejo e, desta forma, regular as trocas entre os indivíduos no social. Como já examinado anteriormente, a função paterna é pacificadora na medida em que ela possibilita a interdição da expressão bruta da satisfação pulsional, a fim de construir uma satisfação substitutiva tolerável para o sujeito e para os outros. A criança e, posteriormente, o adolescente encontram na troca com os pais e depois com os seus pares e os adultos a pacificação necessária. A função de autoridade pode ser interna-

lizada e constituída no sujeito por meio da intervenção de um terceiro que exerça a “função paterna”, que seja o representante da lei, desempenhando uma função de autoridade externa ao sujeito e à instância mãe-filho. Como bem nos resume Roudinesco: “Nessa perspectiva, o complexo de Édipo, segundo Freud, não é senão a expressão dos dois desejos recalçados — desejo de incesto, desejo de matar o pai — contidos nos dois tabus próprios do totemismo: interdito do incesto, interdito de matar o pai-totem.”⁴⁹⁶ Com o advento da adolescência, dá-se a passagem do discurso infantil referido somente aos pais, àquele referido aos discursos sociais articulados pela ordem simbólica do mundo, onde o direito é um dos mais importantes, por meio dos seus interditos.

Nesse sentido, Freud sustenta que a função paterna é pacificadora e civilizatória, já que é ela quem veicula as Leis da linguagem, os interditos. O incesto é a primeira interdição cultural, a menos que concordemos que uma cultura perversa, sem leis, possa ser suportável e vivível. No caso de um Édipo fracassado temos um pai sem função, uma mãe e uma criança sem limites. Ninguém consegue, nesse fracasso, ocupar um lugar: de mãe, de pai, nem de filho. A Lei da linguagem, que quando implementada faz a nossa cultura, sofreu uma espécie de desvio, não conseguindo construir o substrato necessário ao desenvolvimento saudável, pois ela é a nossa Lei maior, é ela quem distribui nossos lugares. É a linguagem que nos tira da vida instintual, nos colocando limites, garantindo assim nossa condição humana.

Com base nestas reflexões importa questionar se seria possível uma sociedade sem instituições? A essa questão, o Direito Romano deu sua resposta por meio de seu modo de classificação e de estruturação das relações de parentesco, a partir do instituto do *pater potestas*, tornando pensável a genealogia⁴⁹⁷ como um sistema que permite supor um modo legal de identificações. É a genealogia quem aponta o lugar do sujeito na espécie e faz dele o material vivo do social. Portanto, se concordamos que instituir é produzir normas, devemos ter em conta que todo laço institucional é fabricado pela genealogia, e que a investigação desse laço coloca em questão o biológico, o social e o inconsciente, e não pode ser feita senão a partir de uma retomada básica da função jurídica, cuja essência

⁴⁹⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. *Por que a Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 82.

⁴⁹⁷ “Sur ce terrain se joue notre capacité d’analyser l’institution généalogique comme procédure d’humanisation des groupes aussi bien que de chaque individu, c’est-à-dire de comprendre véritablement ce qu’instituer veut dire: faire du groupe une société ou une parcelle de ce corps qu’est une société, et faire de l’individu un sujet.” LEGENDRE, Pierre. *Le Dossier occidental de la parenté*. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, traduits et présentés par Anton Schütz, Marc Smith, Yan Thomas, Leçons IV, suite. Paris: Fayard, 1988, p. 11-12.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

consiste em produzir artificialmente o enlaçamento desses três indícios do humano.

Quando este liame institucional encontra-se enfraquecido, temos o advento de graves conseqüências como o aumento de infrações envolvendo crianças e adolescentes. Sob este prisma, a infração pode ser tomada como um sintoma, como uma forma de responder ao mal-estar da cultura que hoje presenciamos: o aumento da violência e a delinqüência infanto-juvenil denunciam esta privação da ordem simbólica e uma resposta ao nível da realidade “crua” da criminalidade e da indiferenciação. Em outras palavras, é o próprio ato real, sem nenhum tratamento pelo simbólico, substituindo a palavra.

No caso da sociedade brasileira, onde a figura em torno do “nome-do-pai” está enfraquecida, constatamos as dificuldades que a nossa cultura possui em estabelecer simbolicamente laços sociais capazes de estabelecer graus de responsabilização aos agentes pela prática de suas ações.

Atualmente constata-se uma grande opacidade da função paterna. Em tempos onde as “figuras de autoridade” estão em franca decadência e não se articulam em um discurso formador de laço social, verifica-se sem dificuldades o quanto a vulnerabilidade da função do pai na família e o enfraquecimento de seu papel como o representante da Lei estão na fonte de tantas patologias sociais e individuais. Em uma sociedade que prescinde cada vez mais desta instância de alteridade, que é a metáfora paterna, temos como resultado o correspondente aumento da delinqüência infanto-juvenil, onde os filhos ameaçam os pais, alunos matam professores, adolescentes queimam dentistas, crianças envolvidas no tráfico de drogas etc.

Em face à crise das instituições, o grande dilema consiste em como viabilizar a presença paterna como instância de autoridade. Primeiramente, impõe-se enfrentar uma questão crucial da atualidade: como compatibilizar o problema da autoridade com os avanços da democracia e os novos modelos de relações familiares. Se todos são iguais no âmbito da família, inviável a questão da autoridade. Por outro lado, a figura da autoridade tradicional nos coloca na posição triangular anterior a da democracia, o que representa um retrocesso. Como podemos promover uma campanha pela paternidade sem retornar à idéia da família patriarcal, com o *pater potestas* absoluto? Uma possível resposta seria afirmar que esta retomada não pode significar uma volta ao modelo patriarcal, mas de pensar uma autoridade que se fundamenta na democracia. A autoridade “patriarcal” estava a serviço do patriarca. Recolocar o lugar da autoridade na democracia não quer dizer necessariamente se colocar a serviço da

pessoa daquele que ocupa o lugar de poder, o pai ou a mãe na condição de patriarcas, mas estar a serviço da linguagem, da Lei que nos perpassa a todos, inclusive aos pais. Neste sentido, estamos pensando num *pater potestas* democrático que sustenta a sua posição de autoridade na medida em que isso se mostra fundamental para a transformação de seu filho em um cidadão que interage embasado em uma instância de alteridade com os outros e, neste sentido, os seus benefícios são estendidos à sociedade, na medida em que temos um tratamento em nível de palavra e da Lei na resolução dos conflitos inter-individuais.

Referências

- ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- ARISTOTE. *Politique, II, 3, 1282 a 1*. Introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: J. Vrin, 1987.
- LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo* (1938). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987.
- _____. *Séminaire V – Les Formations de l’Inconscient*. Paris: Ed. Du Seuil, 1998.
- LEBRUN, Jean Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem outro*. Tradução Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008.
- _____. *Um monde sans limites*. Toulouse: Éditions èrès, 2012.
- LEGENDRE, Pierre. *L’Inestimable Objet de la transmission. Étude sur les principes généalogiques en Occident*. Paris: Fayard, 1985.
- _____. *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*. Paris: Fayard, 1992.
- _____. *Le Dossier occidental de la parenté*. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, traduits et présentés par Anton Schütz, Marc Smith, Yan Thomas, Leçons IV, suite. Paris: Fayard, 1988.
- _____. Poder genealógico do Estado. In: ALTOÉ, Sonia (Org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.
- LEMAIRE, Anika. *Jacques Lacan: uma introdução*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- LEVI-STRAUSS, Claude. *O Cru e o Cuzido”. Mitológicas I*. São Paulo: CosacNaify, 2004.
- MANNONI, Maud. *A Primeira entrevista em Psicanálise*. Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1986.
- NASCIMENTO, A. de O. Em nome do pai, em proteção ao filho. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, mai./ago., Ano 1, n. 1, p. 8-13, 2010.
- QUINET, Antônio. *Um olhar a mais: ver e ser visto na Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

PERELSON, Simone. A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual. *Revista Estudos Feministas*, Vol. 14, n. 3, Florianópolis, set./dez., 2006.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Ed. Difusão Européia do Livro, 1965.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. *Por que a Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Intervenção na Comissão de leis sobre o casamento para todos – Assembleia Nacional – França em 2012*. Traduzido por C. Lucia M. Valladares de Oliveira. Acesso em: <<http://discursosperifericos.blogspot.com.br/2012/11/elisabeth-roudinesco-e-defesa-do.html>>. Disponível em: 01 jul. 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Madrid: Ed. Akal, 2007.

NÓTULAS SOBRE O ARQUÉTIPO JURÍDICO ALEMÃO DA ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO: CODIFICAÇÃO, CULTURA E CIÊNCIA DO DIREITO

Kenny Sontag*

Sumário: Introdução. 1. Coeficientes Contextuais e Características Basilares da Escola Histórica do Direito (*Historische Rechtsschule*). 1.1. O Modelo de Ciência do Direito Positivo (*Rechtswissenschaft*). 1.2. Fatores do Plano Científico da Metodologia Jurídica de Friedrich Karl Von Savigny. Considerações finais. Referências.

Introdução

O pensamento jurídico e a codificação são temas centrais da História do Direito, sendo influenciados por certo contexto social e características culturais, nacionais e científicas. São expressões não improvisadas, imprevistas ou autorreferenciais, mas produto intelectual almejado, prospecção de programas e anseios. Ambos arquitetam uma percepção da realidade e alinham perspectivas de futuro.

A Escola Histórica do Direito irrompeu no início do século XIX no atual território alemão manifestando um peculiar modo de conceber o Direito e a função da legislação. Propugnava pela aplicação de uma metodologia científica, que comportava aspectos históricos e sistemáticos, em concordância com visões românticas, filosóficas e historiográficas então assentes. Ademais, exprimia uma doutrina que identificava o fenômeno jurídico como resultante da atuação de um espírito popular no tempo, opondo-se ao Direito Natural e às aspirações codificadoras da época.

Adotava-se o enfoque da atualidade como um processo contínuo de desdobramento do passado, como um fato dado, simultaneamente necessário e livre, não se coadunando com uma construção arbitrária. Por essa razão, a história assumiu uma centralidade, como único modo de conhecimento verdadeiro da organização social, devendo o jurista escrutinar os institutos jurídicos desde suas raízes.

A compreensão do presente demandaria uma reconstrução histórica e, por isso, refutava-se qualquer teoria ou mecanismo que obstaculizasse essa operação retrospectiva. De fato, nessa conjuntura, tornava-se

* Mestrando em Direito com bolsa CNPQ (2014-) e Graduação com Láurea Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Capítulo submetido em: 15 nov. 2014.

o Código um inimigo, ao modificar o fundamento formal do direito, orbitando em torno da figura do legislador e eliminando outras fontes jurídicas ou alterando suas escalas de preferência.

Esse artigo tem por finalidade expor as elucubrações jurídicas da Escola Histórica do Direito, por meio de seus elementos condicionantes e iniciais, seu projeto acadêmico, seu método científico e suas dimensões histórico-cultural e sistemática. Atentou-se a repercussão dessa Escola, no sentido de verificar as respostas que apresentava às efervescentes circunstâncias políticas e sociais.

Empreendeu-se, para cumprir tal intento, uma pesquisa voltada à investigação bibliográfica comparada, centrando-se em relevantes obras doutrinárias e de cunho histórico-jurídico, em uma metodologia lógico-dedutiva. Subentende-se a diligente procura de critérios científicos de recomposição da cultura jurídica presente no lapso temporal examinado.

Analisaram-se, inicialmente, os componentes decisivos para o surgimento da Escola Histórica do Direito, seus principais artifícios e a situação fática do período. Examinou-se o paradigma científico perfilhado, com seus pressupostos filosóficos, corroborantes com o Direito Positivo. Posteriormente, deslindaram-se, especificamente, as empregadas metodologia histórico-sistemática e doutrina do Direito como encarnação do espírito do povo. Por fim, realizaram-se sucintas considerações relativas às consequências da admissão dos propósitos defendidos por essa Escola.

1. Coeficientes Contextuais e Características Basilares da Escola Histórica do Direito (*Historische Rechtsschule*)

A *historische Rechtsschule* teve como marco de fundação a publicação do primeiro volume da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revista de Ciência Histórica do Direito), em 1815. Tratou-se de um momento em que se passou a ter consciência daquele período como histórico, em contraposição ao Iluminismo. Os juristas participantes se reconheciam como componentes de um grupo intelectual, organizado institucionalmente em torno da renomada universidade de Berlin (Humboldt), o que anteriormente não era comum, visto que a atuação científica tendia a ser singular⁴⁹⁸.

O grande líder do movimento foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), que, conjuntamente com Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) e Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), inaugurou a referida

⁴⁹⁸ BEISER, Frederick C. *The German Historicist Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 214.

revista. Ao escrever o manifesto de abertura, Savigny marcou a posição da Escola Histórica em contraste com a Escola não Histórica⁴⁹⁹.

Haveria três distinções básicas entre a Escola Histórica e a Escola não Histórica. Enquanto esta entendia uma livre criação da realidade, aquela mantinha o mundo como dado histórico. Esta considerava o Direito Positivo como criação arbitrária do poder legislativo, já aquela a encarava como uma particularidade da nação, necessária indicação de elementos populares. A segunda percebia o indivíduo como independente e autossuficiente, com uma personalidade apartada da sociedade e da História. A primeira, não obstante, aclamava-o como derivação da identidade social e histórica⁵⁰⁰.

A metodologia desenvolvida permitiu enfoques diversificados que desembocaram desde uma dogmática formalista à concepção da História do Direito como disciplina autônoma. Entretanto, ideais comuns eram cultivados, havendo uma devoção ao *Historismus* e forte presença de um nacionalismo, positivismo e idealismo, correntes que se desvelavam à época⁵⁰¹.

Historismus e racionalismo foram características definidoras do Direito alemão ao longo do século XIX⁵⁰². Eficazmente, pode-se mesmo

⁴⁹⁹ Vide SAVIGNY, Friedrich Carl von. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815, p. 1-17; THIBAUT, Anton F. J. *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1838.

⁵⁰⁰ BEISER, Frederick C. *op. cit.* (2011), p. 214-215; e BEKKER, Immanuel. *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*. Heidelberg: J. Hörning, 1886, p. 3 et seq.

⁵⁰¹ O cientificismo histórico alemão assumiu a modalidade de *Historismus*, pautado na hermenêutica e de cunho idealista-filológico, executado em sua maioria por acadêmicos e centrado em eventos políticos e na história dos “grandes homens”. Sua ascensão foi favorecida nas universidades, havendo um maior acesso a arquivos e documentos, e pelo desejo de uma expansão centralizada do poder estatal, que fomentou o estudo da história nacional. O *Historismus* alemão simbolizou a origem da História como ciência e assumiu na Alemanha um caráter único, altamente politizado e filosófico. Manter-se-á o vocábulo em alemão, *Historismus*, evitando-se a confusão entre as palavras *historismo* e *historicismo*. Essa diferenciação, muitas vezes não observada, remonta à filosofia de Karl Popper. Vide FUCHS, Eckhardt. *Conceptions of Scientific History in the Nineteenth-Century West*. In: WANG, Q. Edward; IGGERS, Georg G. (orgs.). *Turning Points in Historiography*. Rochester: The University of Rochester Press, 2002, p. 147 et seq.; GONZALEZ, Wenceslao J. *The Many Faces of Popper’s Methodological Approach to Prediction*. In: CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (orgs.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004, pp. 87-88; POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*. Tradução de Octany S. da Motta e Leonidas Hegemberg. São Paulo: Edusp, 1980; e POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. Vol. II. London: George Routledge & Sons, 1947.

⁵⁰² LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1960, p. 30; ou LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 39.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

afirmar que a principal vertente do pensamento jurídico deste período, a Escola Histórica do Direito, foi um desmembramento do daquele, não obstante estritamente científico⁵⁰³.

Adita-se, ainda, a ascensão do Romantismo⁵⁰⁴, propiciado pelo embate entre o racional e o sentimental, e o ápice de uma disciplina de estudos filológicos clássicos, *klassische Altertumswissenschaft*⁵⁰⁵, como precursores da cientificização da História, que, posteriormente, espalhou-se para outros âmbitos do conhecimento, em especial para o Direito.

⁵⁰³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. 6. ed. Revisada por Luis Legaz y Lacamba. Barcelona: Bosch, 1953, p. 162.

⁵⁰⁴ O movimento romântico apresentou diversas fases. Em sua feição inicial, a *Frühromantik* (1797-1801), foi marcado pela ambivalência, propugnando um individualismo e a transição do universal para o particular, do mecânico para o orgânico, do intelecto para a vontade, do lógico para o intuitivo, e do teórico para o prático. Através de dois grandes fundamentos, o ideal ético da *Bildung* e o ideal político da comunidade enquanto aspiração a uma vida agradável no Estado, almejava-se unificar e reconciliar, por meio da razão, o indivíduo consigo mesmo, com os outros e com a natureza, para ora fazer frente a modernidade e ora preservar valores considerados importantes, como a liberdade, a razão e o progresso. Embora, eventualmente, descrita como antimoderna, a *Frühromantik*, na verdade, era um movimento moderado, entre o moderno e o antimoderno. O ideal romântico aspirava a preservar a modernidade, mas, efetivamente, em bastantes ocasiões, manifestou-se desconforme a esta. A moderação era algo comum na Alemanha no final do século XVIII e início do século XIX, período no qual se propunha uma reforma da sociedade e do Estado de acordo com ideias liberais, no entanto, de um modo que fosse consistente com o seu desenvolvimento histórico. Vide BEISER, Frederick C. *The Romantic Imperative*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 25 et seq.; BENTIVOGLIO, Julio. *A Historische Zeitschrift e a Historiografia alemã do Século XIX. História da Historiografia*. n. 6. Ouro Preto: Edufop, 2011, p. 92; IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century*. Hanover: University Press of New England, 1997, p. 23 et seq.; THILLY, Frank. Romanticism and Rationalism. *Philosophical Review*. v. 22, n. 2. New York: Longmans, Green, and Co., 1913, p. 120.

⁵⁰⁵ Nesse período, circunscreveu-se a História a critérios científicos, propugnando-se a sua independência epistêmica e institucionalização acadêmica, sobremaneira, preliminarmente, na formação de uma Ciência da Antiguidade. A *klassische Altertumswissenschaft* representou um processo de aprimoramento no perscrutar a Antiguidade, referindo-se a um inédito estudo metódico-histórico da filologia, capitaneado por Friedrich August Wolf (1759-1824), partindo dos ensinamentos de Christian Gottlob Heyne (1729-1812). Vide BURSIAN, Conrad. *Geschichte der klassischen Philologie in Deutschland von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 1. Hälfte. München: R. Oldenbourg, 1883, p. 522 et seq.; GOOCH, G. P. *History and Historians in the Nineteenth Century*. 2. ed. London: Longmans, Green, and Co., 1913, p. 25 et seq.; GUDEMAN, Alfred. *Grundriss der Geschichte der klassischen Philologie*. Leipzig: B. G. Teubner, 1907, p. 193 et seq.; KROLL, Wilhelm. *Geschichte der klassischen Philologie*. Berlin: Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, p. 113 et seq.; PAYEN, Pascal. A Constituição da História como Ciência no Século XIX e seus Modelos Antigos: Fim de uma Ilusão ou futuro de uma Herança? *História da Historiografia*. n. 6. Tradução de Gustavo de Azambuja Feix. Revisão de Emanuella Gonçalves Santos. Revisão de tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard. Revisão técnica de Temístocles Cezar. Ouro Preto: Edufop, 2011, p. 114 et seq.; e SANDYS, John Edwin. *A History of Classical Scholarship*. v. 2. Cambridge: At the University Press, 1908.

Assumiam-se como atributos o retorno ao clássico, a reconciliação com o passado e o desvelo pela tradição e pelo costume.

Verdadeiramente, a Escola Histórica, originada na vigência do *Historismus* e da *Romantik*, opunha-se primeiramente à *Aufklärung* e ao Direito Natural (*Naturrecht*)⁵⁰⁶, à ideia da existência de um Direito supra-positivo abstrato e universal assentado na razão⁵⁰⁷. Questionamentos quanto ao modelo do Direito Natural, seus princípios acrílicos, a antítese com direitos históricos e o prejuízo da apreciação justa do mérito no plano prático, haviam sido elaborados ainda por Immanuel Kant (1724-1804), quando da publicação de *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) e *Meta-physische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797)⁵⁰⁸.

Os movimentos de codificação do século XVIII, adotando a doutrina jusracionalista, acarretariam em legalismo ou positivismo legal (*Ge-setzpositivismus*), adquirindo a lei o monopólio do Direito⁵⁰⁹. A repulsa a

⁵⁰⁶ “O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais” WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 353-354.

⁵⁰⁷ Vide KRAMPE, Christoph. *Privatrecht. Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Verlag Herder, 1988, p. 574. Sobre a relação entre a Escola Histórica e o direito natural vide KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Versión completa y directa del alemán por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 390 et seq.; e KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao longo da História. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 93 et seq.

⁵⁰⁸ WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 401-402.

⁵⁰⁹ “A ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas. Apesar do carácter muito facetado das circunstâncias do seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redacções de direitos desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram («reformam») direito já existente, nem pretendem completá-lo (como, por exemplo, as *Ordonnances* francesas e as *Reformationen* alemãs do séc. XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. O pressuposto interno mais geral deste empreendimento é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

esse paradigma, na Alemanha, deu-se em função da romântica primazia do particular sobre o universal, da valorização do nacional e também porque seu perfil principal era o iluminismo francês, consolidado no *Code Napoléon*⁵¹⁰.

O pressuposto político do legalismo era o Estado nacional, detentor dos valores jurídicos da coletividade. Entretanto, na Alemanha, havia uma privação de identidade política, uma vez que não existia um Estado-Nação centralizado. Por esse motivo, o nacionalismo vertente contrariava a percepção do Estado e do Direito legislado como única manifestação dessa identidade, valorando grandemente formas tradicionais e espontâneas da organização política nacional. Havia um apreço por modos rudimentares de comunidade, pelas comunas, conselhos medievais e pelo Direito Consuetudinário⁵¹¹.

O Estado concebido pelo iluminismo era um ente abstrato e artificial, resultante de um contrato social, fundado na razão. Não havia uma fundamentação histórica e que levasse em conta a individualidade nacional. A organização política e jurídica seria universal e os órgãos de soberania eram considerados os depositários exclusivos do destino nacional. Os juristas históricos, diversamente, buscavam fontes não legislativas do direito e percebiam a sociedade como um todo orgânico, cuja unidade, sentido histórico-cultural e desenvolvimento seriam conduzidos pelo espírito do povo (*Volksgeist*)⁵¹².

O núcleo da filosofia jurídica da Escola Histórica Alemã, no início do século XIX, era precisamente constituído por esta ideia de que o direito surge do próprio espírito da Nação (*Volksgeist*), depositado nas suas tradições culturais e jurídicas. Por isso, a história jurídica devia desempenhar um papel dogmático fundamental, tanto ao revelar o direito tradicional, como ao proteger o direito contemporâneo contra as inovações (nomeadamente, legislativas) arbitrárias («antinaturais», «antinacionais»)⁵¹³.

uma sociedade melhor. O direito natural parecia indicar a uma tal actuação um caminho mais seguro, ao fornecer projectos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo” WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 365-366.

⁵¹⁰ Vide GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 96-154; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003, p. 266-270; KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 351-361; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 279-395.

⁵¹¹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2003), p. 270-271.

⁵¹² HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2003), p. 272.

⁵¹³ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2003), p. 17-18.

Por outro lado, a Escola Histórica também confrontava como redução do Direito a persistência de um *usus modernus pandectarum* que, em nome do primado da prática, mesclava, desordenadamente, o Direito Romano com fontes normativas locais^{514 515}. As respostas empreendidas a todos esses conflitos tinham por marco as propostas inovadoras do romantismo alemão, cético em relação à ideia iluminista de progresso e à construção da sociedade em esquemas unicamente racionais, e que engrandecia o passado, a tradição e a complexidade histórica, mesmo em sua dimensão irracional^{516 517}.

⁵¹⁴ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 160; e HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de Hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

⁵¹⁵ O *usus modernus pandectarum*, terminologia que remonta aos escritos de Samuel Stryk (1640-1710), designava uma metodologia jurídica estabelecida nos séculos XVII e XVIII, que visava a uma interpretação contemporânea do direito romano, a uma revisão moderna, sobretudo do *Corpus Iuris Civilis*, e a um *mores hodierni* voltado à prática cotidiana. Tratou-se de uma corrente grandemente vinculada ao processo de recepção e aplicação do Direito Romano na Alemanha, a qual havia iniciado desde o século XIII, com a apropriação de estudos sobre direito romano e canônico dos glosadores e comentadores. Vide ARNDTS, Ludwig. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. 3. Auflage. München: J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1860, p. 47-55; BRUNNER, Heinrich. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 3. Auflage. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, p. 51-53, ou BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho Germánico*. Según la octava edición alemana de Claudius von Schwerin. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936, p. 54-56; FRANKLIN, Otto. *Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland*. Hannover: Carl Rümpler, 1863; GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 155-159; GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. Roma: Laterza, 2002, p. 154 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2003), p. 146-162; HUEBNER, Rudolf. *A History of Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick. Boston: Little, Brown, and Company, 1918, p. 16-22; KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 320-347; KRAMPE, Christoph. *op. cit.*, p. 574; KUNKEL, Wolfgang. *Das römische Recht am Vorabend der Rezeption*. *L'Europa e il Diritto Romano, Studi in Memoria di Paolo Koschaker*. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954, p. 1-20; LABAND, Paul. *Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht*. Strassburg: J. H. Ed. Heitz, 1880; MODDERMAN, Wiardus. *Die Reception des römischen Rechts*. Übersetzung von Karl Schulz. Jena: Hermann Dufft, 1875; MÜTHER, Theodor. *Römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter*. Rostock: Ernst Kuhn, 1871; STINTZING, Roderich von. *Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*. Basel: Schweighauser, 1857; STOLLEIS, Michel. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1. Band. München: C. H. Beck, 1988, p. 58-79; VINOGRADOFF, Paul. *Roman Law in Mediaeval Europe*. London: Harper & Brothers, 1909, p. 106-131; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 97-278.

⁵¹⁶ "(...) prende forma in Germania (tra fine Settecento e inizi Ottocento) la cosiddetta «Scuola storica del Diritto»; la quale attinge le sue fondazioni metodologiche e i suoi tratti tipici dalle proposte innovatrice del grande romanticismo tedesco. Romanticismo, ossia: scetticismo sull'idea illuministica di progresso; ripugnanza per la costrizione della società in schemi puramente razionali, geometrici; rispetto del passato e ossequio per la tradizione; rivalutazione della storia nella sua complessità, anche e soprattutto nelle sue dimensioni irrazionali fatte di religione, di credenze, di costumanze, di pratiche inconse. Questi capialdi della nuova consapevolezza romantica vengono afferiti per gettare le fondamenta di un nuovo

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Diante disso, observaram-se diversas consequências. Houve um *antilegalismo* e ojeriza à codificação, introdutores de elementos conjunturais, decisionistas e impeditivos da evolução natural do direito. Apreciou-se o Direito Consuetudinário, como manifestação espontânea do Direito, e o Direito Doutrinal. Esse seria identificado como o Direito dos letrados (*Professorenrecht*), que revelariam e aperfeiçoariam de forma organizada e sistemática o Direito, proveniente do espírito do povo. Reascendeu-se a História do Direito e seu papel dogmático e organizou-se a jurisprudência de forma sistemática e orgânica, em torno de uma ciência⁵¹⁸.

A repulsa à codificação se engendrou sobremaneira pelo dedicado empenho de Savigny, pois confrontava com uma dupla dimensão de seu articulado pensamento. A primeira era alusiva à referida doutrina do espírito do povo (*Volkgeistlehre*), de acordo com a qual a gênese do direito seria uma paulatina e popular construção histórica. A segunda, mais decisiva, concernia ao seu projeto científico de depuração do Direito⁵¹⁹.

Destaca-se que inexistia uma condenação completa da legislação em si, mas de pretensões de total renovação do conteúdo normativo e, principalmente, da alteração de sua forma de autoridade, ou seja, de suas

edificio giuridico, che non troverà la sua cifra essenziale nelle manifestazioni del potere, nelle leggi, nei Codici, ma nella vita quotidiana del popolo” GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 160.

⁵¹⁷ De certo modo, houve uma influência do Romantismo alemão na Escola Histórica do Direito, contudo, alguns autores questionam se esse influxo teria sido decisivo para o seu surgimento: “En oposición a la literatura antigua, propicia siempre a atribuir al romanticismo un influjo decisivo en Savigny y en la escuela por éste fundada, la investigación reciente, procede en este punto con circunspección digna de elogio. Savigny no fué un romántico a pesar de haber emparentado con la familia Brentano, y a pesar de las relaciones que mantuvo con los círculos literarios adscritos al romanticismo. Descendiente de una rica familia, educado con rigidez en la reforma, habituado a un alto tono de vida, su actitud espiritual, se inspira en el clasicismo, y su temperamento repudia todo lo que signifique violencia, exageración o tendencia revolucionaria. No siente inclinación alguna por la filosofía, y predomina en él un pensamiento lleno de rigor lógico y un afán de sencillez y de claridad que se reflejan en su estilo. Manifiéstase esto principalmente en su teoría del espíritu del pueblo. La cuestión sobre el origine de esta doctrina, esto es, de si Savigny la tomó de la filosofía de la historia de Schelling o recibió más bien en este punto el influjo de Herder como modernamente se acepta, es menos importante que la de determinar cómo fué elaborada por Savigny la idea del espíritu del pueblo. F. Beyerle ha observado recientemente que la idea del espíritu del pueblo viene a ser en Savigny algo así como un cuerpo extraño. La afirmación es exacta por cuanto que esta idea del espíritu del pueblo, no es un elemento propiamente orgánico de la doctrina de Savigny, y acusa más bien, de una parte, rasgos poético-sentimentales, y de otra, cuando el maestro cae bajo el influjo de su discípulo Puchta, es utilizada por él como un instrumento de lógica formal” KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 371-372.

⁵¹⁸ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2003), p. 273-274.

⁵¹⁹ CARONI, Pio. *Escritos sobre la Codificación*. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III, 2012, p. 2.

implicações materiais e formais. Contestava-se o tornar o Código e, em última análise o legislador, o fundamento derradeiro de validade e significado das normas jurídicas, modificando-se a hierarquia de fontes⁵²⁰.

1.1 O Modelo de Ciência do Direito Positivo (Rechtswissenschaft)

A filosofia crítica kantiana desconstruiu a crença prevalecente nas premissas e métodos do Direito Natural. Insistiu-se na separação entre direito e moral, sendo esta interna, própria da consciência, e aquele externo, voltado ao comportamento, podendo ser exigido coercitivamente⁵²¹. Kant, outrossim, diferenciava o processo de raciocínio alicerçado no conhecimento empírico e o fundado em máximas da razão pura. No âmbito jurídico, o conhecimento normativo seria decorrente da experiência e não determinaria a racionalidade das normas, pois o conhecimento empírico nunca resultaria em padrões ideais⁵²².

No entanto, para o Direito Natural, as normas positivas e os padrões ideais não eram distinguidos, o que tornava impossível a verificação de sua validade, não se definido se o critério a ser seguido seria o da experiência ou da abstração racional. Assim, essa doutrina não proveria uma base confiável ao sistema jurídico. Para remediar esse conflito metodológico, Kant especificou ramos do Direito Natural, seus métodos e objetivos. Haveria a filosofia jurídica, que delimitaria padrões ideais, segundo a razão pura, e a ciência do Direito Positivo, na qual o jurista se guiaria pela experiência⁵²³. Essa distinção foi abonada por Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) e se generalizou no início do século XIX.

⁵²⁰ «La escuela histórica, recordó, no pretendió condenar la legislación. «Y no obstante, toda la labor de la legislación se reduce a establecer disposiciones o materias particulares; no debe renovar todo el estatuto jurídico ni en cuanto al contenido, es decir, las normas confirmadas hasta ahora, ni en cuanto a la forma de su autoridad, es decir, reduciendo a un código todo el derecho que se ha consolidado hasta ahora, de modo que a partir de entonces solo su admisión en el código decida sobre la validez y el sentido de las disposiciones jurídicas: *la codificación*». Y añade a continuación: «Este es el sentido de la oposición de Savigny a la propuesta de Thibaut». En otras palabras: Savigny comprendió claramente que la codificación, aun cuando contuviese solo derecho preexistente, modificaba en él «la forma de la autoridad». Esta establecía un nuevo orden formal, fijaba un nuevo horizonte y se imponía como un nuevo cosmos en cuyo seno aun las cosas viejas se cargaban de significados nuevos. Lo que había sucedido en el ámbito de la compilación justiniana se repetía ahora en materia de codificación: la novedad no estaba provocada por la sustitución material de instituciones ya en desuso, sino precisamente por el distinto valor que les confería el hecho de encontrarse reordenadas y recogidas a tenor de nuevos principios sistemáticos. La quintaesencia del valioso descubrimiento savignyano es precisamente el haber comprendido que toda codificación renovaba la jerarquía de las fuentes y, al hacerlo, creaba nuevas interdependencias e innovaba, tanto en el ámbito formal como en el material” CARONI, Pio. *op. cit.* (2012), p. 5-6.

⁵²¹ Vide REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 660.

⁵²² REIMANN, Mathias. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*. v. 31, issue 4, n. 4. Boston: Boston College Law School, 1990, p. 844.

⁵²³ Acentua-se que o Direito escrito ou legislado não é a única expressão do Direito Positivo, mas dimana da coletividade em sentido amplo, albergando inclusive o Direito Consuetudinário.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Destarte, notaram-se disciplinas especializadas. Quanto aos padrões ideais, relacionados à filosofia do direito, Kant demonstrou a aplicação e limites da razão pura e Hegel arquitetou uma filosofia do direito em sua teoria do Estado e do Direito, perpetrada primordialmente em *Rechtsphilosophie* (1821)⁵²⁴. Referentemente à ciência do Direito Positivo, sua particularidade era a justificação empírica e não especulativa⁵²⁵.

Juristas de certo modo influenciados por Kant, como Savigny, Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) e Gustav Hugo (1764-1844), passaram a sustentar a justiça do Direito Positivo na ética kantiana da autonomia moral e vontade individuais⁵²⁶ e na noção de ordem jurídica como mecanismo garantidor da maior liberdade compatível com a liberdade dos demais sujeitos de direito. Portanto, Kant, principalmente com *Kritik der reinen Vernunft* (1781), fez com que requisitos preconcebidos de ética social assumissem a forma de requisitos formais da ciência jurídica positiva, filosoficamente legitimada. Principiou-se o formalismo ou positivismo científico, que transmutaria o *usus modernus pandectarum* em ciência autônoma do Direito Positivo⁵²⁷.

rio. Vide RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. 1. ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 38.

⁵²⁴ Consolidou-se em *Rechtsphilosophie* (1821), a percepção de que a organização política mais aprimorada e racional seria o Estado governado por leis nos moldes do modelo prussiano. Desse modo, a doutrina hegeliana facilita a compreensão da preocupação dos historiadores alemães em conceber o Estado como fim ético em si mesmo e a relevância que o estadismo alemão foi adquirindo. Vide BEISER, Frederick C. (org.). *The Cambridge Companion to Hegel*. Cambridge: The University Press, 1993, p. 52 et seq.; BERGER, Stefan. *The Invention of European National Traditions in European Romanticism*. In: MACINTYRE, Stuart; MAIGUASHCA, Juan; PÓK, Atilla (orgs.). *The Oxford History of Historical Writing*. v. 4. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 28; BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 105-107; BONAVIDES, PAULO. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malhiero, 2003, p. 92 et seq.; LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993, p. 153-154; e REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 227 et seq. Sobre o caminho de pensamento rumo à concreção de uma identidade e os reflexos das doutrinas de Fichte, Schelling e Hegel no âmbito político e da Teoria do Estado, vide STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 2. Band. München: Verlag C. H. Beck, 1992, p. 130 et seq.

⁵²⁵ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 845-846.

⁵²⁶ “Na doutrina de Kant, autonomia indica a exigência suprema que existe no plano moral de uma adequação ou de uma conformidade absoluta entre a regra e a vontade pura do sujeito obrigado. Quando um indivíduo age de tal sorte que a vontade da lei se torna a vontade dele mesmo, enquanto sujeito universal, temos um ato moral. A moralidade realiza-se, pois, como autonomia, que é o dever e a possibilidade que a vontade tem de pôr a si mesma a sua lei. Ditar a própria lei, não no sentido de que a lei deva ser materialmente elaborada pelo próprio agente, mas no sentido de que ele a reconheceu, a tornou sua, em virtude de identificação absoluta entre a vontade pura e o enunciado da regra moral” REALE, Miguel. *op. cit.* (2002), p. 658.

⁵²⁷ Não se trata aqui de positivismo no sentido legislativo e nem no sentido Comtiano. Vide WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 402; REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 890.

A ciência jurídica positiva da Escola Histórica define-se como «histórica»; ela propõe-se, assim, a exploração da dimensão histórica do direito. Se, no entanto, se quiser compreender esta nova posição científica, tal concepção necessita de uma explicação mais detida. A Escola Histórica compreende não apenas o direito como história, mas também a ciência jurídica – de acordo com o título da revista que a fundou – como «histórica». No entanto, no programa de uma renovação da ciência do direito *positivo*, isto só pode ter sentido de que o objecto da ciência jurídica é pré-determinado pela historicidade do direito do presente (e não pelas abstrações do jurracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas); e não já o sentido lato de que, por exemplo, o conhecimento histórico deve substituir as tarefas dogmáticas da jurisprudência. A referência à historicidade do conteúdo do direito constitui, portanto, apenas um dos aspectos no programa global de uma renovação da ciência jurídica, nomeadamente quanto àqueles conteúdos que a ciência jurídica deve organizar numa totalidade espiritual⁵²⁸.

Cumpra-se explicar, todavia, o próprio conceito de ciência (*Wissenschaft*). Quando da hegemonia do Direito Natural, *Wissenschaft* era entendida em sentido subjetivo, como habilidade mental e conhecimento para demonstrar que uma afirmativa seria indubitável⁵²⁹. Esse esquema intelectual normalmente desencadearia em um sistema, compreendido como ordem de apresentação da enunciação, um arranjo externo. No final do século XVIII, ao contrário, os juristas passaram a considerar *Wissenschaft* em sentido objetivo, produto da cognição humana sobre qualidades da realidade. Sistema se tornou um elemento interno, estrutura inerente ao conhecimento⁵³⁰.

A Ciência Jurídica teria que ser unicamente uma ciência do Direito Positivo e desenvolver a estrutura inerente da sua matéria, cujo objeto seria um sistema científico. Através da perspectiva kantiana, deixou de ser um meio para um fim, transfigurando-se em um fim em si, com um conteúdo normativo. Sinopticamente, afastou-se a veneração à lógica dedutiva, apesar desse instrumento continuar a ser utilizado; considerou-se o Direito como fenômeno histórico; buscou-se explicar as razões que embasavam as normas; eliminaram-se as avaliações valorativas das leis, propugnando-

⁵²⁸ WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 403-404.

⁵²⁹ Vide WOLFF, Christian. *Vernünftige Gedancken von den Kräfte des menschlichen Verstandes und Ihren richtigen Gebrauche in Erkänntniß der Wahrheit*. Halle: Rengerischen Buchhandlung, 1742.

⁵³⁰ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 847; MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 33 et seq.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

se uma imparcialidade valorativa na análise jurídica⁵³¹; e projetou-se um sistema racional sintetizado em princípios basilares, decorrentes dos dados empíricos^{532 533}.

Não obstante, essas características não eram ainda tão claras e unânimes quando se iniciou a conceber uma Ciência do Direito Positivo. Havia díspares propostas quanto à relação entre os métodos empírico e sistemático. Feuerbach e Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), dentre outros, conjugavam a empiria, que definiria o material do Direito Positivo e na qual prevaleceria a historicidade, com a filosofia, que ordenaria princípios e conceitos legais em um sistema. Esses autores ainda se vinculavam à filosofia para averiguar valorativamente as normas, submetendo-as ao escrutínio da razão⁵³⁴. Por esses motivos, defendiam uma reforma legislativa, um aprimoramento iluminista e racional do ordenamento jurídico⁵³⁵.

Modificações legislativas também eram arguidas devido ao problema das fontes, que emergiu após as guerras napoleônicas. Havia uma vasta diversificação, coexistindo o jusracionalismo, o *usus modernus pandectarum* e a Escola Histórica, ao passo que soluções adequadas ao tempo e às necessidades da sociedade alemã eram investigadas. Concomitantemente, havia a presença incômoda do modelo de codificação francês, que se expandiu para a Áustria, com o *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*

⁵³¹ Essas demandas foram ratificadas, dentre outros, por Gustav Hugo. Vide HUGO, Gustav. *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*. Berlin: August Mylius, 1823, p. 32-54.

⁵³² Particularmente, Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) e Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) se empenharam no encontro de princípios para a organização de um sistema jurídico racional. Thibaut entendia a ciência jurídica como soma sistemática da totalidade de leis. Feuerbach entendia que o sistema jurídico exigiria a exatidão e clareza dos conceitos legais, a coerência interna entre as normas jurídicas e uma coerência sistemática doutrinária. Vide THIBAUT, Anton F. J. *System des Pandekten-Rechts*. 1. Band. 3. Ausgabe. Jena: Johann Michael Mauke, 1809, p. 3-7; e FEUERBACH, Paul J. A. von. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*. Landshut: Joseph Attenkofer, 1804, p. 50.

⁵³³ KNUDSON, James. The Influence of the German Concepts of Volksgeist and Zeitgeist on the Thought and Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes. *Journal of Transnational Law & Policy*. v. 11, n. 2, Tallahassee: Florida State University College of Law, 2002, p. 409; e REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 848-849.

⁵³⁴ Vide FEUERBACH, Paul J. A. von. *op. cit.*, p. 95 et seq.; e THIBAUT, Anton F. J. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. 1. Band. 2. Ausgabe. Jena: J. M. Mauke und Sohn, 1817, p. 124- 175. Sobre Feurtbach vide RADBRUCH, Gustav. *op. cit.*, (1930), p. 43 et seq.; e RADBRUCH, Gustav. *Paul Johann Anselm Feuerbach*. 3. Auflage. Herausgegeben von Erik Wolf. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1969.

⁵³⁵ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 850-851.

(ABGB), que entrou em vigor em 1812, e nos territórios alemães que foram anexados ao Império Napoleônico⁵³⁶.

Nessa senda, Thibaut, docente na universidade de Heidelberg, publicou o livro *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), no qual sugeriu a elaboração de um Código, argumentando favoravelmente a esse instrumento, que conglobaria a legislação dos diferentes Estados alemães⁵³⁷. A conturbada situação política alemã demandaria um sistema de regras determinadas, claras, estáveis e unificadas. Não se tratava, contudo, em simples utilização ou inspiração da codificação francesa, mas a redação, por célebres juristas, de genuíno Código alemão, que refletisse a tradição comum alemã^{538 539}.

È un testo che rivela limpidamente il retrostante ascendente illuministico, attestato da una grossa diffidenza verso il diritto romano e la sua alluvionalità, dall'entusiasmo per una legge generale e astratta rigidamente unificatrice, dalla convinzione che buona parte del diritto civile è «una specie di pura matematica del diritto, su cui nessun carattere locale può esercitare un influsso decisivo, come la dottrina della proprietà, del diritto di successione, delle ipoteche, dei contratti, e tutto quanto appartiene alla parte generale della scienza giuridica»⁵⁴⁰.

Savigny, catedrático na universidade de Berlin (Humboldt), contrapôs-se a Thibaut e no mesmo ano escreveu *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Entendeu o Código como sistema orgânico, baseado nos princípios fundamentais de Direito e em como estes eram desenvolvidos ao longo do tempo, mas não vislumbrou adequada a edição de um Código Civil alemão em um futuro previsível⁵⁴¹.

⁵³⁶ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 161.

⁵³⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *op. cit.*, p. 163.

⁵³⁸ Vide THIBAUT, Anton F. J. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerliches Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; CARONI, Pio. Savigny und die Kodifikation. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 86. Band. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1969, p. 191 et seq.

⁵³⁹ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 162.

⁵⁴⁰ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 162; e MARINI G. (org.). *La Polemica sulla Codificazione* apud GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 162.

⁵⁴¹ Vide SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Of the Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence*. Translated by Abraham Hayward. London: Littlewood & Co., 1831; CARONI, Pio. *op. cit.* (1969), p. 128 et seq.; JHERING, Rudolf von. Friedrich Carl von Savigny. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 5. Band. Jena: Verlag von Friedrich Mauke, 1861, p. 354 et seq.; ou JHERING, Rudolf von. Savigny. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 83 et seq.; RADBRUCH, Gustav. *op. cit.*, (1930), p. 40 et seq.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Como Thibaut, Savigny objetivava uma comunidade nacional cuja diligência científica se engajasse em uma mesma direção, porém discordava que a solução fosse uma legislação e sim um progresso orgânico da ciência jurídica comum a toda nação^{542 543}.

O Direito de uma nação, para Savigny, aproximar-se-ia do seu idioma, tendo sua origem na comum convicção do povo e habitando a sua consciência⁵⁴⁴. Portanto, a tentativa de imobilização do Direito em comandos gerais e uniformes, em um texto desconexo com os elementos de historicidade, parecia-lhe despropositada. A fonte primeira do Direito seria o costume, expressão da comunidade e onde se manteria a historicidade. A prevalência da lei, em sentido inverso, significaria um contrassenso, um enrijecimento fúnebre⁵⁴⁵.

O embate entre ambas as propostas foi solvido pela predominância do pensamento de Savigny, mais concorde com o nacionalismo germânico e distante do desprestigiado modelo napoleônico⁵⁴⁶. Evitou-se a codificação e manteve-se o refinamento das elaborações jurídicas inseridas nos moldes da ciência do Direito Positivo⁵⁴⁷. Desse modo, cada vez mais notabilidade foi adquirindo Savigny, admitidamente, um dos maiores juristas do século XIX.

1.2 Fatores do Plano Científico da Metodologia Jurídica de Friedrich Karl Von Savigny

Salienta-se de maneira mais detida a relevância das obras de Savigny na concepção da Escola Histórica do Direito e da Ciência do Direito

⁵⁴² KNUDSON, James. *op. cit.*, p. 410-411.

⁵⁴³ ZIMMERMANN, Reinhard. Characteristic Aspects of German Legal Culture. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 4-5.

⁵⁴⁴ Segundo Hermann Kantorowicz, a ideia cara a Savigny de comparação entre Direito e Idioma teria sido elaborada sob influência do círculo de poetas e linguistas românticos, principalmente de seu aluno e amigo Jacob Grimm. KANTOROWICZ, Hermann U. *Volksgeist und historische Rechtsschule. Historische Zeitschrift*. 3. Folge. 2. Band. München: R. Oldenbourg, 1912, p. 309-310.

⁵⁴⁵ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 163-164; DEL VECCHIO, Giorgio. *op. cit.*, p. 163-164.

⁵⁴⁶ Apesar de prevalecer no episódio da codificação, às reflexões de Savigny opuseram-se juristas das universidades de Leipzig e Heidelberg, autores francófilos, filósofos kantianos e hegelianos, comercialistas ligados a uma visão moderna de economia, e alguns juristas de notoriedade local. Dentre esses, muitos não concebiam do mesmo modo o papel da História e não negligenciavam, por razões práticas, a legislação existente e a jurisprudência, que não eram consideradas científicas. Hegel pode ser citado como o principal oponente de Savigny. KANTOROWICZ, Hermann U. Savigny and the Historical Scholl of Law. *The Law Quarterly Review*. v. 53, jul. 1937, p. 333-334.

⁵⁴⁷ GROSSI, Paolo. *op. cit.* (2007), p. 164.

Positivo. Esse jurista alemão elucubrou uma verdadeira Teoria Histórica do Direito, descrita em importantes livros de sua autoria: *Juristische Methodenlehre* (coleção de lições proferidas entre 1802-1803); *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814); *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift* (artigo introdutório da revista *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* de 1815); e o primeiro volume de *System des heutigen römischen Rechts* (1840)⁵⁴⁸.

Seguindo a ideia propagada por Gustav Hugo em *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, cuja primeira edição foi publicada em 1792, empenhou-se no esquadrihar as raízes históricas do direito⁵⁴⁹. Conjuntamente, compartilhava com Feuerbach e Thibaut o objetivo de conformação de um sistema, considerando como necessários tanto o método empírico-histórico quanto o sistemático. Entretanto, a doutrina de Savigny apresentava uma visão peculiar da natureza histórica do Direito, uma percepção mais sofisticada de sistema e uma combinação mais harmoniosa entre o histórico e o sistemático⁵⁵⁰.

A compreensão do Direito como fenômeno histórico foi uma re-futação do pensamento da Escola do iluminista Christian Wolff (1679-1754). Marcada estava pela ideia do fundamento do Direito como costume originalmente emanado do povo⁵⁵¹, resultante de interna e silenciosa operação de poderes desenrolada no âmago popular⁵⁵², refletindo, assim como a linguagem, o idiossincrático⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Vide SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. Herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Metodologia Juridica*. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1814); ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1831); SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1815); SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. 1. Band. Berlin: Veit und Comp. 1840; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the Modern Roman Law*. v. 1. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867; e KAUFMANN, Arthur. *op. cit.*, p. 162 et seq.

⁵⁴⁹ Sobre Gustav Hugo vide SAVIGNY, Friedrich Carl von. Der zehente Mai 1788. Beytrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 9. Band. Berlin: in der Nicolaischen Buchhandlung, 1838, p. 421 et seq.; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. Gustav Hugo, el 10 de Mayo de 1788. Contribución a la Historia de la ciencia del derecho. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 69 et seq.; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 431-435.

⁵⁵⁰ REIMANN, Mathias. *op. cit.* p. 852.

⁵⁵¹ „Das Recht hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist“ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1840), p. 24; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1867), p. 19.

⁵⁵² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1814), p. 14 ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1831), p. 30.

⁵⁵³ „A este propósito es notable especialmente el parangón entre el Derecho y el Lenguaje. Así como el lenguaje surge y se desarrolla espontáneamente, antes e independiente de los gramáticos, los cuales solamente con posterioridad fijan sus principios y reglas extrayéndolos del hecho lingüístico mismo, así también el Derecho no es una creación del legislador, sino una

Essas convicções foram conglobadas na denominada doutrina do espírito do povo (*Volksgeistlehre*). *Volksgeist* era um termo já utilizado por, dentre outros, iluministas, românticos, pesquisadores da linguagem e metafísicos, significando a existência de comuns elementos populares e folclóricos, de natureza espiritual, que remontariam à Antiguidade. Um contundente desenvolvimento dessa ideia teria sido elaborado por Montesquieu (1689-1755) em *De l'esprit des lois* (1748), manifestando a visão de dependência do Direito a um espírito nacional. Na Alemanha, na segunda metade do século XVIII, houve um grande impacto das obras desse autor, passando-se a estudar tal temática⁵⁵⁴.

Posteriormente, o conceito se estendeu, albergando a arte e o idioma. Em abstrato, o termo era bastante abrangente, identificando-se com o complexo de propriedades particulares essenciais por meio das quais um povo se diferenciaria dos demais. Tais características distintivas expressariam sua pujança, nas ações individuais ou do povo como um todo⁵⁵⁵.

A expressão *Volksgeist* se disseminou na Alemanha, associando-se, na Ciência Jurídica, à formulação histórica e de existência orgânica da cultura, derivadas do romantismo em geral, mas particularmente de Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1775-1854)⁵⁵⁶. Em que pese tenha assumido grande importância para a Escola Histórica, Savigny não a utilizou no *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), embora explicitasse a dependência do Direito a um espírito nacional vigente⁵⁵⁷.

O diferencial da doutrina de Savigny residia na percepção de que em culturas mais desenvolvidas haveria uma intermediação entre o espírito popular e o Direito por meio dos juristas. O Direito seria conduzido pelos juristas e se desenvolveria organicamente com o tempo⁵⁵⁸. Nesses termos, sua teoria corroborou toda uma corrente representativa do

elaboración instintiva y casi inconsciente, que se manifiesta de hecho, y que sólo más tarde adquiere una elaboración refleja por obra de los técnicos, que son en este caso los juristas" DEL VECCHIO, Giorgio. *op. cit.*, p. 164.

⁵⁵⁴ KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 296-297.

⁵⁵⁵ KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 299.

⁵⁵⁶ KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 302.

⁵⁵⁷ A palavra *Volksgeist* teria sido utilizada por Savigny apenas em 1840, no primeiro volume do *System des huetigen römischen Rechts* (1840), formulação adotada por influência de Georg Friedrich Puchta (1798-1846), que havia sido aluno de Schelling e já a havia utilizado em *Das Gewohnheitsrecht* (1828). KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 301-302 e 319.

⁵⁵⁸ Para Kantorowicz essa construção lógica de Savigny seria uma ficção dissonante com a teoria do *Volksgeist*, elucubrada para esclarecer o fundamental fato da recepção do Direito Romano na Alemanha. KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 303; REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 852-853.

século XIX, que promoveu “uma despolitização e tecnicização do direito de que resultava que os mais lídimos porta-vozes da vontade popular não eram já os cidadãos ou os seus representantes eleitos, mas os juristas, depositários de um saber multissecular sobre o que é que era bom ou injusto para o povo (o *Volksrecht*, direito do povo, transforma-se no *Professorenrecht*, direito dos professores)”⁵⁵⁹.

Essa transição para o direito doutrinal, todavia, era apenas aparentemente contraditória, devido às especificidades da noção de *Volksggeist* para Savigny. *Volk* (povo) não era um conceito social ou empírico, mas um conceito cultural, e *Geist* (espírito) não era um ente abstrato, mas elementos culturais concretos compartilhados na coletividade. Ademais, cultura não era uma concepção antropológica, designava, efetivamente, aspectos da vida intelectual do povo. Por isso, quando da ocorrência de um refinamento cultural, as elites intelectuais moldariam progressivamente diversos campos do conhecimento, inclusive o Direito⁵⁶⁰.

Além disso, o paulatino incremento orgânico do Direito não se referia à prática jurídica em si, mas ao pensamento dos juristas e aos princípios jurídicos intelectuais. Tendo o Direito um caráter histórico, também a Ciência do Direito deveria ser histórica, almejando a apontar os seus princípios intrínsecos, assinalados em sua dimensão histórica, e organizá-los em um sistema. Isto posto, o estudo histórico-científico seria um essencial instrumento, porém não se tratava da aspiração teleológica da *Rechtswissenschaft*⁵⁶¹.

Finalidade imediata da Ciência do Direito, a sistematização não representava, com a sua consolidação, em inércia do Direito. O sistema jurídico, pois, seria histórico, constituído de princípios orgânicos em constante atualização. Não remontaria a um agregado de matéria, mero catálogo para facilitar a memória, mas demandaria uma íntima coerência, uma unidade⁵⁶².

⁵⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* (2009), p. 57.

⁵⁶⁰ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 853-854. Para uma maior explanação sobre conceito de *Volksggeist*, sua relação com a Escola Histórica e críticas, vide CARONI, Pio. *op. cit.* (1969), p. 113 et seq.; CARONI, Pio. *op. cit.* (2012), p. 13 et seq.; KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 295 et seq.; KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 371-372.

⁵⁶¹ “La escuela histórica no se orienta exclusiva ni primordialmente de un modo histórico, sino que su interés por la historia es puesto al servicio de las necesidades y exigencias de la actualidad” KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 384. Vide REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 854.

⁵⁶² “Muy temprano encontramos ensayos de una elaboración sistemática de la jurisprudencia. En los tiempos modernos ellos son frecuentes. Tal tratamiento sería de muy poco valor si brindara sólo una catalogalización, un agregado cómodo de materias; en cambio, si quiere tener verdadero mérito, su íntima coherencia debe tener una unidad” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1951), p. 16-17; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1979), p. 9.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Através do método sistemático, demonstrar-se-ia a coerência interna que reuniria conceitos legais individualizados e determinações normativas em uma totalidade⁵⁶³. Uma de suas manifestações se daria no ordenamento dos princípios de direito. Proceder-se-ia à relação de direitos singulares entre si, aproximando-os ou apartando-os, e entre uma norma e as suas exceções⁵⁶⁴.

Conjugou-se, portanto, a metodologia histórica, que seria filológica⁵⁶⁵, com a sistemática. Apesar de possuírem dimensões diversas, ambas se encaminhavam para o mesmo objetivo. A primeira proveria a matéria objeto de análise, os princípios históricos, a qual a segunda enquadraria em uma formatação científica. Exclusivamente com essa combinação se poderia alcançar uma verdadeira Ciência, a unidade e ordem na aparente variedade e caos⁵⁶⁶.

Nos escritos de Savigny, diferentemente, em certas ocasiões há confusão de nomenclatura, eventualmente, sendo o adjetivo “filosófico” utilizado em substituição a “sistemático”. Assim, em *Juristische Methodenlehre*, afirma-se que a ciência do Direito seria primeiramente histórica e, posteriormente, também filosófica, devendo haver a reunião de ambas as

⁵⁶³ “I place the essence of the systematic method in the knowledge and exhibition of the innate connexion or of the relationship, by which the single ideas and rules of law are attached to a great unity” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1840), p. XXXVI; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1867), p. XIX.

⁵⁶⁴ “Se trata especialmente de la presentación de la vinculación interna de los principios de derecho. Debe ser completamente fiel. Se refiere a lo siguiente: 1) La relación de los derechos particulares entre sí determina qué es lo que debe separarse y unirse. Así, por ejemplo, los derechos reales y el derecho de las obligaciones deben separarse. 2) En cada parte especial del sistema debe establecerse la relación entre la norma y la excepción, a la cual se hace referencia en la ley misma y le sirve de fundamento. Es mucho más difícil, pero es igualmente importante que la primera. A menudo la relación es al revés, de lo cual surgen frecuentes errores. Normalmente se prefiere un ordenamiento natural, más sencillo, que aunque correcto no pasa de ser solamente un punto de vista subordinado. En el método total nada debe ser considerado como una insignificancia; sin embargo, lo más importante merece una preferencia. Des-cuidándolo surge algo que no es correcto” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1951), p. 39; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1979), p. 40.

⁵⁶⁵ “Se llama saber histórico todo saber de algo objetivamente dado; por consiguiente, todo el carácter de la ciencia legislativa debe ser histórico; ello importa nuevamente que debe ser: a) histórico en el sentido propio, y b) filológicamente. (...) Respecto de b: este principio debe inferirse nuevamente de la naturaleza de la cosa. La existencia libre y la independencia del individuo de la voluntad de otros deben ser defendidas necesariamente en todo Estado. (...) Ello se halla incluido en esta expresión: la jurisprudencia es una ciencia puramente filológica” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1951), p. 14-15; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1979), p. 7-8.

⁵⁶⁶ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 855-856. Sobre os postulados histórico e filosófico vide CARONI, Pio. *op. cit.* (1969), p. 114 et seq.

características⁵⁶⁷. Destaca-se que “filosófico”, nessa conjectura, não tinha o sentido de abstração filosófica de cunho jusracional, da qual decorreria uma lei natural.

O que salta logo à vista é que ele (*Savigny*) usa o termo «filosófico» nessas lições como sinónimo de «sistemático»; mas o elemento «sistemático» também desempenha um papel considerável na teoria do método do *Sistema*. (...) SAVIGNY equipara nos seus primeiros escritos os termos «sistemático» e «filosófico» (...). Com o que, porém, vem SAVIGNY a distinguir a teoria filosófica do Direito em si mesma, ou do Direito natural, do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do Direito: a última pode ser estudada «tanto com o Direito natural como sem ele». Para o jurista, a filosofia «não é necessária, mesmo como simples conhecimento prévio». No elemento «filosófico» da ciência do Direito não deve, pois, subentender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, mas apenas a orientação, característica da própria ciência do Direito, no sentido de uma *unidade imanente pressuposta por esta última*, orientação que, segundo SAVIGNY, é comum à ciência do Direito e à filosofia. Neste sentido se do também no *Sistema* que a forma científica que se dá à matéria aspira «a revelar e a aperfeiçoar a sua unidade interior» e que, nessa aspiração, ou seja, enquanto procede de modo sistemático, se aparenta à filosofia a ciência do Direito⁵⁶⁸.

Durante toda sua carreira, Savigny buscou colocar em prática os ideais de um Direito científico, ainda que possam ser identificados trabalhos ora mais históricos, ora mais sistemáticos. Inicialmente, empregou seus esforços na sistematização de princípios identificados nas fontes históricas, sobretudo romanas. Em *Das Recht des Besitzes* (1803), examinou o Direito Romano Clássico referente ao instituto jurídico da posse, expurgando interpretações medievais e conceituando este, sofisticada e claramente, segundo os princípios expurgados daquele⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ “La ciencia legislativa es histórica y filosófica. Si bien los dos principios (1 y 2) son distintos, sin embargo, ambos son verdaderos, y por ello deben estar relacionados entre sí: el carácter perfecto de la jurisprudencia radica en esta relación. Lo particular que en la elaboración filosófica es conocido como particular, debe a la vez ser considerado como un todo en la elaboración sistemática y, nuevamente, debe ser posible descomponer el aspecto sistemático de la jurisprudencia en sus elementos. El tratamiento de la jurisprudencia debe, pues, llevar en sí la condición de una elaboración interpretativa y filosófica. Pero primero exégesis y sistema deben elaborarse por separado y no separarse demasiado pronto; de lo contrario, la elaboración fracasará necesariamente” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1951), p. 16; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1979), p. 9-10.

⁵⁶⁸ LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 8-9; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 9-10.

⁵⁶⁹ REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 856.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Dedicou-se ao desenvolvimento do Direito Romano durante a Idade Média nos seis volumes de *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-1831). A obra que melhor demonstrou, entretanto, suas habilidades de sistematização e serviu de modelo para as demais formuladas durante o século XIX foi *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849), dividido em oito tomos.

Depreende-se o enfoque que o catedrático atribuía ao Direito Romano. Ainda que defendesse o emprego do método jurídico-científico às fontes alemãs, Savigny seguiu uma linha romanista e ainda, sensivelmente, restrita ao direito privado. Sua atenção se dirigia para os produtos intelectuais dos juristas e os conceitos por eles elaborados, construindo seu sistema de Direito Romano com base em ideias e não na aplicação das normas em prática⁵⁷⁰. Ademais, circunscrevia a Ciência Jurídica ao direito privado e ao direito penal, entendendo que o direito público era concorrente à política^{571 572}.

Desse modo, a teoria de Savigny restou acusada de apresentar uma visão limitada e formalista do Direito, excetuando-o a algumas disciplinas e perspectivas. Em decorrência disso, em certos aspectos, passou a ser questionada por juristas subsequentes, que promoveram estudos jurídicos nas áreas do direito público e do direito genuinamente alemão⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Perceba-se a inserção do Direito Romano no contexto nacionalista alemão. Savigny havia sofrido críticas quanto a possibilidade do Direito Romano ser manifestação do *Volksgeist*. Buscou, todavia, conciliar elementos clássicos e românticos para justificá-lo. Essa percepção foi manifestada na *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-1831), entendendo-se a produção do Direito através da consciência comum do povo, expressada na condição social e política de suas instituições, organização judicial e transações. KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1937), p. 338 et seq.

⁵⁷¹ “El objeto de la ciencia jurídica es, por tanto, presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado. Pero encontramos que la legislación real es doble, porque: 1) establece los derechos que el Estado quiere garantizar a los ciudadanos particulares: el derecho privado o civil; 2) se refiere a las disposiciones que él establece para proteger las leyes: el derecho criminal. Pero el derecho público – la presentación sistemática de la constitución del Estado – no se deja encuadrar en el concepto de la jurisprudencia, pues el derecho público supone al Estado sólo como existente, mientras que la ciencia legislativa lo concibe ya como actuante. Ambos se entrelazan, pero no se dejan comprender bajo el mismo concepto” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1951), p. 13; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *op. cit.* (1979), p. 5-6. Vide KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 383.

⁵⁷² A exclusão do Direito Público seria explicada pela influência de Johann Gottfried Herder (1744-1803), cujas elaborações sobre o *Volksgeist* o excetuavam da emergência de um *silencioso espírito nacional*. KANTOROWICZ, Hermann U. *op. cit.* (1912), p. 305-306 e 313.

⁵⁷³ Reimann entende que a teoria de Savigny assumia o Direito unicamente como garantidor da coexistência social de esferas de liberdade, impondo-lhes limites. Portanto, nela não seria subjacente uma perquirição por uma ideia de justiça ou de sua concreção nos casos concretos. Essa consequência resultaria e seria resultante do enfoque no Direito Romano, já que este seria predominantemente privado, individualista e formalmente racional. Vide REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 857-858.

Os fundamentos da *Rechtswissenschaft*, entretantes, foram quase unanimemente perseguidos⁵⁷⁴.

Uma variedade de juristas se inspirou em Savigny e se deteve em aprofundar dimensões de seu estudo. Formaram-se, então, correntes voltadas primordialmente ao sistema ou à história, quanto ao método; e a romanística ou a germanística, quanto ao material em exame⁵⁷⁵. Essa divisão não retratou, contudo, exaustivamente, o Direito na Alemanha do século XIX e, frequentemente, havia combinações, sobretudo, entre o método sistemático e o histórico⁵⁷⁶.

Considerações Finais

A Escola Histórica do Direito elucubrou um programa de aperfeiçoamento científico-metodológico do Direito, agregando, concomitantemente, eixos históricos, sistemáticos e filosóficos. A sua implementação, conjugada à *Volksgeistlehre*, o discernimento da realidade jurídica por meio do particular espírito do povo, evidenciou-se ao longo do século XIX, tendo afastado, por grande período, as intenções codificadoras, que alterariam o fundamento formal do Direito, salientando a determinação legislativa. Sofreu também o influxo da filosofia da época, representada pelo romantismo e o idealismo, que enalteciam o ufanismo e projetavam uma glorificação do passado.

Nesse ínterim, a Pandectística (*Pandektenwissenschaft* ou *Pandektismus*) e a Germanística realizaram pesquisas históricas com a finalidade de atualização sistemática, respectivamente, do Direito Romano e do Direito Germânico praticado desde o tempo bárbaro. A História do Direito ou o Neohumanismo, por sua vez, apropriou-se da metodologia historiográfica, que apresentava pretensões de cientificidade. Unicamente após

⁵⁷⁴ Um dos principais opositores da Ciência do Direito foi Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), que em 1848 lançou o livro *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Segundo este autor, a abstração resultante da aplicação científica do Direito favoreceria um elitismo descompassado dos juristas, ocasionaria uma perda do sentido de justiça. Em razão disso, afirmou que a nação estava farta dos cientistas do Direito. „Die Nation ist der wissenschaftlichen Juristen überdrüssig. Die Ahnung, das dunkle Empfinden jenes Widerspruchs zwischen Recht und Wissenschaft ist vorhanden, nur die klare Einsicht des Volks fehlt noch. Noch traut man sich nicht, diesen Gedanken klar zu denken, deshalb die Rechtfertigung jener Erscheinungen aus äusserlichen und falschen Motiven“ KIRCHMANN, Hermann von. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. 2. Auflage. Berlin: Julius Springer, 1848, p. 27. Vide LARENZ, Karl. *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1966.

⁵⁷⁵ KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 373; KRAMPE, Christoph. *op. cit.*, p. 574.

⁵⁷⁶ Reimann alerta para a existência de correntes de inferior relevância e para a Escola Hegeliana, que exerceu grande impacto na Teoria Geral do Direito e no direito público. Entretanto, para este autor, os hegelianos não atuaram de forma significativa na conceituação da Ciência do Direito, sendo muitos, inclusive, eram opositores da Escola Histórica. Vide REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 858, nota 82; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 471.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

certo acrisolamento da Ciência Jurídica, estabeleceram-se comissões e efetuaram-se debates que desencadearam a entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em 1 de janeiro de 1900.

A repercussão do pensamento de Savigny pode ser explicada pela sua concordância com fatores diversos que se manifestavam à época. Havia nacionalismo, expresso em movimentos de unificação dos Estados Alemães, sobretudo posteriormente à Revolução Francesa (1789) e as guerras napoleônicas (1803-1815). A publicação de *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) seguiu a tendência de rechaçar a influência francesa, sendo abonada por francófilos.

Além disso, agradava, ao mesmo tempo, os demandantes de maior participação política, já que o Direito emanaria do espírito do povo e não do legislador, e os governantes, ao apaziguar as exigências de reformas legislativas. A importância da História também tinha um grande apelo, sendo aquele um contexto em que esse ramo acadêmico era bastante prestigiado, destacando-se eminentes historiadores. Explica-se o apoio de românticos e pensadores classicistas, com a valorização da História Medieval e do Direito Romano.

Mesmo a burguesia, que se inclunava para a defesa da codificação, satisfez-se com a resposta jurídica da Escola Histórica. Não se pode compreender Savigny como um aristocrata, cujo raciocínio inibiu o progresso jurídico, malogrando as intensões burguesas e reforçando estruturas feudais e o antigo regime. Contrariamente, conjugando premissas kantianas, formalismo, abstração, generalidade do sujeito jurídico e importância da autonomia privada, possibilitou a ascensão de impulsos econômicos burgueses emergentes, na senda da industrialização.

A despeito das obras de Savigny terem sido criticadas, seja por suas incursões históricas terem se concentrado em determinados períodos e argumentos, olvidando outros, seja por empreender um uso superficial da doutrina do *Volksgeist*, cumpriu a função de atender os interesses que se exprimiam socialmente. Embora não tenha efetivado uma unificação legislativa, unificou a cultura jurídica alemã.

Referências

ARNDTS, Ludwig. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. 3. Auflage. München: J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1860.

BEISER, Frederick C. *The German Historicist Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. *The Romantic Imperative*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

BEISER, Frederick C. (org.). *The Cambridge Companion to Hegel*. Cambridge: The University Press, 1993.

BEKKER, Immanuel. *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*. Heidelberg: J. Hörning, 1886.

BENTIVOGLIO, Julio. A Historische Zeitschrift e a Historiografia alemã do Século XIX. *História da Historiografia*. n. 6. Ouro Preto: Edufop, 2011.

BERGER, Stefan. The Invention of European National Traditions in European Romanticism. In: MACINTYRE, Stuart; MAIGUASHCA, Juan; PÓK, Atilla (orgs.). *The Oxford History of Historical Writing*. v. 4. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malhiers, 2003.

BRUNNER, Heinrich. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 3. Auflage. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908.

_____. *Historia del Derecho Germánico*. Según la octava edición alemana de Claudius von Schwerin. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936.

BURSIAN, Conrad. *Geschichte der classischen Philologie in Deutschlad von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 1. Hälfte. München: R. Oldenbourg, 1883.

CARONI, Pio. *Escritos sobre la Codificación*. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III, 2012.

_____. Savigny und die Kodifikation. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 86. Band. Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger, 1969.

CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (org.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. 6. ed. Revisada por Luis Legaz y Lacamba. Barcelona: Bosch, 1953.

FEUERBACH, Paul J. A. von. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*. Landshut: Joseph Attenkofer, 1804.

FRANKLIN, Otto. *Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland*. Hannover: Carl Rümpler, 1863.

FUCHS, Eckhardt. Conceptions of Scientific History in the Nineteenth-Century West. In: WANG, Q. Edward; IGGERS, Georg G. (orgs.). *Turning Points in Historiography*. Rochester: The University of Rochester Press, 2002.

GONZALEZ, Wenceslao J. The Many Faces of Popper's Methodological Approach to Prediction. In: CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (org.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004.

GOOCH, G. P. *History and Historians in the Nineteenth Century*. 2. ed. London: Longmans, Green, and Co., 1913.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. *L'Ordine Giuridico Medievale*. Roma: Laterza, 2002.

GUDEMAN, Alfred. *Grundriss der Geschichte der klassischen Philologie*. Leipzig: B. G. Teubner, 1907.

HESPAÑA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003.

_____. *O Caleidoscópio do Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de Hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HUEBNER, Rudolf. *A History of Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick. Boston: Little, Brown, and Company, 1918.

HUGO, Gustav. *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*. Berlin: August Mylius, 1823.

IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century*. Hanover: University Press of New England, 1997.

JHERING, Rudolf von. Friedrich Karl von Savigny. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 5. Band. Jena: Verlag von Friedrich Mauke, 1861.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

_____. Savigny. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945.

KANTOROWICZ, Hermann U. Savigny and the Historical Scholl of Law. *The Law Quartely Review*. v. 53, jul. 1937.

_____. Volksgeist und historische Rechtsschule. *Historische Zeitschrift*. 3. Folge. 2. Band. München: R. Oldenbourg, 1912.

KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao longo da História. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KIRCHMANN, Hermann von. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. 2. Auflage. Berlin: Julius Springer, 1848.

KNUDSON, James. The Influence of the German Concepts of Volksgeist and Zeitgeist on the Thought and Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes. *Journal of Transnational Law & Policy*. v. 11, n. 2, Tallahassee: Florida State University College of Law, 2002.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Versión completa y directa del alemán por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

KRAMPE, Christoph. Privatrecht. *Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Verlag Herder, 1988.

KROLL, Wilhelm. *Geschichte der klassischen Philologie*. Berlin: Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919.

KUNKEL, Wolfgang. Das römisches Recht am Vorabend der Rezeption. *L'Europa e il Diritto Romano, Studi in Memoria di Paolo Koschaker*. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954.

LABAND, Paul. *Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht*. Strassburg: J. H. Ed. Heitz, 1880.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

_____. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1960.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1966.

MACINTYRE, Stuart; MAIGUASHCA, Juan; PÓK, Atilla (orgs.). *The Oxford History of Historical Writing*. v. 4. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.

MODDERMAN, Wiardus. *Die Reception des römischen Rechts*. Übersetzung von Karl Schulz. Jena: Hermann Dufft, 1875.

MUTHER, Theodor. *Römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter*. Rostock: Ernst Kuhn, 1871.

PAYEN, Pascal. A Constituição da História como Ciência no Século XIX e seus Modelos Antigos: Fim de uma Ilusão ou futuro de uma Herança? *História da Historiografia*. n. 6. Tradução de Gustavo de Azambuja Feix. Revisão de Emanuella Gonçalves Santos. Revisão de tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard. Revisão técnica de Temístocles Cezar. Ouro Preto: Edufop, 2011.

POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*. Tradução de Octany S. da Motta e Leonidas Hegemberg. São Paulo: Edusp, 1980.

_____. *The Open Society and Its Enemies*. Vol. II. London: George Routledge & Sons, 1947.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. 1. ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

_____. *Paul Johann Anselm Feuerbach*. 3. Auflage. Herausgegeben von Erik Wolf. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1969.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIMANN, Mathias. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*. v. 31, issue 4, n. 4. Boston: Boston College Law School, 1990.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

SANDYS, John Edwin. *A History of Classical Scholarship*. v. 2. Cambridge: At the University Press, 1908.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. Der zehente Mai 1788. Beytrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 9. Band. Berlin: in der Nicolaischen Buchhandlung, 1838.

_____. Gustav Hugo, el 10 de Mayo de 1788. Contribución a la Historia de la ciencia del derecho. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945.

_____. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. Herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.

_____. *Metodologia Juridica*. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. *Of the Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence*. Translated by Abraham Hayward. London: Littlewood & Co., 1831.

_____. *System des huetigen römischen Rechts*. 1. Band. Berlin: Veit und Comp. 1840.

_____. *System of the Modern Roman Law*. v. 1. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

_____. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815.

_____. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

STINTZING, Roderich von. *Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*. Basel: Schweighauser, 1857.

STOLLEIS, Michel. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1. Band. München: C. H. Beck, 1988.

_____. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 2. Band. München: Verlag C. H. Beck, 1992.

THIBAUT, Anton F. J. *System des Pandekten-Rechts*. 1. Band. 3. Ausgabe. Jena: Johann Michael Mauke, 1809.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

_____. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. 1. Band. 2. Ausgabe. Jena: J. M. Mauke und Sohn, 1817.

_____. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerliches Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

_____. *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1838.

THILLY, Frank. Romanticism and Rationalism. *Philosophical Review*. v. 22, n. 2. New York: Longmans, Green, and Co., 1913.

VINOGRADOFF, Paul. *Roman Law in Mediaeval Europe*. London: Harper & Brothers, 1909.

WANG, Q. Edward; IGGERS, Georg G. (orgs.). *Turning Points in Historiography*. Rochester: The University of Rochester Press, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLFF, Christian. *Vernünfftige Gedancken von den Kräfften des menschlichen Verstandes und Ihren richtigen Gebrauche in Erkäntniß der Wahrheit*. Halle: Rengerischen Buchhandlung, 1742.

ZIMMERMANN, Reinhard. Characteristic Aspects of German Legal Culture. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

PARTE IV

Violência, Cultura e Direito

O TERRORISMO NA ERA GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO IDENTITÁRIA DE MINORIAS CULTURAIS OPRESSORAS

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Sumário: Introdução. 1. O conceito de terrorismo. 2. A guerra global e seus fundamentos ontológicos a partir dos processos de globalização. 3. Diferenças culturais, minorias opressoras e terror: o grande desafio aos direitos humanos no século XXI. Referências.

Introdução

A consolidação da doutrina dos direitos humanos ao longo do século XX representou, certamente, a maior defesa já conhecida da centralidade do humano dentro das estruturas sociais e políticas. De uma categoria judaico-cristã, com origens no direito natural, em especial, na milenar justiça cristã que vai desde Agostinho a Aquino, vimos os direitos humanos se tornarem uma agenda universal, cuja validade/legitimidade é tida por muitos como pressuposta, devendo apenas ser implementada nos quatro cantos do mundo.

No entanto, tal pretensão de universalidade encontrou resistências ferrenhas durante a segunda metade do século XX, vindas, sobretudo, das culturas não ocidentais e daquelas que não aceitam a validade/legitimidade de muitos dos direitos tidos como naturalmente intrínsecos à condição humana. Diante disso, a conflituosidade entre povos, que até a primeira metade do século XX quase sempre fora de ordem política, passou a ter como pano de fundo a afirmação de uma cultura específica. Embora as guerras de religião sejam tão antigas quanto o próprio conceito de guerra, há de se reconhecer que muitas dessas guerras de religião, como as cruzadas da Idade Média, tinham um forte fundamento político de dominação e conquista de território. Diferentemente disso, o século XX e o início do século XXI testemunharam guerras e conflituosidades que não pretendiam a conquista/dominação política ou territorial, mas simplesmente a afirmação absoluta da sua própria cultura e a negação absoluta da cultura do outro.

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

Nas próximas páginas pretendemos analisar, como objetivo geral, o modo como o terrorismo se tornou, de prática de exceção, a instrumento de afirmação identitária de minorias opressoras. Para tanto, faremos uma análise inicial do polêmico conceito de terrorismo. Em um segundo momento reconstruiremos o conceito de guerra, chegando até a atual noção de guerra global. Por fim, sustentaremos que o terror, enquanto instrumento de defesa dos interesses de minorias opressoras, constitui-se hoje no principal desafio aos direitos humanos.

1. O conceito de terrorismo

Definir terrorismo tem sido tarefa árdua para todos que tentam fazê-lo. Dois grandes problemas surgem: (1) diferenciar práticas de guerras ou simplesmente criminosas de práticas de terror e (2) definir o que torna alguém um terrorista. Na tentativa de abordar estes e outros problemas de maior relevo, relembremos alguns dos conceitos mais utilizados de terrorismo.

Walter Laqueur define terrorismo como “o uso da violência por parte de um grupo para fins políticos, normalmente dirigido contra um governo, mas por vezes contra outro grupo étnico, classe, raça, religião ou movimento político. Qualquer tentativa de ser mais específico está voltada ao fracasso, pela simples razão de que não há um, mas muitos terrorismos diferentes.”⁵⁷⁷ Outra definição possível, que pode ser considerada clássica, já que toma o Estado como ponto de referência, é a de terror dada por Luigi Bonanate: “o instrumento de emergência a que um governo recorre para manter-se no poder.”⁵⁷⁸ Abrindo bem mais a perspectiva do que Laqueur e Bonanate, Noam Chomsky utiliza o termo terrorismo para referir “a ameaça ou o uso de violência para intimidar ou coagir (geralmente para fins políticos).”⁵⁷⁹

Uma noção mais completa de terrorismo foi dada por Antonio Cassese. O jusinternacionalista italiano decompôs o conceito segundo seus principais elementos estruturantes:⁵⁸⁰

1. Os atos cometidos devem ser penalmente relevantes para a maior parte dos sistemas jurídicos nacionais.

⁵⁷⁷ LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 46. (tradução livre)

⁵⁷⁸ BONANATE, Luigi. “Terrorismo político”. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Giuseppe (orgs.). *Dicionário de política*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1986, p. 1242.

⁵⁷⁹ CHOMSKY, Noam. In: SHAFRITZ, Jay M. et al., *Almanac of Modern Terrorism*. Nova Iorque: Facts on File, 1991, p. 264.

⁵⁸⁰ Cf. CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milão: Feltrinelli, 2008, pp. 177-184.

2. Os atos criminosos devem ser destinados a coagir um Estado, uma organização internacional ou um ente não estatal, como uma empresa multinacional, difundindo o terror entre a população civil com a ameaça ou o uso de ações violentas.

3. Os atos criminosos devem ser cometidos por razões políticas, religiosas ou ideológicas, ao invés de razões econômicas.

Todavia, Danilo Zolo critica essa definição de Cassese, acusando-a de ser adequada somente aos povos ocidentais.⁵⁸¹ A dificuldade está na impossibilidade de universalizar um conceito que não inclui o terrorismo de Estado, ou seja, coloca o terrorista como, necessariamente, um indivíduo isolado ou pertencente a um grupo de indivíduos. Zolo recorda que uma das principais reivindicações árabes é o reconhecimento do terrorismo praticado pelos Estados como também uma forma de terror.⁵⁸² Na tentativa de apresentar a sua definição, Zolo sustenta que, por terrorismo, devemos entender também os atos que “as autoridades políticas e militares de um Estado, usando armas de destruição em massa, valem-se da sua supremacia militar para agredir um outro Estado ou nação, e para difundir o terror e massacrar civis e militares.”⁵⁸³ Ou seja, o terror é um recurso ao qual indivíduos isolados, grupos ou Estados podem recorrer.

Da definição de Zolo abre-se, então, espaço agora para uma análise da forma de terrorismo mais citada atualmente: o terrorismo islâmico.

Uma das consequências imediatas que o fim da Guerra Fria produziu no cenário político-internacional foi transformar a potência vencedora (os EUA) em única superpotência e dar a ela o poder de expandir seus domínios para os confins do mundo que ainda restavam intocados pela ideologia liberal. O fim da bipolarização política EUA/URSS produziu conclusões exageradas como a de Francis Fukuyama, o qual chamou este processo histórico de “o fim da História”⁵⁸⁴, ou seja, seria o triunfo derradeiro da democracia liberal sobre todos os demais sistemas e ideologias que com ela já ousaram concorrer.

Qualquer noção de sociedade global, ou outro conceito semelhante à ideia de *global village*⁵⁸⁵ proposta por Marshall McLuhan, só se tornou possível a partir do momento em que a axiologia comunista –

⁵⁸¹ ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009, p. 29.

⁵⁸² ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*, cit., p. 30.

⁵⁸³ ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*, cit., p. 34.

⁵⁸⁴ Cf. FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. Nova Iorque: Free Press, 1992.

⁵⁸⁵ Cfr. MCLUHAN, Marshall. *Understanding media*. Nova Iorque: Mentor Press, 1964.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

obstativa à consolidação da globalização – perdeu seu grande referencial político: a URSS. No entanto, o fim da URSS parecia ser a solução de grande parte dos problemas estadunidenses na esfera internacional, pois a Guerra Fria já era parte do passado e nenhum país poderia concorrer com o poder militar, econômico e político dos EUA. Entretanto, com o fim do século XX e início do século XXI, a maximização do poder estadunidense sobre a economia e a política mundial, a disseminação da sua cultura pelos quatro cantos do mundo e, sobretudo, o seu papel de líder incontestado exercido na ONU, fizeram com que todas as atenções se voltassem para os EUA. Aqueles grupos paramilitares – via de regra, fundamentalistas islâmicos⁵⁸⁶ – que confrontavam a URSS e os seus aliados, além dos EUA e seus respectivos aliados, agora passaram a ter um único alvo a atingir: a América.

Originalmente, o fundamentalismo islâmico não era terrorista, mas sim um movimento de natureza exclusivamente religiosa que preconizava o respeito ao Corão. A “Irmandade Muçulmana”, surgida no Egito, em 1929, foi um dos primeiros grupos que marcaram o surgimento do fundamentalismo islâmico com atividades terroristas.⁵⁸⁷ Por um lado, a “Irmandade” oferecia resistência armada ao colonizador britânico, enquanto que, de outro, desenvolvia campanhas de alfabetização e de assistência médica à população mais carente do Egito. Os fundamentalistas queriam reconstruir sua identidade nacional com base nos fundamentos da religião islâmica, em oposição aos valores políticos e culturais do colonizador. Entretanto, a “Irmandade” passou a ser perseguida pelos reis egípcios, estes que se encontravam submetidos à Coroa Britânica. Mesmo após a instauração da República, em 1953, pelo líder nacionalista Gamal Abdel Nasser, o grupo continuou a ser perseguido e mantido na clandestinidade. Nasser era um líder com ideais fortemente influenciados pelo Ocidente e pelo capitalismo, o que o tornava incompatível com a visão religiosa e tradicional dos fundamentalistas, gerando, deste modo, todas as circunstâncias políticas para a radicalização ideológica e para o terrorismo. Em 1981, a “Irmandade Muçulmana” desferiu seu golpe mais forte ao matar o presidente egípcio Anwar Al Sadat, em virtude de ele ter assinado, nos EUA, um acordo pelo qual o Egito passava a reconhecer o Estado de Israel. Com este acordo, o Egito seria o primeiro país islâmico a reconhecer Israel como nação.

⁵⁸⁶ Alguns dos principais são: Organização Abu Nidal (Líbano), Grupo Islâmico Armado (Argélia), Hamas (atua nos territórios palestinos ocupados por Israel), Hezbollah (Líbano), Al-Jihad (Egito), Jihad islâmico (territórios ocupados por Israel), Frente Popular para a Libertação da Palestina (territórios ocupados por Israel), Al Qaeda (oriundo do Afeganistão, mas atua em todo o mundo). Ainda que tais grupos tenham tido como causa a insatisfação com problemas regionais, o fundamento último de revolta é sempre contra o capitalismo estadunidense.

⁵⁸⁷ Cfr. LAQUEUR, Walter. *No end to war: terrorism in the twenty-first century*. Londres: Continuum Publishing Ltd., 2003, p. 31.

O viés terrorista começou a se transformar na forma de expressão principal de muitos grupos fundamentalistas islâmicos após um lento processo de exclusão do debate político internacional exercido pelas grandes potências internacionais que dominam o Ocidente. Momentos marcantes como o apoio dos EUA ao Iraque no conflito deste com o Irã, nos anos 70, somado à indiferença da comunidade internacional frente à perseguição exercida pelos soviéticos contra países islâmicos, em especial contra o Afeganistão, produziram uma profunda divisão ideológica – com fundamento teológico – do globo terrestre em zonas de influência judaico-cristã e de influência islâmica, de modo que o momento máximo de exclusão recíproca pode ser visto nos ataques do 11 de setembro de 2001.

Porém, a partir daqueles ataques a arena internacional viu surgir um outro tipo de agente que até então era inédito no campo militar: os grupos paramilitares desprovidos de bases territoriais fixas e cujos ataques variam de acordo com as necessidades e possibilidades do grupo. A angústia de necessitar dar uma resposta à opinião pública e ao mesmo tempo não saber quem atacar, fez com que os EUA e seus aliados invadissem o Afeganistão, neste mesmo ano, sem ter provas de que este país possuía qualquer relação com os ataques do 11 de setembro ou estivesse protegendo grupos terroristas, e atacassem o Iraque, em 2003, sob o argumento de que este seria uma possível ameaça com as armas de destruição em massa que supostamente estaria construindo. No Afeganistão, encontraram nada mais do que um país em condições sócio-econômicas miseráveis e, no Iraque, não encontraram nada que se assemelhasse a armas de destruição em massa, tendo restado apenas a imagem de que o governo Bush Jr. se aproveitou de um momento de fragilidade emocional do seu país para justificar a invasão do Iraque e sua posterior transformação em uma espécie de colônia de exploração pós-moderna a serviço dos patrocinadores das campanhas de Bush Jr. e dos seus familiares – quase todos, tanto patrocinadores quanto parentes, envolvidos no ramo do petróleo –, além dos demais interessados em “investir” nesse novo mercado.

O terror deixou de ser prática de exceção e passou a figurar entre os principais expedientes adotados na atual guerra global. O fato de, muitas vezes, ser praticamente inviável definir os agentes envolvidos no conflito, como naqueles decorrentes de ataques terroristas, a forte presença da comunidade internacional estabelecendo padrões jurídicos e morais de conduta no sentido de evitar a guerra, somado ao alto grau de desenvolvimento dos armamentos militares, fizeram com que a guerra fosse globalizada e transformada em um evento de complicações nunca visto antes na história.

2. A guerra global e seus fundamentos ontológicos a partir dos processos de globalização

Podemos remontar as origens da expressão *guerra global* à expressão *global war on terrorism (GWOT)*, cunhada pela administração estadunidense de Bush Jr. em sequência aos ataques do 11 de setembro. A *GWOT* resume com precisão o momento em que o conceito de guerra perde sua matriz estatal e passa a ser global. A definição de uma parte presente no conflito não corresponde necessariamente à definição do inimigo, pois a crescente fragmentação do inimigo em células paraestatais impede que se fale em guerra no mesmo sentido que até então se falava.

A primeira consequência disso foi a tentativa de manutenção da noção de guerra moderna, onde existem Estados nacionais como os principais – senão únicos – atores capazes de interagir ativamente no conflito, por meio das guerras iniciadas pelos EUA contra o Afeganistão (2001) e o Iraque (2003). Com base em supostas alegações de que estes dois países possuíam relação com os ataques do 11 de setembro, os EUA e seus aliados iniciaram guerras no mesmo padrão da guerra moderna. Todavia, bastaram que poucos anos se passassem para se tornar notório que tanto Afeganistão quanto Iraque não possuíam qualquer relação causal sustentável no plano lógico-racional com os ataques do 11 de setembro. Em sequência à guerra no Iraque e à dominação política estabelecida diretamente pelos EUA neste país, iniciou-se um processo de “desestatização” da compreensão de inimigo dos EUA. A afirmação do modelo de grupo paramilitar adotado pelo *Al Qaeda*, no final do século XX, representou uma alternativa político-militar a todos os grupos de radicais islâmicos que desejassem fazer frente ao Ocidente e a sua ânsia conquistadora. A grande dificuldade de se definir a base territorial, seja dos componentes do grupo, seja dos seus recursos financeiros, faz com que tais grupos se tornem uma espécie de multinacionais *transnational companies* do terrorismo, em especial devido à facilidade de trocar de país e de realizar ataques (de pequena ou grande proporção) nos mais diversos locais. Recorde-se que em termos logísticos os grupos terroristas islâmicos se valem substancialmente de tecnologias próprias do Ocidente, como a Internet, os armamentos bélicos e o mundialmente interligado sistema financeiro. Assim, a reação ao inimigo não pode mais ser como em uma guerra convencional entre Estados, pois globalizaram a guerra. Joseph Nye Jr. afirma que o que é novo atualmente é “o fato da tecnologia estar disponibilizando para indivíduos e grupos desviantes os poderes destrutivos que antes estavam reservados aos Estados.”⁵⁸⁸

⁵⁸⁸ NYE JR., Joseph. *Understanding International Conflicts: An Introduction to Theory and History*. 5a ed. Nova Iorque: Pearson Education, 2005, p. 229. (tradução livre)

A guerra global parece ser um dos efeitos da globalização que mais flagrantemente mudaram a forma como a política mundial se expressa. A guerra se afirmou, ao longo da história, como instrumento de busca ou realização de objetivos políticos. Clausewitz dizia que a guerra “nada mais é do que um duelo em escala extensiva”⁵⁸⁹ e que possui como objetivo final “compelir o oponente a satisfazer nossa vontade.”⁵⁹⁰ Porém, quando a guerra se tornou globalizada, muitos dos objetivos políticos, seja de Estados ou de agentes paraestatais, só passaram a encontrar forma de serem sustentados por meio do recurso a expedientes de guerra. Isto é consequência do fato de ser a guerra global uma verdadeira “guerra civil mundial”⁵⁹¹ incapaz de fazer qualquer distinção entre interno/externo, público/privado, estatal/não-estatal e militar/civil, pois toda a noção de fronteira ou confins já se encontra esvaída.

Ressalte-se que não é possível falar em terceira guerra mundial, uma vez que o conflito não é constante, permanente, com agentes estatais e objetivos definidos, e sobretudo com um início claramente definido. A guerra global mais se assemelha aos caracteres do *state of nations* idealizado por Hobbes, ou seja, a um verdadeiro estado de natureza entre nações.⁵⁹² Cabe referir que uma contraditoriedade deste processo reside no fato de que o estado de natureza é um momento pré-estatal – pré-societário, inclusive – e que nós estamos vendo se repetir no momento de maior desenvolvimento científico da história da humanidade e de maior aproximação cognoscitiva entre os mais distantes povos. É como se a política internacional pós-moderna estivesse se desenvolvendo de modo inversamente proporcional ao resto do desenvolvimento da humanidade. Outra contraditoriedade deste novo e globalizado conceito de guerra decorre da ausência de *logos*, de comunicação, entre os agentes em conflito⁵⁹³; ainda que a globalização seja notadamente caracterizada pela

⁵⁸⁹ CLAUSEWITZ, Carl von. *On War* (1832). Harmondsworth: Penguin, 1968, pp. 118-9. (tradução livre)

⁵⁹⁰ CLAUSEWITZ, Carl von. *Op. cit.*, p. 119.

⁵⁹¹ GALLI, Carlo. *Guerra Globale*. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 68, afirma que a guerra global é, de fato, uma guerra civil mundial, pois é “diferente de uma guerra civil tradicional porque não é interna a um Estado, e não é, menos ainda, na sua essência mais significativa, uma guerra entre dois Estados (EUA e Afeganistão), nem entre um Estado e um não-Estado (EUA e *Al Qaida*); ela é, pelo contrário, o conflito entre duas funções globais, entre duas redes sobrepostas mais do que em contraste, entre um Império e um não-Império que não possuem confins em comum, mas que penetram um no outro, ambos em busca de uma identidade legitimada politicamente.” (tradução livre)

⁵⁹² Sobre o tema, ver o nosso *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2007.

⁵⁹³ Segundo GALLI, Carlo. *Op. cit.*, p. 28: “A teologia extrema, ao contrário, não conhece *logos*, não comunica, não tem nada a dizer ao outro; com a muda evidência da mensagem terrorista

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

difusão da informação e pela possibilidade de contato intercultural (que deve necessariamente ser comunicacional), não existe espaço para comunicação entre os agentes que se encontram teologicamente separados dentro do universo da guerra global. Um dos pressupostos de qualquer processo comunicacional é a possibilidade de se questionar as máximas (os primeiros princípios) do discurso racional. No entanto, a universalização e absolutização das máximas que são colocadas como respostas para questões metafísicas – questões estas que vão desde a antropologia até a política – faz com que a orientação religiosa dos envolvidos no conflito termine por impedir que o diálogo seja sequer iniciado.

Uma das noções mais elementares na guerra é a ideia de inimigo; é ele quem materializa e personifica aquilo que estamos combatendo. É por meio da dialética entre tese e antítese estabelecida com o inimigo que podemos definir nos pormenores os nossos objetivos de guerra. Schmitt dizia que o inimigo “não é algo que se deva eliminar por um qualquer motivo, ou que se deva aniquilar pelo seu desvalor. O inimigo se situa no meu próprio plano. Por esta razão devo me confrontar com ele: para descobrir a minha medida, o meu limite.”⁵⁹⁴

Porém, a guerra global retirou a possibilidade que as partes inseridas no conflito possam distinguir entre amigo/inimigo, pois não foi proclamada nenhuma declaração de guerra por nenhum agente definido contra outro igualmente definido. A volatilidade que caracteriza a globalização faz com que a própria condição de inimigo seja também volátil, permitindo que se interaja fisicamente no conflito somente quando convir. Isso resulta que, dentro do contexto da guerra global, a definição do “eu” e do “outro” seja irrelevante, assim como o é a distinção entre “amigo” e “inimigo”; o que permitirá reconhecer somente a existência de uma linha subjetiva que separa duas grandes zonas de influência ideológico-cultural – notadamente orientadas por valores religiosos judaico-cristãos que colidem com a axiologia islâmica – como o ponto capaz de definir quem está, ainda que circunstancialmente, envolvido no conflito.

Essa dificuldade de se definir quem é o inimigo gera também um estado de absoluta insegurança para as populações civis dos países que se encontram em conflito, como foram os casos, por exemplo, das guerras nos Balcãs, Afeganistão e Iraque. A dificuldade – muitas vezes, impossibili-

o extremista não quer tolerar ninguém, e nem mesmo converter, ou entrar em tratativa: quer somente afirmar a própria existência e ao outro a inexistência. A palavra, a capacidade de comunicação, foi a primeira vítima da violência terrorista, que gerou dois campos adversos, duas identidades que não conseguem nem sequer conversar.” (tradução livre)

⁵⁹⁴ SCHMITT, Carl. *Theorie des Partisanen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Teoria del Partigiano*. Milão: Adelphi, 2005, p. 119. (tradução livre)

lidade – de caracterizar “civil”, “militar” e “membro de grupo paramilitar” nos permite concluir que esteja ocorrendo hoje aquilo que, a partir do século XVI, ocorreu na Europa, em relação às guerras marítimas⁵⁹⁵: a definição de *terrorista como todo e qualquer agente que atue, colabore, sustente ou negocie com o Estado ou grupo inimigo*.

O “inimigo absoluto”⁵⁹⁶, que Schmitt recomendava ser evitado por tornar impossível a busca pela paz, encontra-se imerso na abstração conceitual que define aqueles que fazem parte da zona de influência diversa daquela que faço parte. Assim, a mesma sutileza subliminar que define o “inimigo” será aquela que define o “eu”, fazendo com que o indivíduo da sociedade global – e da guerra global – seja uma existência vazia à procura de uma essência capaz de responder às suas dúvidas e pôr fim às suas angústias.

Zolo procede a uma interpretação complexa da guerra global ao dividir esta expressão em subcategorias conceituais que possuem como finalidade analisar o fenômeno a partir de perspectivas epistemológicas próprias, mas sem que para isso seja necessário perder a dinâmica integrativa que caracteriza o conceito. Neste sentido, podemos resumir sua proposta de compreensão da guerra global em quatro contextos específicos.⁵⁹⁷

O primeiro deles é o geopolítico. Enquanto a guerra antiga e a guerra moderna apresentavam com clareza os atores envolvidos e estabelecia os momentos de início e fim, a guerra global desconhece a localização de muitos dos seus atores, no caso dos grupos terroristas, e não possui data exata de quando começou e não apresenta a mínima perspectiva de que acabará cedo. Tanto a declaração de guerra quanto a declaração de paz foram esquecidas nesse novo contexto global.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Land und Meer*. Maschke-Hohenheim: Köln-Lövenich, 1981; trad. it. *Terra e mare*. Milão: Giuffrè, 1986, p. 72.

⁵⁹⁶ “A inimizade torna-se tão terrível que talvez não seja mais possível nem sequer falar em inimigo e inimizade; ambos conceitos estão absolutamente condenados e banidos formalmente antes que possam começar a obra de aniquilação. Esta se torna, portanto, por completo abstrata e absoluta. Não nos voltamos mais contra um inimigo, mas sim ao serviço apenas de uma suposta afirmação objetiva dos valores mais altos – pelos quais, notoriamente, nenhum preço é demasiadamente alto. Somente a negação da verdadeira inimizade absoluta pode abrir estradas à obra de aniquilação de uma inimizade absoluta.” SCHMITT, Carl. *Land und Meer*, trad. it. cit., p. 131. (tradução livre)

⁵⁹⁷ Cfr. ZOLO, Danilo. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 121-30.

⁵⁹⁸ “A declaração de guerra não era, portanto, um ato de agressão, em sentido incriminante ou discriminante, mas, pelo contrário, uma ação correta e a expressão da guerra em forma, da qual ilustramos a evolução em precedência (p.178). Esta declaração de guerra se fundava na

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

O segundo aspecto da guerra global é o seu caráter sistêmico, onde a ordem internacional é concebida como um sistema descentralizado, anárquico⁵⁹⁹, em que aquele que possui maior poder tem a condição de impor as regras para os demais membros. A posição do governo estadunidense logo após os ataques do 11 de setembro de 2001, foi no sentido de colocar os EUA como o único país com a possibilidade de exercer a função de liderança mundial, expandindo sua atuação política e militar em áreas críticas, como o Oriente Médio. No entanto, a partir de uma leitura sistêmica do atual contexto das relações internacionais, caso os EUA viessem a perder sua condição de *leadership* seja por meio de crises externas ou internas, esta função seria necessariamente exercida por algum outro país, de modo que a China é quem, no momento, mais apresentaria condições para tanto.

O terceiro aspecto da guerra global é o normativo, caracterizado pelo total desprezo pelas instituições internacionais, pelas normas de direito internacional que tratam sobre a guerra e sobre direitos humanos, pelo procedimento de *jus ad bellum* e pela conduta *in bello* daqueles que pretendem ingressar ou começar uma guerra. Por não se submeterem a qualquer normatividade internacional, os grupos terroristas adotam medidas que violam todas as mais elementares noções de direito de guerra e dignidade da pessoa humana, sendo que, como resposta, os EUA e seus aliados recorrem a meios não menos cruéis que os adotados pelos terroristas.

O último aspecto arrolado por Zolo é o ideológico: as ambições estadunidenses, em especial durante o governo Bush Jr., não se restringiram ao domínio cultural, econômico, político e militar, pois o maniqueísmo adotado pela política externa estadunidense fazia com que a questão de fundo residisse em uma afirmação dos valores judaico-cristãos frente a qualquer religião que os negasse. Tratava-se da divisão da comunidade internacional entre “eixo do bem” e “eixo do mal”, sendo que, por coincidência, todos os países “do mal” são muçulmanos ou comunistas. A retomada de conceitos como justa causa e guerra preventiva representa um retrocesso de quatrocentos anos a um momento histórico em que a Europa se viu assolada por guerras infundáveis contra infiéis que não aceitavam a legitimidade da *Respublica Christiana* e a *auctoritas suprema* do sumo pontífice do Sacro Império Romano-Germânico.

necessidade de uma forma jurídica e na ideia de que entre guerra e paz não existe um terceiro conceito. *Tertium non datur.*” SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 335.

⁵⁹⁹ Para um conceito de anarquia nas relações internacionais, remetemos a BULL, Hedley. *The Anarchical Society: a Study of Order in World Politics*. Londres: Macmillan, 1977.

Assim, ao ir além do âmbito político a guerra global se transformou em um conflito baseado em uma incompatibilidade entre concepções elementares, como ser humano, vida, morte, Deus e mundo, que distancia e entrincheira os envolvidos. Está em jogo mais do que a função de *leadership* mundial: a identidade cultural dos povos está sendo ameaçada. Como forma de garantia e proteção das conquistas – ou não seriam imposições? – do Ocidente dentro da comunidade internacional, as “guerras humanitárias”, que se dizem em defesa dos direitos humanos, se colocam com uma subcategoria da guerra global.

Depois de intervenções militares como as ocorridas no Iraque, em 1990, e nos Balcãs, em 1997, afirmaram-se como causas de defesa armada do direito internacional humanitário a ocorrência de violações como o apartheid, a tortura, o genocídio, os tratamentos desumanos ou degradantes de minorias étnicas por parte de um Estado.⁶⁰⁰ O paradoxal é que a solução adotada para resolver uma situação de crise interna em um Estado que esteja violando direitos humanos aponta para a intervenção militar, que nada mais é do que uma “guerra humanitária” cercada pelos mesmos riscos e incertezas de qualquer outra guerra. Resumidamente, trata-se de encerrar um mal recorrendo a outro mal.

Conjuntamente à incerteza quanto aos resultados práticos que essas guerras podem apresentar, encontramos um problema de ordem eminentemente jurídica viciando a intervenção: há um princípio cogente de direito internacional, expresso em diversos momentos na Carta das Nações Unidas⁶⁰¹, que somente a legítima defesa pode justificar uma ação militar contra outro país. Qualquer outro ato militar, como as tais “guerras humanitárias”, será ilegal do ponto de vista do direito internacional, pois existem meios pacíficos previstos na ordem internacional para a resolução de conflitos e a competência para decidir quanto à legitimidade do uso da força armada resta atribuída exclusivamente ao Conselho de Segurança da

⁶⁰⁰ ZOLO, Danilo. *Chi dice l'umanità*. Turim: Einaudi, 2000, p. 23, sustenta que “por direito internacional humanitário se entende a tutela internacional dos direitos fundamentais do homem e, portanto, a repressão das suas mais graves violações, como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, segundo uma tipologia que remonta ao Tribunal de Nuremberg.” (tradução livre)

⁶⁰¹ Artigo 51: “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.”

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

ONU⁶⁰² – este que aprovou apenas a primeira guerra no Iraque, de 1990, e não autorizou tanto a ação nos Balcãs quanto a segunda invasão do Iraque.

Ao comentar a invasão da Iugoslávia pela OTAN, Ferrajoli delimita as incongruências deste tipo de guerra ao afirmar que a guerra “humanitária” promovida pela OTAN, além de se constituir em uma violação ao direito internacional e ao direito constitucional, foi conduzida, de fato, com ações e procedimentos – por exemplo, garantindo imunidade aos que lançaram bombas e mísseis cujos erros letais de alvo foram considerados meros “efeitos colaterais” – que certamente violaram os princípios deste chamado “direito de guerra humanitário”, os quais fazem parte da tradição histórica do direito internacional. Os ataques aéreos da OTAN provocaram resultados que, mesmo não sendo intencionais, seriam absolutamente evitáveis, poupando a vida de centenas de milhares de pessoas cuja única culpa é a de se encontrarem submetidas a um regime despótico e criminoso.⁶⁰³

Partindo da ideia de que a racionalidade faz com que um ato possua estreita congruência com o fim que deseja alcançar, Ferrajoli questiona ainda a própria racionalidade das guerras humanitárias, pois “se este ato, além dos enormes custos em termos de sofrimentos que diretamente produz, não apenas é inidôneo, mas por completo contrário aos mais nobres fins declarados; então, isso é irracional e irresponsável.”⁶⁰⁴

Feitas essas considerações, vemos que, dentro dos diversos processos de globalização, a noção de guerra é, certamente, um dos conceitos que mais sofreram abalos, chegando até a se desnaturar em relação aos conceitos de guerra antiga e guerra moderna. A guerra global colocou desafios à comunidade internacional que, segundo nosso entendimento, não serão resolvidos dentro da atual estrutura político-jurídica das relações internacionais. As guerras humanitárias são uma prova de que instituições jurídicas sólidas inexistem no âmbito político-militar do direito internacional, restando somente ao livre-arbítrio dos Estados decidir quais conflitos civis são mais interessantes para uma intervenção militar e quais não são tão importantes.

⁶⁰² Artigo 24: “A fim de assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles.”

⁶⁰³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Guerra ‘ética’ e diritto”, *Ragion Pratica*, Vol. 7, n. 13, 1999, p. 119.

⁶⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 120.

3. Diferenças culturais, minorias opressoras e terror: o grande desafio aos direitos humanos no século XXI

Anteriormente analisamos o fenômeno da guerra global em termos sistêmicos, considerando os fatores históricos, sociais e políticos responsáveis pela sua consolidação. Precisamos agora focar na posição das minorias culturais, notadamente as diversas minorias islâmicas. Para a melhor compreensão desse objeto de estudo, entendemos que o ponto sobre o qual devemos nos ater reside, de fato, no distanciamento étnico-cultural que a globalização está gerando entre culturas e povos teologicamente orientados por religiões hegemônicas que não aceitam a existência de outras, como o judaísmo, o cristianismo e o islamismo. É esse distanciamento que nutre a hostilidade dentro do sistema político internacional e fomenta as minorias a se tornarem opressoras.

Sob a perspectiva formal, a globalização produziu uma aproximação cognoscitiva nunca antes vista na história entre os mais diversos povos e culturas, mas, sob a perspectiva material, o seu efeito foi inverso: criou um ambiente de inevitável aproximação entre os povos e, por consequência, deflagrou um conflito ideológico permanente entre aquelas culturas que até então apenas se toleravam. Somado a isto, encontra-se o fato de que a globalização econômica gerou uma acentuação das desigualdades sociais entre pobres e ricos, pois, ainda que o PIB do mundo tenha crescido nas últimas décadas, percebe-se um flagrante crescimento mais acelerado naqueles países que concentram o capital e a tecnologia em relação àqueles que concentram a pobreza e a exclusão social. A guerra global é o resultado de um processo de impessoalização dos mais frágeis e hipertrofia dos mais fortes, uma vez que a luta direta se tornaria desigual; o que importa na busca, por parte dos grupos mais frágeis, de meios e táticas que os tornem capazes de enfrentar – ou, ao menos, causar danos – nos grupos mais fortes do embate. Se mantida essa tendência, o conceito de guerra global deverá se afirmar como a forma padrão de conflito na sociedade global do século XXI, uma vez que as concentrações de poder e de pobreza crescem cada vez mais.

Dentro deste ambiente de conflito criaram-se verdadeiras “zonas de exclusão cultural”, onde por trás de discursos falaciosos defendendo o multiculturalismo e a boa convivência entre as culturas reside, de fato, um pensamento orientado axiologicamente apenas para o reconhecimento e afirmação dos próprios valores e princípios, mesmo que para isto seja necessário a exclusão do outro, do diferente.

A nossa descrição do problema poderia sugerir que estamos falando de um “choque de civilizações”⁶⁰⁵. No entanto, a questão é, certamente, bem mais complexa que isto. Na interpretação de Samuel Hunting-

⁶⁰⁵ Cfr. HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*. Nova Iorque: Simon & Schuster Paperbacks, 2003. (tradução livre)

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

ton, os Estados continuam exercendo uma função central nos “conflitos em linhas fronteiriças”⁶⁰⁶ e, conseqüentemente, a luta por território e bens materiais se encontra ainda entre as principais causas de guerra.⁶⁰⁷ Não podemos concordar com este tipo de análise, pois posições desta natureza se esquecem de dar a devida atenção ao fato que Estados, fronteiras e povos não são mais norteados pelos tradicionais – e schmittianos – paradigmas territorialistas. Estamos falando aqui em “zonas de exclusão” apenas subjetivamente, sem nos concentrarmos no componente territorial, uma vez que a volatilidade das relações humanas na era global torna possível que exista, dentro de um mesmo território delimitado pelas mesmas fronteiras, conflitos cujas origens resultam da presença de – e inevitável contato entre – diferentes padrões de estrutura axiológica aptos a reconhecer qualquer outro padrão como legítimo. Além disso, deve-se considerar também o fato de não ser os EUA uma civilização universal, como Huntington sustenta, mas uma cultura específica que não pode esperar que todo o resto do mundo se torne como ela.⁶⁰⁸

Ao invés de apenas tentar universalizar uma única cultura e atribuir a ela o rótulo de “cosmopolita”, ou qualquer outra expressão do gênero, como se isto pudesse resolver todos os problemas da sociedade internacional, o maior desafio apresentado aos Estados nacionais e à comunidade internacional pelo fenômeno da guerra global e, por consequência, do terrorismo, é o de encontrar os caminhos mais adequados para que estruturas políticas possam ser estabelecidas, no sentido de reduzir as distâncias entre os indivíduos e a ordem internacional, possibilitando que este sistema se transforme em um ambiente baseado em algo mais sólido que a contingente vontade dos líderes políticos das grandes potências.

É próprio do ser humano a tarefa de dividir, distinguir, separar, classificar, tudo que lhe é levado ao conhecimento, de modo que o mesmo ocorre com as culturas.⁶⁰⁹ São as noções de distinção e separação que

⁶⁰⁶ “Conflitos em linhas fronteiriças são conflitos comunais entre Estados ou grupos de diferentes civilizações. Guerras em linhas fronteiriças são conflitos que se tornaram violentos. Tais guerras podem ocorrer entre Estados, entre grupos não-governamentais, e entre Estados e grupos não-governamentais.” HUNTINGTON, Samuel. *Op. cit.*, p. 252.

⁶⁰⁷ “Os conflitos em linhas fronteiriças são, algumas vezes, lutas pelo controle do povo. Mais frequentemente a questão é o controle do território. O objetivo de pelo menos um dos participantes é conquistar território e liberá-lo de outro povo mediante a sua expulsão, extermínio ou ambos, isto é, mediante uma ‘faxina étnica’.” *Ibidem*.

⁶⁰⁸ Cfr. HIRST, Paul. *War and Power in the 21 st Century. The State, Military Conflict and the International System*. Cambridge: Polity Press, 2001, p. 100.

⁶⁰⁹ “Cultura é a atividade de fazer distinções: de classificar, segregar, desenhar fronteiras – e assim dividir as pessoas em categorias internamente unidas pela similaridade e externamente separadas pela diferença; e de diferenciar os padrões de conduta determinados para os

permitem manter vivas as culturas, pois se não fossem as categorizações e as classificações que cada cultura faz em relação a si própria, não seria possível aos indivíduos que a compõem distinguir entre quais alternativas optar quando for agir, entre quais valores escolher, enfim, entre escolher entre o certo e o errado, entre o bem e o mal. A inexistência de diferenciações importa na inexistência de distinções deontológicas entre o certo e o errado. São as culturas que devem proceder às diferenciações, uma vez que é dentro delas que os conceitos morais serão formados. Porém, já à sociedade global não cabe tal prerrogativa, pois ela deve se manter indiferente ao bem e ao mal, como era o Deus tardomedieval que Bauman refere⁶¹⁰, sob pena de impedir que as culturas que interagem dentro dela percam sua originalidade e sua capacidade de representar suas idiosincrasias.

Tomando como referência essa natureza classificatória que o ser humano e as culturas possuem, entendemos ser a diferenciação cultural um aspecto essencial à própria natureza humana, pois, segundo Paul Ricoeur, “a humanidade não se constituiu dentro de um único estilo cultural, mas ‘colheu’ dentro de figuras históricas coerentes, fechadas: as culturas. A condição humana é tal que a mudança de orientação é possível.”⁶¹¹ Não fosse a capacidade de desenvolvimento e de recriação que as tradições culturais possuem, a ideia de humanidade perderia todo o seu sentido. Não obstante o fato de nem todas as culturas terem a mesma capacidade de resistência e adaptação, continua sendo esta capacidade de se recriar a partir da pressão externa o principal fator responsável pela manutenção da existência de uma cultura ao longo do tempo: “uma tradição cultural não permanece viva a menos que ela se recrie incessantemente.”⁶¹²

Entretanto, se a doutrina dos direitos humanos se consolidou ao longo do século XX como o produto de uma cultura, isto é, a cultura ocidental de matriz judaico-cristã, estamos assistindo a sua pretensão de validade e efetividade universal ser contrastada por aquilo que Yves Charles Zarka chama de minorias opressivas. Segundo ele, uma minoria opressiva “é a que não reconhece e, por consequência, que não aplica os princípios fundamentais da autonomia individual e da igualdade de direito (em particular, entre o homem e a mulher) e de modo mais geral os direitos

humanos alocados em diferentes categorias.” BAUMAN, Zygmunt. *The Individualized Society*. Cambridge: Polity Press, 2001, p. 32. (tradução livre)

⁶¹⁰ Cfr. BAUMAN, Zygmunt. *Missing community*. Cambridge: Polity Press, 2001; trad. it. *Voglia di comunità*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 130.

⁶¹¹ RICOEUR, Paul. *Histoire e vérité*. Paris: Seuil, 1967, p. 334. (tradução livre)

⁶¹² *Ibidem*.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

humanos, aos seus próprios membros.”⁶¹³ Ele ressalta que é o que ocorre na França e em vários países europeus, com a ação posta em prática por alguns muçulmanos que pretendem orientar ao Islã toda a sociedade na qual estão inseridos, adotando estratégias múltiplas, como o uso do véu por parte das mulheres. Refere que tal prática “consiste em reivindicar em nome da tolerância uma prática de intolerância, isto é, a submissão das mulheres a uma discriminação que é igualmente o sinal de sua submissão, de sua inferioridade jurídica, de sua redução a uma condição de objetos sexuais sem autonomia.”⁶¹⁴

Um Estado que adote uma política da diferença deve conceder direitos culturais particulares – concernentes ao uso da língua, a certas práticas e, até mesmo, a representação política – aos grupos que se encontram no seu território, caso pretenda ser tido como um Estado democrático. Mas como fazer quando essas práticas são contrárias aos princípios fundamentais e regras constitucionais do próprio Estado? Atualmente, um dos maiores desafios à doutrina dos direitos humanos é, certamente, compatibilizar o direito à diferença que esta doutrina propala com os direitos culturais que negam a sua legitimidade e pretensão de validade universal. No nosso *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional* sustentamos que as relações internacionais e intra-estatais de ordem cultural precisam superar o paradigma estatalista, que pensa todo o universo cognitivo a partir da perspectiva do Estado, e adotar referenciais vinculados às tradições histórico-culturais dentro das quais os Estados e povos estão inseridos e que, por haver um conjunto amplo, historicamente constituído, de referenciais em comum, tornam possível o diálogo e o reconhecimento recíproco para a construção de soluções viáveis aos problemas em comum.⁶¹⁵

Todavia, diante da absoluta negação recíproca o problema se agrava, pois não estamos tratando de partes que possuem qualquer possibilidade de reconhecimento recíproco. Nesse sentido, cabe à ordem internacional – bem como aos Estados nacionais que enfrentam problemas notadamente multiculturais no seu interior – encontrar mecanismos procedimentais de promoção da igualdade formal e da igual dignidade, segundo a qual todas as culturas possuem o mesmo valor, para a construção de soluções aos problemas concretos que o choque cultural vier a produ-

⁶¹³ ZARKA, Yves-Charles. *Difficile tolérance*. Paris: PUF, 2007, trad. fr. *Difícil tolerância: a coexistência de culturas em regimes democráticos*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2013, p. 122.

⁶¹⁴ ZARKA, Yves-Charles. *Op. cit.*, p. 123.

⁶¹⁵ Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, Parte II, Cap. 2.

zir. A negação recíproca entre culturas impede o reconhecimento, cabendo ao Estado nacional e à ordem internacional tão somente reduzir a conflituosidade e assegurar a igual dignidade às culturas. Embora não seja uma solução romântica e idealista que crê na existência de uma humanidade homogênea, pensamos que soluções realistas são mais viáveis e críveis para a redução da conflituosidade intercultural e consequente violência real que ela pode produzir. Afinal de contas, a violência é algo tão inerente à natureza humana e ao poder político que “não existe um Estado que não tenha sido constituído pela violência, a partir de coletividades mais próximas, de diferentes culturas. A homogeneidade de um povo sempre foi obra de séculos, o que quer dizer, na maioria das vezes, obra da força.”⁶¹⁶

⁶¹⁶ ARON, Raymond. *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*. Paris: Gallimard, 1996, p. 201. (tradução livre)

Referências

ARON, Raymond. *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*. Paris: Gallimard, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *The Individualized Society*. Cambridge: Polity Press, 2001.

_____. *Missing community*. Cambridge: Polity Press, 2001; trad. it. *Voglia di comunità*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

BONANATE, Luigi. "Terrorismo político". In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Giuseppe (orgs.). *Dicionário de política*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1986.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: a Study of Order in World Politics*. Londres: Macmillan, 1977.

CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milão: Feltrinelli, 2008.

CHOMSKY, Noam. In: SHAFRITZ, Jay M. et al., *Almanac of Modern Terrorism*. Nova Iorque: Facts on File, 1991.

CLAUSEWITZ, Carl von. *On War (1832)*. Harmondsworth: Penguin, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. "Guerra 'ética' e diritto", *Ragion Pratica*, Vol. 7, n. 13, 1999.

FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. Nova Iorque: Free Press, 1992.

GALLI, Carlo. *Guerra Globale*. Roma-Bari: Laterza, 2002.

HIRST, Paul. *War and Power in the 21 st Century. The State, Military Conflict and the International System*. Cambridge: Polity Press, 2001.

HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*. Nova Iorque: Simon & Schuster Paperbacks, 2003.

LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *No end to war: terrorism in the twenty-first century*. Londres: Continuum Publishing Ltd., 2003.

MCLUHAN, Marshall. *Understanding media*. Nova Iorque: Mentor Press, 1964.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

NYE JR., Joseph. *Understanding International Conflicts: An Introduction to Theory and History*. 5a ed. Nova Iorque: Pearson Education, 2005.

RICOEUR, Paul. *Histoire e vérité*. Paris: Seuil, 1967.

SCHMITT, Carl. *Theorie des Partisanen*. Berlim: Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Teoria del Partigiano*. Milão: Adelphi, 2005.

_____. *Land und Meer*. Maschke-Hohenheim: Köln-Lövenich, 1981; trad. it. *Terra e mare*. Milão: Giuffrè, 1986.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no séc. XXI*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2007.

ZARKA, Yves-Charles. *Difficile tolérance*. Paris: PUF, 2007, trad. fr. *Difícil tolerância: a coexistência de culturas em regimes democráticos*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2013.

ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009.

_____. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. *Chi dice l'umanità*. Turim: Einaudi, 2000.

CRIME E CULTURA: INTRODUZINDO A CRIMINOLOGIA CULTURAL NO ESTUDO DA CRIMINALIZAÇÃO*

Álvaro Filipe Oxley da Rocha**
Simone Schuck da Silva***

Sumário: Introdução. 1. Da relação entre o fenômeno cultural e a criminalização. 2. Desenvolvimento da Criminologia Cultural. 3. Breves perspectivas no Brasil em Antropologia Urbana. Considerações finais. Referências.

Introdução

O artigo seguinte é fruto de pesquisas na área de criminologia, com o apoio financeiro do CNPq, relacionadas ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUC-RS, que se vincula ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da universidade. Pretende-se revisar a bibliografia em criminologia cultural para uma compreensão multidisciplinar do crime a partir da relação entre o fenômeno cultural e o fenômeno punitivo, além de apontar estudos semelhantes em antropologia urbana no Brasil. Para tanto, iniciou-se com uma análise da relação entre cultura e criminalização, destacando-se, nesse sentido, as demandas midiáticas e sociais, capazes de levar o Direito Penal à realização de interesses corporativos e políticos. Após, introduziu-se a criminologia cultural como aporte teórico na relação entre crime e cultura, investigando-se seu desenvolvimento e bases atuais. Por fim, apresentou-se algumas pesquisas brasileiras no campo da associação entre cultura e criminalização, mas que, contudo, figuram no campo da antropologia urbana.

1. Da Relação entre a Fenômeno Cultural e a Criminalização

A partir dos anos de 1990, a insegurança social e a violência tornaram-se grandes problemas dos centros urbanos brasileiros, levando à constatação de uma “crise” objetiva e subjetiva no campo da segurança

* Este artigo é apresentado entre os resultados do trabalho da segunda autora como bolsista de iniciação científica, entre 2012 e 2013, sob a orientação do Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha.

** Pesquisador e professor titular no PPGCCRIM da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

*** Acadêmica de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e bolsista PROBIC/FAPERGS.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

pública em relação aos números crescentes das estatísticas criminais⁶¹⁷ e ao sentimento social de insegurança⁶¹⁸.

Em consequência, houve uma ruptura na credibilidade do trabalho dos atores estatais tradicionalmente competentes na área, referindo David Garland, nesse sentido, a erosão do “mito de que o Estado é capaz de promover segurança, lei e ordem e controle do crime dentro de seus limites territoriais”⁶¹⁹. Observou-se, assim, uma gradativa “politização” das questões de segurança pública, conduzindo ao espaço político as decisões relevantes na área e secundarizando o campo administrativo. Dessa maneira, a segurança pública alcançou legitimidade popular nos debates eleitorais, o que, no Brasil, havia sido enjeitado na lógica política das décadas passadas, marcada por questões macroscópicas, em razão de regimes ditatoriais e de uma democracia frágil.

Em um contexto de valorização política da opinião pública, mostrou-se crucial o papel da mídia de massa na disseminação do medo e na

⁶¹⁷ Evidentemente, dados estatísticos sempre devem, em certa medida, ser relativizados em razão de seus processos de formação, tendo em vista que muitas ocorrências tendem a ficar sob a chamada cifra negra. No entanto, eles devem ser considerados e trabalhados em uma análise que se pretende vinculada à realidade. Nesse sentido, ao se falar em aumento das estatísticas criminais, é possível observar o expressivo aumento da população carcerária no país: em 2005, o Brasil apresentava 196,2 presos (nos sistemas penitenciários e sob custódia das polícias) por 100 mil habitantes, e já em 2012 esse número passou a ser de 401,7 por 100 mil habitantes com mais de 18 anos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **1º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: 2007. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2007.pdf> Acesso em: 29 mai. 2014. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: 2013. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013.pdf> Acesso em: 29 mai. 2014.).

⁶¹⁸ Nesse sentido, o Relatório Latinobarômetro indica a “delinquência” como uma das principais preocupações dos latino-americanos no ano de 2011. Na pergunta aberta sobre o problema mais importante da região, a resposta mais frequente é a delinquência e a segurança pública, levando 28% dos latino-americanos a considerar estes como os principais problemas de seus países. Assim, o Brasil é o país apontado com menor índice de confiança interpessoal da América Latina (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Relatório Latinobarômetro 2011**. Santiago, Chile, 2011, Anual, p. 53. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATDatos.jsp>>. Acesso em 13 abr. 2014).

⁶¹⁹ GARLAND, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal**: leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 59. Em certo sentido, Garland enfrenta a punitividade contemporânea como um processo de mudança social e cultural da modernidade tardia, enquanto Wacquant vê o neoliberalismo diretamente como um programa político. Assim, ainda que os estudos de Garland sirvam como aportes teóricos à Criminologia Cultural, para uma aplicação aprofundada de suas teorias no Brasil seria imprescindível sua realocação com as críticas feitas por Loïc Wacquant.

construção das percepções, porquanto ações de controle do crime prestam-se mais à visibilidade e ao espetáculo televisivo do que soluções complexas e abstratas. Dessarte, como aduz Zygmunt Bauman, “o combate ao crime, como o próprio crime e particularmente o crime contra os corpos e a propriedade privada, dá um excelente e excitante espetáculo, eminentemente assistível”⁶²⁰. Assim, construiu-se um imaginário social amedrontado pelo “espetáculo da criminalidade”, induzindo comportamentos de evitamento e autoproteção.

Portanto, cada vez mais trabalhada como espetáculos da mídia e consistentemente mascarada como informação ou entretenimento, a dinâmica desigual do Direito e do controle social demonstrou-se imprescindível para a manutenção do poder político e para a sustentação do o sistema que a produz. A partir de uma perspectiva de demanda punitiva social e midiática, o crime não é mais considerado um sintoma superficial, mas o problema central a ser combatido. Dessa maneira, a mídia encarrega-se de encenar a necessidade de segurança pública, firmando uma relação de enfrentamento ao “outro” (*outsider*) e expandindo não propriamente a criminalidade, mas a criminalização. A própria viabilidade do controle criminal como estratégia política contemporânea é a grande visibilidade e dramaticidade dos crimes e das notícias sobre eles nos meios de comunicação. Assim,

[...] embora as estruturas de controle tenham sido transformadas em importantes aspectos, a mudança mais significativa se deu no nível da *cultura*, que dá vida a estas estruturas, ordena seu uso e cunha seu significado. Um padrão retrabalhado de assunções cognitivas, compromissos normativos e sensibilidades emocionais está agora inscrito no campo, motivando a ação das agências de controle do crime, dando novo propósito e significado às suas práticas e alterando os efeitos e a significação simbólica de sua conduta⁶²¹.

2. Desenvolvimento da Criminologia Cultural

Os primeiros estudos internacionais relacionando crime e cultura surgiram nos Estados Unidos por volta dos anos de 1970, como referência operacional de pesquisa no que diz respeito aos estudos de imagens, significados e interações entre crime e controle nas estruturas sociais em

⁶²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 126.

⁶²¹ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro, Revan, 2008, p. 376.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

conflito ou nas subculturas ilícitas e o consequente resultado no grupo em geral. Em certo aspecto, os trabalhos pesquisados mostraram a criminalização simbólica das culturas marginalizadas e a existência de um padrão para o significado de crime, o qual se reproduz pela cultura geral de massa. Entretanto, a criminologia cultural recebeu seu maior impulso no Reino Unido com a consolidação de sua base teórica. Na realidade social europeia, os estudos foram designados como um interesse criminológico voltado para a relação entre “crime” e “cultura” em um sentido amplo, relação notável no cotidiano da sociedade complexa moderna. A partir das investigações, demonstrou-se que das culturas marginalizadas – denominadas subculturas – emergem formas de crime repletas de significado simbólico moldado por convenções sociais. Como resposta, a própria subcultura reforça seu “status” de marginalização, tornando as suas experiências coletivas e as emoções do crime a sua identidade.

Da mesma forma, um interessante aspecto explorado foi a criminalização dos produtos da cultura, uma vez que empreendimentos culturais, como filmes e músicas populares, são frequentemente acusados de estarem promovendo atitudes criminosas. Em nome da moralidade coletiva e do direito à informação, fenômenos como identidades criminais, controvérsias culturais populares, campanhas para o controle do crime e experiências de vitimização são cada vez mais oferecidos e exibidos para o consumo público. Identificou-se, assim, haver uma “mediatização” do crime, o qual passa a ser vendido e consumido como produto cultural. Consequentemente, as subculturas criam suas próprias formas de comunicação mediada, enquanto líderes políticos iniciam campanhas públicas de criminalização incentivando o pânico sobre o crime – o qual já não se caracteriza apenas como atividade desviante, mas como notícia e entretenimento consumíveis. Por esse motivo, atualmente os criminologistas entendem que uma consciência crítica da interação cultural das sociedades pós-modernas é essencial para entender, inclusive, algumas das dimensões mais basilares dos fenômenos do crime e do controle da criminalidade.

Ainda, anteriormente ao desenvolvimento da criminologia cultural com Jeff Ferrell e Clinton Sanders, em meados da década de 1990, é possível apontar escolas sociológicas e criminológicas às quais Ferrell refere de a “nova criminologia” dos anos de 1970 e, em particular, a Escola de Estudos Culturais de Birmingham. Igualmente, há referências idênticas por parte de outros autores, como Presdee⁶²², o qual também desenvolve aspectos relacionados aos clássicos da Sociologia, em especial os trabalhos

⁶²² PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London: Routledge, 2000.

de Karl Marx, Émile Durkheim, Talcott Parsons e Robert Merton. Concomitantemente, Hayward e Young⁶²³ impulsionam a chamada antropologia social e a sociologia urbana de Jonathan Raban e Michel de Certeau. Todos esses desenvolvimentos convenceram Ferrell a sugerir que a criminologia cultural é menos um paradigma definitivo do que uma matriz emergente de perspectivas, preocupada com representações, imagens e significados do crime.

Notável é também a pesquisa de muitos criminologistas sobre as imbricações entre crime e cultura sem adotar formalmente a criminologia cultural. Sua produção não é especialmente útil para a definição da área, pois não se intitulam abertamente como criminologistas culturais, mas seu mérito é a consideração da noção de cultura na pesquisa do crime e do controle criminal. Esses destaques procuraram revelar que a preocupação ou o compromisso com a análise das relações entre crime e cultura não são suficientes para uma definição satisfatória de criminologia cultural, visto que seu objetivo, na realidade, não se insere em nenhuma tradição, e se define, no mais das vezes, mais pelo que combate do que por aquilo que apoia.

Ainda sobre esse ponto, é relevante a rejeição da chamada “criminologia administrativa” (ou criminologia “oficial”), por parte dos adeptos, e também o repúdio à prevenção situacional do crime e à teoria da escolha racional. Presdee, por exemplo, acusa a criminologia administrativa de ser apenas uma “fábrica de dados”, que nada mais faz do que produzir estatísticas que são “demandadas e devoradas” por seus chefes políticos⁶²⁴. Na mesma linha, Hayward e Young afirmam que tal criminologia desenvolve “teorias doentias e análises retrógradas, geralmente seguidas de resultados inconclusivos”⁶²⁵. Portanto, é possível entender essas críticas como consequência da abordagem mais política do que analítica do entendimento de crime e do controle da criminalidade, uma maneira de voltar a criminologia cultural para os resultados práticos dos seus estudos, desprezando os métodos usados pela criminologia administrativa.

Outrossim, a criminologia cultural considera a teoria da escolha racional uma forma de positivismo de mercado, uma vez que a base desta estaria na ascensão do pensamento neoliberal na esfera política e econômica, a partir do qual os valores de mercado tornam-se o *ethos* social dominante. Dessa forma, por essa teoria, o crime ocorre por uma escolha

⁶²³ HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural Criminology: some notes on the script. **Theoretical Criminology**, Internacional, v. 8, n. 3, p. 259-273, ago. 2004.

⁶²⁴ PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London: Routledge, 2000.

⁶²⁵ HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural Criminology: some notes on the script. **Theoretical Criminology**, Internacional, v. 8, n. 3, p. 259-273, ago. 2004, p. 03, tradução livre.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

racional, descrita em termos de disponibilidade de oportunidades e baixo nível de controle social, ignorando as estruturas sociais que propiciam o desvio e as emoções e irracionalidades que o envolvem. Nesse ínterim, perigosas teorias deterministas envolvem as atuais neurocriminologia e a criminologia biológica em geral, somando-se a elas a teoria da associação diferencial e mesmo algumas teses da Escola de Chicago, nas quais o meio pode ser propício ou não ao crime (determinismo do ambiente).

Por outro lado, uma das propostas trazidas pela criminologia cultural diz respeito à obra “Crimes of Style”, de Jeff Ferrell (1996), na qual o autor relata sua experiência entre os grafiteiros de Denver, Colorado (EUA). A obra aponta algumas das fontes culturais do estilo “hip-hop” de grafite e as conexões e distinções entre grafite e a arte “oficial” e a de vanguarda. Além disso, descreve as reações das autoridades e da mídia local ao grafite e conclui com uma análise política do grafite como forma de resistência subcultural, um contraponto de estilo às imposições de autoridade, uma ação irreverente contra a inércia do conformismo e uma fuga dos canais convencionais de autoridade e controle. Desse modo, os grafiteiros não são apresentados como vândalos antissociais ou inconvenientes, mas sim como indivíduos de estilo criativo, os quais aceitam o risco de sofrer sanções legais a fim de expressar sua individualidade artística. O objetivo dos grafiteiros seria menos depredar a paisagem urbana ou marcar território e mais uma busca subcultural pela “adrenalina da criação ilícita”, um desafio e uma celebração da imensa ilegalidade do ato de escrever, no sentido da transgressividade presente nessa ação.

Com essa referência, é notável que uma das principais características da criminologia cultural é um forte interesse pelo primeiro plano ou momento “experencial” do crime. Nesse sentido, a criminologia cultural preocupa-se com o sentido localizado da atividade criminosa, com os quadros interpretativos, lógicas, imagens e sentidos por meio dos quais e nos quais o crime é apreendido e realizado. Destaque também para a obra de Jack Katz, segundo a qual uma criminologia que procura entender os crimes mais comuns – lesão corporal, roubo, furto, entre outros – deve prestar especial atenção às recompensas morais e emocionais que tais ações fornecem para aqueles que as cometem, em razão da sua frequente falta de resposta material. Nesse sentido, Ferrell destaca que o foco no primeiro plano do crime serve para “resgatar o empreendimento criminológico de uma criminologia aprisionada no edifício da racionalização científica e da objetivação metodológica”⁶²⁶.

⁶²⁶ FERRELL, Jeff. et al. **Cultural criminology unleashed**. London: Glasshouse Press, 2004. p. 297.

Dentro do marco teórico é importante, ainda, o conceito de ação-limite desenvolvido por Stephen Lyng, pois ele justifica o interesse da criminologia cultural pelo primeiro plano do crime⁶²⁷. Nesse conceito, é desenvolvida a ideia de risco voluntário, atitude característica dos indivíduos considerados desviantes. Stephen Lyng argumenta que essa significação está sempre relacionada a um contexto subcultural: os participantes aprendem o significado do seu comportamento pela interação com outros indivíduos engajados nas mesmas atividades. Além disso, desenvolvem distintas estruturas linguísticas e simbólicas, tais como códigos específicos, imagens e estilos, pelos quais comunicam e entendem suas experiências. Desse modo, o sentido de correr riscos está invariavelmente relacionado às comunidades de significados mediados e representações coletivas.

Portanto, uma psicologia social do comportamento de risco foi relacionada aos estilos subculturais, símbolos e valores do grupo ao qual aqueles que se arriscam estão inseridos, no qual, por sua vez, ambos se baseiam para desafiar a cultura mais ampla. De fato, uma das mais importantes preocupações da criminologia cultural foi estabelecer em que medida o comportamento desviante desafia, subverte ou resiste aos valores, símbolos e códigos da cultura dominante. Nesse sentido, a preocupação em investigar as subculturas desviantes, nos termos precisos de desafios e resistências que elas oferecem, ainda que indiretamente, é a principal linha divisória entre a criminologia cultural e aquelas criminologias que consideram a cultura social, mas não representam o desvio como desafio e resistência. São de extrema relevância, para a criminologia cultural, as consequências sociais desses valores inseridos em contextos sociais adversos. O confronto resultante, que embora não necessariamente conduza ao crime, proporciona um impacto de enormes dimensões em uma sociedade que oferece prazer e liberdade como produto consumível por meio dos meios de comunicação em massa, ignorando a realidade da marginalização econômica e da exclusão social.

Assim, a criminologia cultural interessa-se pelo sentimento coletivo de humilhação gerado por esse conflito, o qual é capaz de alterar o significado do crime na contemporaneidade. Hayward procura ligar insegurança e exclusão aos problemas do crime, argumentando que muitas formas de crime e desvio são respostas psicológicas às experiências de impotência e marginalização vividas pelos pobres do meio urbano⁶²⁸. Deslocando-se a discussão para o plano coletivo, pode-se dizer que a quebra

⁶²⁷ LYNG, Stephen. Edgework: a social psychological analysis of voluntary risk taking. **The American Journal of Sociology**, Chicago, v. 95, n. 4, p. 851-886, jan. 1990.

⁶²⁸ HAYWARD, Keith. **The City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience**. London: Cavendish, 2004.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

de regras é a solução encontrada para os problemas culturais. Em outras palavras, formas de crime e desvio são os sinais visíveis de problemas coletivos profundos: os desviantes aprendem a quebrar regras no contexto de culturas específicas, o que mais tarde aparece precisamente como resposta aos grandes problemas coletivos. Por essa via, esses autores procuram ligar os sentimentos individuais de impotência e exclusão aos estilos subculturais, códigos e valores que caracterizam de forma central o trabalho de Ferrell, Lyng e outros autores.

Com o foco na cultura, na juventude, na identidade, no espaço, no estilo e na mídia de massa, juntamente com o seu compromisso de entender e explicar as transformações em curso e a instabilidade associada ao hipercapitalismo, a criminologia cultural é, portanto, um esboço teórico “pós-moderno” do crime, tendo em vista sua proposta de reinterpretar o desvio muitas vezes como uma técnica para resolver determinados conflitos psíquicos – conflitos que, em muitos casos, estão indelevelmente ligados a várias características da vida contemporânea. Em outras palavras, procura-se fundir uma “fenomenologia da transgressão” com uma análise sociológica da cultura pós-moderna⁶²⁹. Logo, é uma abordagem útil para auxiliar na compreensão das diversas formas de desvio, incluindo comportamento taxados, por exemplo, de vandalismo, e outras formas de delinquência de rua, as quais se relacionam com a auto-expressão e com a ressignificação do espaço público.

Assim sendo, a criminologia cultural é uma abordagem teórica, metodológica e intervencionista do estudo do crime, a qual vislumbra o delito e as organizações de controle social como produtos culturais, que necessitam ser compreendidos por um prisma multifocal, sociológico, criminológico e jurídico a fim de identificar-se os significados que carregam⁶³⁰. Portanto, trata-se de uma proposta ampla e auxiliar, a qual não procura monopolizar os estudos no campo, mas, antes, ser uma fonte de perspectivas a respeito das respostas jurídicas e sociais ao desvio. Conforme Hayward e Young, seu propósito é manter o debate, “manter girando o caleidoscópio sobre as formas pelas quais compreendemos o crime e controle social”⁶³¹.

Considerar a criminologia cultural como uma fenomenologia da transgressão significa recuperar o instrumental científico do modernismo sem, no entanto, perder o foco das circunstâncias pós-modernas. Como

⁶²⁹ GOLDSON, Barry. **Dictionary of Youth Justice**. New York: Taylor & Francis USA, 2008.

⁶³⁰ HAYWARD, Keith. The vilification and pleasures of youthful transgression. In: MUNCIE, John et al. **Youth Justice: Critical Readings**. London: Sage, 2002, p. 92.

⁶³¹ HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural Criminology. In: MAGUIRE, Mike et al. **The Oxford Handbook of Criminology**. London/New York: Oxford University Press, 2007, p. 103.

fenomenologia, a teoria não desconsidera a apuração do conhecimento a partir da razão e da experiência – tal qual o pós-modernismo pretende em relação aos discursos científicos –, mas aponta a necessidade de estudar, também, a experiência como fenômeno. Por isso, ao propor a análise dos fatores objetivos e subjetivos do fenômeno criminoso, a criminologia cultural revela que os conceitos de desviante, de crime e de controle do crime são tanto criados pelos sujeitos envolvidos (infratores, vítimas e atores do sistema penal), quanto mediados e construídos pelo impacto dos meios de comunicação e pelas intervenções de instituições influentes envolvidas.

Dessa forma, a criminologia cultural não deixa de considerar todos os discursos em relação ao fenômeno criminoso, admitindo a interdisciplinaridade como forma de análise e contemplando outras áreas do conhecimento, tais qual a filosofia, a teoria crítica pós-moderna, a antropologia, a geografia cultural e humana, e demais estudos e abordagens a respeito dos movimentos culturais e sociais relacionados ao crime⁶³². Consoante a isso, as metodologias e perspectivas da criminologia cultural diferenciam-se por seus métodos humanizadores de pesquisa, revelando-a como uma teoria-rebelião, uma “transgressão”, da mesma maneira que seu objeto de estudo, à imutabilidade científica. Admitindo a impossibilidade de uma criminologia estritamente “objetiva”, sem significado político ou influência do pesquisador nas suas análises, ela permite um maior envolvimento humano ao confrontar as práticas “oficiais”, tediosas, inócuas e comercializáveis da criminologia tradicional. Ferrell destaca esse diferencial afirmando que

[...] assim como o tédio do modernismo é derivado da sistemática exaustão das incertezas e possibilidades da vida cotidiana, o tédio do pensamento criminológico resulta, em grande parte, dos projetos metodológicos direcionados, de forma igualmente explícita, a excluir a ambiguidade, o inesperado e o “erro humano” da pesquisa criminológica⁶³³.

A experiência em primeiro plano do crime raramente aparece nas tradicionais explicações criminológicas e sociológicas do desvio. De alguma forma, nas disciplinas psicológicas e sociológicas, o fascínio pela prática criminosa tornou-se invisível, enquanto as abstrações hipotetizadas por uma teoria que se diz empírica – como as causas que determinam o crime,

⁶³² CARVALHO, Salo. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, n. 81, p. 294-338, nov./dez. 2009, p. 324.

⁶³³ FERRELL, Jeff. Tédio, crime e criminologia: um convite à Criminologia cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 82, n. 82, p. 339-360, jan./fev. 2010, p. 353.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

especialmente aquelas convenientemente quantificáveis pelas agências estatais –, tornaram-se o material-chave do pensamento científico atual e foram promovidas como um “método rigoroso”⁶³⁴.

A utilização de metodologias etnográficas tem suprido as necessidades mais urgentes da criminologia cultural, em razão da sua análise das intersecções entre crime e cultura. Entretanto, é interessante lembrar que o movimento da criminologia cultural pretende ir ainda mais além, convidando o pesquisador a participar de experiências limitrofes e a conhecer ambientes considerados “criminógenos”. Em face do desejo de estudo do primeiro plano do crime, mostra-se importante, ao investigador, conhecer as sensações de humilhação, arrogância, desejo de vingança e indignação, a assunção de riscos, e toda a dinâmica emocional vivida no fenômeno criminoso. O objetivo é uma maior compreensão criminológica, pois, “se o significado do crime é em grande medida construído no momento de sua experiência, de que outra maneira podem os criminologistas investigá-lo e entendê-lo?”⁶³⁵.

3. Breves Perspectivas no Brasil em Antropologia Urbana

No Brasil, as nascentes da criminologia cultural fundaram os estudos da antropologia urbana, levando os estudos culturais do crime e do controle criminal à perspectiva antropológica e sociológica. Assim, ao analisar, no desvio, o trânsito entre universos simbólicos e culturais, autores como Gilberto Velho investigaram o cerne do objeto da criminologia cultural sem, contudo, fazer parte do seu movimento. Partindo da diversidade doutrinária da Escola de Chicago e, principalmente, do seu interesse fenomenológico e interacionista na investigação, os trabalhos de campo e de observação participante da antropologia urbana brasileira desenvolveram estudos em bairros e espaços públicos da cidade em geral, “em que formas de relacionamento, organização e sociabilidade são exercidas”⁶³⁶.

Nesse sentido, a partir do final dos anos de 1970, o estudo do comportamento desviante constituiu-se um dos campos mais férteis da antropologia brasileira, o que, segundo Gilberto Velho, deveu-se, basicamente,

⁶³⁴ HAYWARD, Keith. The vilification and pleasures of youthful transgression. In: MUNCIE, John et al. **Youth Justice: Critical Readings**. London: Sage, 2002, p. 81.

⁶³⁵ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Crime, violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 917, p. 271-289, mar. 2012, p. 283.

⁶³⁶ VELHO, Gilberto. Antropologia urbana: encontro de tradições e novas perspectivas. **Sociologia, problemas e práticas**, Lisboa, n. 59, p. 11-18, 2009, p. 14.

[...] pela junção de uma teoria interacionista, mais característica de uma tradição sociológica que vem de Simmel a Becker e Goffman, com uma teoria antropológica da cultura, onde autores como Mauss, Bateson, Geertz, Sahlins, Dumont são alguns dos expoentes⁶³⁷.

Os estudos organizados pelo autor procuraram demonstrar a importância da estrutura social e cultural para o desenvolvimento do que é considerado um comportamento socialmente desviado e destacaram a existência, na verdade, de um caráter multifacetado, dinâmico e ambíguo da cultura. Para ele,

[a] Cultura não é, em nenhum momento, uma entidade acabada, mas sim uma linguagem permanentemente acionada e modificada por pessoas que não só desempenham “papéis” específicos mas que têm experiências existenciais particulares. A *estrutura social*, por sua vez, não é homogênea em si mesma mas deve ser uma forma de representar a ação social de atores *diferentemente e desigualmente* situados no processo social⁶³⁸.

Assim, sua produção coaduna com a dos interacionistas na noção de que não há indivíduos de *natureza desviante*, mas uma relação entre atores e grupos permeada pela acusação de quebra de limites e valores de determinada situação sociocultural. Portanto, “o comportamento desviante não é uma questão de ‘inadaptação cultural’, mas um problema político, obviamente vinculado a uma problemática de identidade”⁶³⁹. O próprio caráter desigual, contraditório e político do sistema sociocultural permite compreender os comportamentos considerados desviantes. O sujeito *desviante*, na perspectiva de Gilberto Velho, “é um indivíduo que não está fora de sua cultura mas que faz uma ‘leitura divergente’”⁶⁴⁰.

Nesse sentido, a perspectiva cultural ofereceu a essas pesquisas uma exploração aprofundada da temática indivíduo e sociedade e seu ponto fundamental é a referência do estudo da ação social às interações entre sujeitos vistos não como “mônadas isoladas”, mas como indivíduos ativos, atuando em grupos sociais em um processo contínuo de mudança e reinvenção social⁶⁴¹. Na abordagem criminológica, os estudos em antro-

⁶³⁷ VELHO, Gilberto. **Desvio e divergência**: uma crítica da patologia social. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 03.

⁶³⁸ VELHO, Gilberto. **Desvio e divergência**: uma crítica da patologia social. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 21.

⁶³⁹ Idem, *ibidem*, p. 22.

⁶⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 27.

⁶⁴¹ VELHO, Gilberto. O futuro das Ciências Sociais e a importância de seu passado. **Sociologia, problemas e práticas**, Lisboa, n. 48, p. 11-18, 2005, p. 12.

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

pologia urbana brasileira, no mesmo sentido da criminologia cultural, valorizam os significados que os indivíduos-sujeitos conferem ao mundo com suas interpretações e condutas, sem submetê-las aos rótulos criminalizantes demandados social e midiaticamente.

Considerações Finais

Em contraposição a teses neopositivistas advindas de demandas criminógenas, criminologistas (e, há muito, antropologistas urbanos) têm recuperado a tradição de estudos culturais na área do controle do crime. Nesse sentido, suas teorias analisam o crime em seu contexto cultural, o que ocasiona observá-lo, bem como às organizações de controle criminal, como produtos culturais. Por conseguinte, o desvio e suas agências controladoras passam a gerar novos significados, justificando ou repreendendo a transgressão, influenciados por outros campos sociais, como a mídia, em uma constante interação entre iniciativas moralizantes e atos transgressivos. Entretanto, seu mérito é a revitalização da criminologia por meio de metodologias humanitárias de pesquisa, possibilitando ao pesquisador explorar o que chamamos de “primeiro plano do crime”. Além disso, a ideia de uma criminologia cultural pretende o exame criminológico pelas nuances possíveis da etnografia, incluindo o desenvolvimento de escritas (auto)biográficas, a incorporação de conceitos da cultura popular e a análise visual. Expondo a importância cotidiana do fato desviante, os criminologistas culturais argumentam que essa perspectiva também oferece uma amostra mais honesta do envolvimento do criminologista com a política do crime e do controle criminal.

Portanto, confrontando as atuais demandas positivistas e punitivistas, que veem o crime como uma situação para a qual o sujeito desviante está mecanicamente impulsionado, a criminologia cultural contempla-o como uma ação de quebra de regras, cujo autor desenvolve (ou é envolvido em) uma posição valorativa perante elas, uma avaliação da sua justiça ou adequação, além de uma motivação para rompê-las, tanto por transgressão, quanto por neutralização. Esse foco mais realista quanto às condutas humanas e às experiências emocionais que envolvem o delito (medo, humilhação, ódio, entre outras) é a principal proposta da criminologia cultural e pode ser identificado também nas pesquisas em antropologia urbana no Brasil.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010.

CARVALHO, Salo. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, n. 81, p. 294-338, nov./dez. 2009.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Relatório Latinobarómetro 2011*. Santiago, Chile, 2011, Anual, p. 53. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATDatos.jsp>>. Acesso em 13 abr. 2014.

FERRELL, Jeff. Crime and Culture. In: HALE, Chris, et al. *Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007.

_____. *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality*. Boston: Northern University Press, 1996.

FERRELL, Jeff. et al. *Cultural criminology unleashed*. London: Glasshouse Press, 2004.

_____; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. *Cultural criminology*. London: Sage, 2008.

_____. Tédio, crime e criminologia: um convite à Criminologia cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 82, n. 82, p. 339-360, jan./fev. 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *1º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: 2007. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2007.pdf> Acesso em: 29 mai. 2014.

_____. *7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: 2013. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013.pdf> Acesso em: 29 mai. 2014.

GARLAND, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: Editoria UFMG, 2012,

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

_____. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

GOLDSON, Barry. *Dictionary of Youth Justice*. New York: Taylor & Francis USA, 2008.

HAYWARD, Keith. *The City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: Cavendish, 2004.

_____. The vilification and pleasures of youthful transgression. In: MUNCIE, John et al. *Youth Justice: Critical Readings*. London: Sage, 2002.

_____; YOUNG, Jock. Cultural Criminology. In: MAGUIRE, Mike et al. *The Oxford Handbook of Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007.

_____; _____. Cultural Criminology: some notes on the script. *Theoretical Criminology*, Internacional, v. 8, n. 3, p. 259-273, ago. 2004.

KATZ, Jack. *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books, 1988.

_____; YAR, Majid. *Criminology: the Key Concepts*. London: Routledge, 2008.

LYNG, Stephen. Edgework: a social psychological analysis of voluntary risk taking. *The American Journal of Sociology*, Chicago, v. 95, n. 4, p. 851-886, jan. 1990.

PRESDEE, Mike. *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge, 2000.

ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. Crime e emoções na Criminologia cultural. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, n. 232, p. 13, mar. 2012.

_____. Crime e cultura: novas perspectivas e abordagens em criminologia e controle da criminalidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.), *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____. Crime, violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 917, p. 271-289, mar. 2012.

_____. Criminologia cultural: uma introdução. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 224, p. 14-15, jul. 2011.

SCHUCK DA SILVA, Simone. Tendências criminológicas positivistas e a importância de retomar a tradição cultural na criminologia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 249, p. 18-19, ago. 2013.

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

VELHO, Gilberto. Antropologia urbana: encontro de tradições e novas perspectivas. *Sociologia, problemas e práticas*, Lisboa, n. 59, p. 11-18, 2009.

_____. *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

_____. O futuro das Ciências Sociais e a importância de seu passado. *Sociologia, problemas e práticas*, Lisboa, n. 48, p. 11-18, 2005.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Merton com energia, Katz com estrutura: a sociologia do revanchismo e a criminologia da transgressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 87, n. 87, nov./dez. 2010.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DISCRIMINAÇÃO CIGANA NO HOLOCAUSTO: UM PARALELO ENTRE AS ESTRATÉGIAS DE DOMINAÇÃO COLONIAL E NAZISTA POR MEIO DO RACISMO

Alex Sandro da Silveira Filho*
Bianka Adamatti**

Sumário: Introdução. 1. A construção histórica da discriminação em face dos povos romani na Alemanha: do século XV ao holocausto. 2. Uma praga a ser exterminada no III Reich. 3. A ditadura nazista espelha-se no método de dominação colonialista. Considerações finais. Referências.

Introdução

Quando ouvimos alguém falar do Holocausto, é corriqueiro aliar associarmos tal ideia com os seis milhões de judeus mortos por este terrível genocídio que marcou a história da humanidade. Entretanto, não foram apenas os judeus que sofreram com a perseguição nazista. Os povos Romani (ciganos) também foram alvo de perseguições, discriminação e mortes, muitas delas sem sequer terem sido feitas nos campos de concentração, mas sim pelos próprios oficiais nazistas, tamanho era o ódio que havia pelos ciganos. Mas esse ódio não surgiu no período do Terceiro Reich, pois ele se construiu, aos poucos, desde a chegada dos ciganos na Alemanha, no Século XV. Desta maneira, este trabalho exporá como se deu a formação do racismo em face dos ciganos até o Holocausto, o tratamento que eles receberam durante o período nazista, bem como a formação do racismo nazista, que se deu, dentre vários elementos, pela conquista da América.

* Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS);

Bolsista de Iniciação Científica de modalidade PRATIC, nesta Instituição; Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH), coordenado pela Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato. E-mail: alexsilveirafilho@yahoo.com.

** Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS);

Bolsista de Iniciação Científica de modalidade PIBIC/CNPq, do Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS, coordenado pela Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato. E-mail: bianka.adamatti@hotmail.com.

1. A Construção Histórica da Discriminação em Face dos Povos Romani na Alemanha: do Século XV ao Holocausto

De acordo com registros documentados, a chegada dos ciganos na Alemanha se deu, segundo Gilsenbach, a partir de 1417, nas cidades de Hildesheim e Magdeburg, que definiam os ciganos como sendo “Tártaros do Egito” (apud Moonen, 2013, p. 20). Ademais, tais registros apontavam esses povos “por serem gente preta, horrível, tanto os homens quanto as mulheres, e cercados de crianças” (Moonen, 2013, p. 21), onde sobreviviam fazendo atividades artísticas, como acrobatas e saltimbancos, recebendo em troca cerveja, carne e pão. No mesmo ano, um documento de autoria do frade Körner, renomado cronista alemão da época, assinalava que “os tártaros eram indivíduos feios, que andavam em bandos pelas grandes cidades, e pernoitavam fora das cidades, ao ar livre” (apud Moonen, 2013, p. 21). Para fugir do preconceito e discriminação que lhes acometiam, os povos ciganos, muitas vezes, gastavam o dinheiro recebido com seus serviços para comprar vestimentas de alto valor, e se apresentar na nobreza alemã como se fossem duques, por meio de falsas cartas de recomendação e salvo-condutos de príncipes, reis ou nobres. Essa forma de comportamento dos ciganos, na primeira onda de disseminação pela Europa, impediu, segundo Moonen (2013, p. 25), que eles fossem discriminados pelo seu modo de vida, sendo bem recebidos pelas autoridades civis e eclesiásticas, e tendo, na maior parte das vezes, nomes cristãos, como Miguel, Gabriel, Lucas, etc. Entretanto, isso não impediu que várias populações ciganas fossem alvo de preconceito por parte dos *gadjés* alemães, em decorrência das práticas de algumas etnias ciganas que lá estavam, como os *Kalderash*, cujas mulheres praticavam a quiromancia, e os homens a mendicância, sendo considerados uma praga pelas autoridades religiosas que se localizavam nestas cidades. Como prova disso, Moonen afirma que alguns cronistas alemães da época alegavam que “os ciganos, que furtavam, praticaram magias e adivinhavam as mãos, eram também responsáveis pela fome e pelas epidemias que assolavam o país” (2013, p. 27). Ademais, Fazito alega que (2006, p. 708),

[...] com o agravamento das relações entre a população em geral e os ciganos, e ainda, com a cristalização das representações no imaginário popular, por meio da literatura da época, a impaciência das autoridades públicas tornou-se cada vez maior, e como resultado intensificaram-se as punições no sentido da assimilação ou do extermínio completo de grupos e indivíduos.

Assim, começou-se a punir os ciganos de forma muito mais ostensiva, prendendo e levando estes até mesmo à força apenas pelo fato de serem ciganos. Um exemplo disso, como afirma Toyanski (2013, p. 3), foi o decreto que o imperador alemão Karl IV expediu, no Século XVII, ordenando que todos os ciganos adultos fossem exterminados, e que as mulheres e crianças ciganas tivessem suas orelhas cortadas, com o intuito de puni-las e identificá-las. No Século XIX, foi implementada na Alemanha a agência de informação *Nachrichtendienst in Bezug auf die Zigeuner* (Central para o Combate da Moléstia Cigana), que tinha como intuito principal registrar os ciganos que viviam no país, tendo em vista o controle destes povos, motivados pelo seu “comportamento altamente perigoso”, sendo vedada a sua comunhão com gadjés. No Século XX, durante a época da República de Weimar, todos os ciganos do país foram compulsoriamente fotografados, e suas digitais coletadas, sendo proibida a sua entrada em banheiros e parques públicos, e todos os Romani que não trabalhavam, deveriam ser remetidos à campos de trabalho (Toyanski, 2013, p. 4). Nesse contexto, se instaurou, durante o Terceiro Reich, uma política de perseguição ostensiva, prendendo e assassinando milhares de ciganos.

2. Uma Praga a ser Exterminada no III Reich

Segundo Moonen (2013, p. 50), as estimativas são de que cerca de 500 mil Romani tenham sido assassinados pelos nazistas, naquilo que grande parte dos ciganólogos definem como “*Porrajmos*”, ou devoração, no idioma Rom. Tal perseguição, conforme assevera Toyanski (2013, p. 4), teve início em 1935, com a promulgação das Leis de Nuremberg, que vedavam o casamento de ciganos com arianos, bem como de decretos que ordenavam o envio de ciganos à campos de concentração, para serem esterilizados. Conforme Moonen expõe (2013, p. 53), se a pessoa tivesse um bisavó que fosse cigano, já teria o seu sangue “contaminado”, e, por conta disso, seria considerado como um. Em 1936, conforme Toyanski (2013, p. 4), 400 ciganos foram remetidos para o campo de concentração de Dachau, onde foram assassinados. De todo modo, é importante levar em consideração o exposto por Moonen (2013, p.55), que os *Einsatzgruppen* (grupos de extermínio nazistas) assassinaram milhares de ciganos sem levá-los para campos de concentração. Em 1937, Heinrich Himmler, importante general da SS, as tropas de assalto nazistas, escreveu um decreto de nome “A Luta contra a Praga Cigana”, onde expusera que os ciganos mestiços com gadjés seriam ainda mais propensos à criminalidade. Gilad Margalit (*apud* Toyanski, 2013, p. 5), “a guerra e o extermínio de judeus contribuíram para a radicalização dentre as lideranças nazistas sobre a ques-

Parte IV - Violência, Cultura e Direito

tão cigana”, o que culminou na aplicação, para estes povos, da chamada “solução final”, usando, em 1940, 250 crianças ciganas tchecas para testar o temido gás Zyklon B. Em 1942, Himmler decretou o envio dos ciganos para Auschwitz, fazendo parte deste grupo, de acordo com Toyanski (2013, p. 5), soldados alemães que eram ciganos de etnia Sinti, que eram, como os judeus, cobaias dos experimentos médicos dos nazistas.

3. A Ditadura Nazista Espelha-se no Método de Dominação Colonialista

A ditadura nazista consagrou-se como maior atentado aos direitos humanos, por meio do holocausto, condenando dezenas de culturas distintas às câmaras de gás por se distinguirem do estereótipo do homem branco europeu. O discurso empregado pelo nazismo no holocausto guarda uma relação de semelhança com as técnicas de dominação exercida pelo europeu na colonização moderna do continente latino-americano. Os métodos coloniais são baseados na superioridade racial do homem europeu, que deveria *trazer a civilização* aos considerados bárbaros, não civilizados, os objetivos da dominação então, eram ocultados pela *missão do homem branco*. Ribeiro (2000, p. 172.) aponta que: "O modelo de sociedade que vai se organizar na Alemanha, a partir de 33, vai ser o modelo de uma sociedade colonial, na qual os alemães serão o grupo dominante, o grupo superior."

Os ciganos eram vistos como seres inferiores, vermes que deveriam ser aniquilados, considerados pestes que só prejudicavam o objetivo do *Reich* de mil anos almejado por Hitler. Tanto no regime nazista, quanto nas colônias, os genocídios foram tratados como um meio de alcançar a meta final, o holocausto foi a medida derradeira para obter a purificação racial, e com isso, a criação de uma sociedade ideal aos olhos do nazismo. (Arendt, 2012, p. 40)

A perseguição feita pela Igreja, nos séculos XV e XVI levou vários ciganos à fogueira, pois estavam inclusos no rol de indesejados junto a judeus e muçulmanos. A justificativa residia na inexistência de alma nestes seres, que por sua vez, era explicada pela crença em um deus diferente do cultuado pelos cristãos. A separação dos seres humanos em raças inicia com as colonizações, na primeira modernidade, em que os dominadores passam a codificar pela cor as características vistas nos colonizados, ideia esta que foi fundamental para legitimar as relações de dominação impostas pelos europeus. Posteriormente, no século XVIII, a elaboração técnica, por meio de estudos empíricos do ser humano embasou a *ciência das raças*, que demonstrava por meio de uma série de fatores e características

genéticas, as raças que eram consideradas inferiores. As formas de estudo foram aprimorando-se, vez em que antropólogos e racialistas passaram a analisar o formato e tamanho do crânio e demais partes do corpo a fim de comprovar a superioridade do estereótipo do homem branco europeu. Ainda por cima a inteligência estava intimamente ligada ao formato e tamanho do crânio. Historicamente, isto significava uma nova maneira de legitimar as relações de dominador-dominado, pois o embasamento subsiste na crença de que há uma posição natural de inferioridade. (Quijano, 2000, p. 203)

Considerações Finais

Após o Holocausto, com a consolidação do direito internacional dos direitos humanos, e a efetiva punição para crimes contra direitos inerentes ao ser humano, existe uma grande evolução no que tange à não-discriminação. As ondas de racismo que ainda são vistas na contemporaneidade carregam consigo resquícios de um pensamento eurocêntrico que perpetuou a supremacia da civilização ocidental, em detrimento de outras, consideradas menos desenvolvidas. O problema não reside na ineficácia de leis ou tratados internacionais, mas sim, na carga preconceituosa que cada indivíduo carrega consigo, herança de uma construção moral e ética homogênea.

Referências

ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MOONEN, Frans. *Anticiganismos e Políticas Ciganas no Brasil e na Europa*. Recife: Núcleo de Estudos Ciganos, 2013.

FAZITO, Dimitri. A identidade cigana e o efeito de “nomeação”: deslocamento das representações numa teia de discursos mitológico-científicos e práticas sociais. São Paulo: *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 49, num. 2, p. 689-729.

GUIMARAIS, Marcos Toyanski Silva. A tragédia dos ciganos e de outras minorias no Holocausto: direito à memória e à verdade. In: *IV Jornada Interdisciplinar para o Ensino da História do Holocausto: os Direitos Humanos e a Shoah*. Porto Alegre/RS, 08 de junho de 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. In: LANDER, Edgardo (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 2000.

RIBEIRO, Luis Dario. O nazismo como colonização da sociedade. In: MILMAN, Luis; VIZENTINI, Paulo Fagundes (Orgs.). *Neonazismo, negacionismo e extremismo político*. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

PARTE V

Meio Ambiente, Direito e Cultura

MULTICULTURALISMO E SUSTENTABILIDADE: REFLEXÕES PARA O DIREITO NO SÉCULO XXI

Ana Cristina Bacega De Bastiani*
Mayara Pellenz**

Sumário: Introdução. 1. O respeito à diversidade como premissa ao Estado Democrático de Direito. 2. A Sustentabilidade no processo de evolução humana. 3. A relação entre Democracia, Sustentabilidade e o respeito à diversidade. Considerações finais. Referências.

Introdução

O novo paradigma da Sustentabilidade, os fundamentos democráticos e o respeito à diversidade e às minorias são aspectos que se correlacionam, atualmente, em razão das ações humanas. Isso acontece de forma bastante clara, e será abordado com mais profundidade neste trabalho, pois as ações humanas é que são responsáveis pela existência ou não de um regime democrático, bem como de atitudes sustentáveis ou não e ainda de um respeito à existência de minorias que possuem direitos tanto quanto as majorias. Estas aproximações entre Democracia, Sustentabilidade e diversidade possuem uma grande relevância nas atuais discussões sobre o momento presente e o futuro da vida humana, levando-se em conta que o próprio direito se refere a um fenômeno cultural de adequação à realidade social, que, sabe-se, é multicultural e deve importar-se com estas questões.

Desta maneira, ver-se-á que embora comuns estes temas geram dificuldades de integração na vida cotidiana dos homens, ainda que esteja sendo construída contemporaneamente esta ideia do “eu no outro” - importante para os conceitos estudados - ainda se está distante de uma ocorrência real desta ideia. O vínculo antropológico comum, capaz de unir toda a Humanidade, é elemento que encontra-se esquecido e necessita de um resgate para possibilitar novas vivências aos sujeitos e viabilizar as atitudes almejadas no contexto do regime democrático. O comprometimento do homem com o mundo e do homem com o próprio homem há muito tempo encontra-se fragilizado. Neste sentido, há um risco de que o próprio regime democrático reste enfraquecido neste contexto. Nas lau-

* Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: cristi.bd@hotmail.com.

** Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: maypellenz@hotmail.com.

das seguintes, com o desenvolvimento da pesquisa, será possível ter uma concepção mais clara a respeito do tema.

Diante da importância e atualidade dos temas “Democracia⁶⁴², Sustentabilidade⁶⁴³ e diversidade”, esta pesquisa visa investigar a relevância destes conceitos dentro do contexto vivido. Para isso o problema de pesquisa formulado é: Democracia, Sustentabilidade e diversidade são conceitos interrelacionados? Para resolver este problema a hipótese levantada é de que ambos os temas aproximam-se em virtude de serem temas que dependem da consciência e Participação humana para sua ocorrência.

O objetivo geral é perceber a relevância deste estudo na atualidade, tendo em vista as mudanças que vem ocorrendo na vivência e valores da Sociedade. Como objetivos específicos encontram-se: a) verificar qual a importância destes conceitos individualmente para a sociedade pós-moderna; b) realizar uma análise dos pontos em comum entre Democracia e Sustentabilidade e diversidade e; c) analisar se no contexto vivido é possível esperar do ser humano as mudanças de consciência e estilos de vida para que estes conceitos se efetivem realmente.

1. O Respeito à Diversidade como Premissa ao Estado Democrático de Direito

A expressão Democracia traz, no âmbito do constitucionalismo, bem como da ciência política uma vasta interpretação. Esta abertura de conceito surge especialmente a partir do segundo pós-guerra. “O século passado foi fundamental para a afirmação da democracia como o melhor sistema de organização social e com os mecanismos e instrumentos necessários e em permanente evolução, indispensáveis para garantir as condições de justiça.” (Boff; Zambam, 2010, p. 63). Embora o fenômeno democrático, como parte integrante de um governo seja um acontecimento recente, percebe-se a existência de Democracias mais ou menos desenvolvidas, de acordo com a História de cada país. A representatividade, que é uma das características da Democracia, pode ser compreendida como um fenômeno histórico capaz de viabilizar a participação dos cidadãos no sistema político do Estado. Entretanto, o conflito e o antagonismo são

⁶⁴² Democracia significa, literalmente, poder do povo. Isso não quer dizer governo pelo povo. O poder nem sempre se diz, em última análise: não se confunde com administração dos assuntos correntes, nem mesmo com o governo atribuído a pessoa ou a um grupo. (BARRETO; CULLETON, 2010, p. 132).

⁶⁴³ Freitas explica que a “sustentabilidade é princípio-síntese que determina a proteção do direito ao futuro”. (2012, p. 73).

inerentes aos regimes democráticos, pois a Sociedade⁶⁴⁴ é composta de diversidades culturais e os consensos são difíceis de serem alcançados. Todorov explica que

O regime democrático não se define por um traço único, mas por um conjunto de características que se combinam para formar um arranjo complexo, em cujo seio elas se limitam e se equilibram mutuamente, pois mesmo sem estar em contradição frontal uma com a outra, têm fontes e finalidades diferentes. Se o equilíbrio for rompido, o sinal de alarme deve ser desencadeado. (2012, p. 15).

Zolo entende que por Democracia “entendemos um regime no qual a maioria dos cidadãos está em condições de controlar os mecanismos de decisão política e de condicionar os processos decisoriais.” (2010, p. 16). Assim, a Democracia é um regime em que o poder incumbe ao homem, ao povo: é o povo que escolhe quem são ou serão seus representantes, que governam um Estado⁶⁴⁵ por determinado período pré-definido e estabelecem as leis que regem o país.

O processo democrático por excelência exige a participação dos cidadãos nos assuntos políticos do seu Estado, por meio da representatividade, do pluralismo político, do papel exercido pelos partidos políticos, pela liberdade de expressão a respeito das questões políticas, pela relação entre governo e oposição, etc. O Estado Democrático de Direito deve ter espaços amplos para todos os estes elementos, e principalmente, para a participação ativa dos sujeitos, no tocante ao exercício pleno da cidadania. Todorov considera que

[...] a democracia se caracteriza não só por um modo de instituição do poder ou pela finalidade de sua ação, mas também pela maneira como o poder é exercido. A palavra chave aqui é *pluralismo*, pois se considera que os poderes, por mais legítimos que sejam, não devem ser todos confiados às mesmas pessoas nem concentrado nas mesmas instituições. (2012, p. 17, grifo do autor).

⁶⁴⁴ A sociedade enquanto fenômeno humano, decorre da associação dos homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se a sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana, o que implica a experiência tanto da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são polos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade. (BARRETO; CULLETON, 2010, p. 487).

⁶⁴⁵ As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado como instituições político-jurídica moderna, quais sejam: o território e o povo como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou soberano como elementos formais; e a finalidade como elemento substancial. (BARRETO; CULLETON, 2010, p. 183).

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

Este autor ainda acrescenta que “[...] o povo, a liberdade, o progresso são elementos constitutivos da democracia; mas se um deles se emancipa de suas relações com os outros, escapando assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se, enfim, em ameaças.” (Todorov, 2012, p. 18). Neste ponto, ao considerar que em um regime democrático o importante, para sua manutenção é o equilíbrio, Pires alerta para o fato de que “[...] não se fazem democracia e política de modo independente. Como desafio atual, é preciso que sejam ajustadas as relações entre economia e política” (2011, p. 33), para que nenhum dos pontos se sobressaia, gerando um desequilíbrio que pode ocasionar desigualdades e favorecimentos.

É por isso, por exemplo, que se faz tão importante num regime democrático a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um deve exercer suas funções e contribuir para a ocorrência da Democracia a partir de sua independência. A relevância da separação dos Poderes e de suas atribuições pode ser constatada com a disposição da referida separação na Constituição Federal, em seu artigo 2^o⁶⁴⁶. A Constituição preconiza também que os Poderes devem ser independentes, para que não ocorra o monopólio de um Poder sobre outro, nem uma sobreposição de interesses particulares sobre os interesses da coletividade, colocando em risco as bases da Democracia. Morais concorda, com isto que fora dito, explicitando que

[...] a necessidade e a urgência de concretização do *novo* Estado Democrático de Direito impõe repensar a democracia, induzindo à reconstrução do seu modelo representativo, exercido por intermédio de “poderes” distintos – embora harmônicos entre si -, e reclama que todo ordenamento jurídico e todas as funções públicas devam estar voltadas à sua realização. Neste ambiente, não só as suas fórmulas e práticas são revisitadas, como seus instrumentos e meios de ação ganham novos contornos. (Morais, 2012, p. 169).

Para que uma Democracia efetiva é importante que existam direitos positivados e conhecidos pelos sujeitos integrantes deste regime democrático⁶⁴⁷. O respeito a direitos estabelecidos, caracteriza muito bem a Democracia, que como salienta Bobbio,

⁶⁴⁶ Artigo 2^o: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁶⁴⁷ Bobbio explica que “[...] quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia.” (1986, p. 65).

[...] o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (...) mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizados. (1986, p. 65).

É justamente neste sentido que se quer dizer que a Democracia implica que os direitos estejam expressamente declarados e conhecidos pelos homens, pois “a constitucionalização de direitos está entre as expressões da maturidade democrática” (Boltoloti; Zambam, 2013, p. 216). Os pilares da Democracia estão calcados nos direitos fundamentais do cidadão, no respeito à diversidade, sem os quais o processo democrático não se realiza por completo. Isso ocorre, pois em sociedades democráticas as diferenças existentes entre seus integrantes devem ser respeitadas, abrindo espaço para o livre exercício de direitos de minorias, sejam elas de gênero, racial ou multicultural, ou qualquer outra minoria. É um espaço livre, em que as pessoas devem estar tranquilas em demonstrar suas preferências e culturas, sem ter medo de serem repreendidas por tais escolhas ou demonstrações.

As lutas dos homens pela conquista de direitos fundamentais são amplamente conhecidas, fazem parte da história da humanidade e demonstram que muito se buscou esta segurança social a partir de regimes que respeitam liberdades, diferenças culturais e tantos outros direitos que hoje, especialmente em terras brasileiras, são amplamente constitucionalizados e protegidos. Neste sentido, Pires acrescenta que “guerras e revoluções foram realizadas para que, minimamente, os direitos soberanos das nações e dos Estados fossem reconhecidos como eixos de uma sociedade razoavelmente racionalizada.” (2011, p. 32). De fato, o resultado das lutas dos homens foi justamente a conquista pelos seus direitos, preconizados, à nível de Brasil, especialmente no artigo 5º da Constituição Federal, sem excluir os demais artigos distribuídos no corpo constitucional.

Ainda há muito que se percorrer, tendo em vista que muitos direitos são amplamente protegidos, mas ainda carecem de efetivação. A efetivação real de direitos é assunto atual e amplamente discutido, justamente por também fazer parte da caracterização de Estados Democráticos de Direito, já que mera previsão de direitos não basta. É necessário protegê-los para que efetivamente se possa falar de concretização de regimes democráticos. Boff ensina que um “Estado Democrático supõe a capacidade de atuação e intervenção com respaldo legal e comprometido com o bem-estar geral, a realização humana e o equilíbrio social.” (2010, p. 71). De fato, os elementos mencionados pela autora trazem, de maneira bastante clara, a legitimação de uma Democracia e seu constante amadurecimento.

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

Importante ressaltar que a Democracia possui particularidades nesta nova sociedade pós-moderna, que é universalizada, plural, multicultural e que possui outras tantas características. Com este panorama instaurado, exige-se o maior respeito às minorias, levando-se em conta a diversidade que é característica dos novos tempos, para que estas minorias possam viver suas liberdades, sentindo-se parte integrante da sociedade, respeitadas verdadeiramente suas diferenças. Não há espaço aqui para qualquer tipo de exclusão, segregação ou cerceamento aos direitos das minorias. Pelo contrário: ao respeitar estas particularidades e o multiculturalismo - de forma ampla - observa-se o fortalecimento e o amadurecimento da Democracia. Ademais, "(...) não existe mais no mundo atual qualquer possibilidade de evitar a constituição jurídico-moral de uma 'sociedade multicultural', ou de substituí-la por sociedades nacionais ou ideológicas, por tradições de valores herdadas" (APEL, 2000, p. 16). A diversidade cultural representa uma característica destes tempos. Isto está muito claro. Portanto, não há mais espaços para absolutismos étnicos, culturais ou qual seja, pois o presente demonstra a necessidade de se adotar uma postura de respeito às liberdades de cada cultura e opções de cada pessoa.

Além disso, uma Democracia requer realmente uma ampla Participação⁶⁴⁸ da população na tomada de decisões no que se refere à intervenção no espaço público e também à direitos e deveres destes cidadãos. Se refere ainda ao efetivo exercício da Cidadania⁶⁴⁹ por todos os sujeitos. Neste sentido, Morais explica que

[...] a democracia passa a não ser mais uma série de meios e procedimentos visando a entender, no que se refere aos processos decisórios, ao princípio da maioria, mas, noutro sentido, um conjunto de fins, com função de proteção/promoção das minorias, garantindo a igualdade em direitos a todos, como a dignidade da pessoa humana a ser assegurada plenamente. (2012, p. 171).

Neste sentido, desenvolve-se uma cidadania cultural, ou seja, a Cidadania demonstra ser um meio para o exercício de direitos dos seres integrantes de determinado local, mas esta Cidadania, em uma Democra-

⁶⁴⁸ Bordenave explica que uma sociedade participativa é "[...] aquela em que todos os cidadãos têm parte na produção, gerência e usufruto dos bens da sociedade de maneira equitativa. Toda a estrutura social e todas as instituições estariam organizadas para tornar isso possível." (1994, p. 25).

⁶⁴⁹ Considerando a atual forma de sociedade, a cidadania afirma-se pelo envolvimento do cidadão nos movimentos sociais, nos mais diversos âmbitos da emergente sociedade civil e esfera pública transnacional que se vai construindo no mundo globalizado. (BARRETO; CULLETON, 2010, p. 96).

cia, não especifica-se mais, no entanto, em decidir pela maioria e sim encontra-se na observância das reivindicações das minorias, que não podem mais ser excluídas destes processos participativos ou decisoriais. Chauí, nesta linha, afirma que esta cidadania cultural significa “antes de tudo, que a cultura deve ser pensada como um direito do cidadão – isto é, algo de que as classes populares não podem ser nem se sentir excluídas.” (1999, p. 14-15).

Busca-se, então, um amplo respaldo aos cidadãos no que se refere a direitos e deveres: num regime democrático, esta premissa deve estar bastante clara. Quanto às diferenças de toda ordem, inclusive culturais, que são inerentes às sociedades complexas, modernas e diversificadas, é necessário o respeito à diversidade humana, e, quando se fala em agir de maneira democrática e sustentável se fala justamente no respeito a estas diferenças. Todavia, não se deve olhar apenas para os aspectos que diferenciam estes grupos, mas também os pontos em comum existentes entre eles, pois ainda que sejam diferentes, comungam em muitos pontos. O vínculo antropológico, capaz de unir todos os seres humanos, é um exemplo dessa similitude. É preciso respeitar a diversidade sem esquecer do que lhes é compatível, já que estas minorias também lutaram pela busca do reconhecimento de seus direitos, e isto faz com que também possuam mais forças diante da emblemática luta por reconhecimento e dos avanços conquistados.

Esta liberdade de buscar e exercer direitos, de debater um ambiente para realização de acordos políticos e direitos constitucionalizados é uma prática democrática, já que na Democracia deve existir este espaço para exercício de liberdades e da Cidadania. Neste sentido, “no seio de uma democracia, ao menos teoricamente, todos os cidadãos são iguais em direitos, todos os habitantes são iguais em dignidade.” (Todorov, 2012, p. 16). Logo, o espaço para o exercício de liberdades e para o respeito às diferenças culturais nas sociedades contemporâneas e democráticas, nada mais é do que espaço para a vivência e para o amadurecimento da Democracia, que demanda este tipo de prática com respeito. De fato, isso é respeitar a dignidade, que todos os seres humanos são dotados intrinsecamente, mas que lutam a cada dia por sua efetivação e proteção.

Nos regimes democráticos sempre se deve buscar uma melhoria da ordem social. A história demonstra que a ordem social é fruto do esforço da vontade e da atitude do ser humano. Assim, ser um cidadão dotado de possibilidades para contribuir para a concretização de um regime democrático é algo que deve fortalecer e incentivar os homens a viver e atuar no espaço público, agindo continuamente para incentivar uma evolução sadia e que respeite os ditames da Democracia, tão importante para uma vida digna no seio desta sociedade plural, diversificada e multicultural.

Sachs explica que “a governança democrática é um valor fundador e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem”. (2008, p. 16). Por certo, em uma Democracia, o ambiente favorece para que os direitos dos cidadãos possam ser respeitados, exigindo a participação intensa destes no processo gradual de melhorias, na qualidade da proteção e efetivação dos seus direitos. Desta forma, a Participação popular, embora nos dias de hoje um tanto desacreditada, é o meio pelo qual os homens podem e devem contribuir para melhorar suas condições de vida e de seus semelhantes, já que, historicamente, as conquistas são obtidas com muito esforço. O reconhecimento e respeito à cultura das sociedades é tão importante quanto dar a ela, por meio de seus cidadãos, o direito de participar de processos decisórios. Entretanto, “muitas vezes o indivíduo de uma coletividade não consegue se aperceber do valor de sua própria cultura, imbuído que está no seu próprio individualismo” (SOUZA FILHO, 2005, p. 37). Sabe-se que o individualismo representa o grande mal do presente século. Logo, o homem enquanto agente transformador da sociedade deve ter posturas positivas e pensar coletivamente, para que hajam transformações favoráveis e efetivas para melhorar o acesso a muitos direitos que lhes são garantidos pela Constituição.

2. A Sustentabilidade no Processo de Evolução Humana

Quando o termo Sustentabilidade é pronunciado, de uma maneira geral, a primeira concepção que parece estar ligada é a de desenvolvimento, relacionado à preservação de recursos ambientais naturais. Esta concepção não está errada, todavia, não é a única. Sustentabilidade é um termo mais amplo e que permite uma infinidade de teorizações a respeito. Freitas explica que a Sustentabilidade possui cinco dimensões: “tais dimensões (ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica) se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade, que não pode, sob pena de irremediável, ser rompida”. (2012, p. 71).

A Sustentabilidade, ainda para este autor é um “princípio constitucional- síntese” (FREITAS, 2012, p. 73) que representa os anseios pela melhoria das condições de vida humana, protegido constitucionalmente e que demanda a participação direta do homem para sua efetivação em suas várias dimensões. É por isso que nesta pesquisa, o enfoque na sustentabilidade tem a ver com ações humanas sustentáveis. Como as visões e ações humanas podem e devem ser percebidas para que a Sustentabilidade ocorra não apenas em relação ao desenvolvimento econômico, mas ao progresso de uma maneira mais abrangente. Isso porque, como já referido anteriormente, o homem é agente transformador e está em suas

ações a possibilidade da realização da Sustentabilidade como um meio para melhoria em suas condições de vida de forma responsável.

Para o homem empreender ações, seja no desenvolvimento da sociedade, ou qualquer outra, é preciso considerar a fragilidade da vida e do próprio universo. Esta fragilidade deve trazer a consciência humana de que o desenvolvimento que o homem tanto busca deve estar pautado por precauções para a preservação do local em que está inserido. Essa afirmação é tão importante, pois o destino do homem está atrelado à natureza, não apenas por questão de sobrevivência física, mas também da integridade de sua essência. A humanidade, diante das incertezas, necessita determinar o que deve ser valorizado, já que há

[...] a necessidade de reconhecer a pluralidade de nossas identidades, e também o fato de que, como seres humanos responsáveis, temos de escolher (“por meio da razão”, [...]), em vez de “descobrir” de maneira inerte, que prioridades dar as nossas diversas associações e filiações. Em contraste, os teóricos dos “choques” inevitáveis tentam, na verdade, negar incansavelmente, ou ignorar implicitamente, a relevância dos princípios múltiplos de classificação, e em relação a isso, a necessidade de que todos nós assumamos a responsabilidade de decidir quais são as nossas prioridades. (SEN, 2010, p. 46, grifo do autor).

Aqui resta evidente a necessidade da percepção de que todos os homens, mesmo diante de suas diferenças, em geral são seres frágeis, que evoluem permanentemente enquanto ser individual, social e político e que demanda cuidados em suas ações individuais, pois estas geram reflexos para si mesmo, para seus semelhantes e para o meio em que vive. As posturas sustentáveis são ações que evitam a aceleração da extinção do homem na Terra, porém, não o salvam em definitivo. É preciso que o mundo natural esteja em comunhão com as tecnologias e a com criação de condições de preservação da natureza e da biodiversidade para um efetivo respeito à vida.

Já se mencionou que a Participação na política, o fortalecimento da Democracia, a associação com seus pares e a autonomia individual e coletiva são exemplos de ações positivas nesta caminhada rumo ao futuro. De fato, uma nova consciência ecológica que é caracterizada pelo aumento de cuidado em relação ao ambiente como um todo (condições climáticas, geográficas, aquáticas, sociais, econômicas, antropológicas, mentais, entre outros), com novas dimensões de qualidade e Sustentabilidade da vida de todos que habitam esse mundo. A prova desse argumento é a valorização dos princípios que protegem a natureza e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno, que fazem parte de um ambiente de aproximação entre Direito, ética e Democracia.

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

Trata-se de uma tendência contemporânea ir além de conservação, preservação, proteção e regeneração da natureza. O alicerce está na ideia da necessidade do respeito recíproco, o respeito às pessoas e suas diferenças, ao meio ambiente, e a todos os seres vivos. É preciso exercitar uma ética que permita a reflexão coletiva e a reflexão pessoal, com a superação do antropocentrismo no sentido de uma nova compreensão de mundo.

A Sustentabilidade visa chamar a atenção para isto. Na perspectiva aqui estudada, demonstra-se possível um desenvolvimento humano de forma sustentável a partir de ações humanas que reconhecem o “eu no outro”. Isso significa dizer que é preciso conhecer-se por meio do outro, pois é por meio do semelhante que o sujeito é capaz de desvelar suas próprias necessidades. Neste sentido, Morin esclarece que “[...] o ser humano percebe o outro como um eu simultaneamente diferente e igual a ele. O outro partilha assim uma identidade comigo embora conservando a sua diferença.” (2005, p. 103).

Esta é a chave para a Sustentabilidade e da pluralidade. Deve-se olhar o outro e entender que hoje estamos diante de um desafio de compreender que o todo está interligado com o respeito que as partes possuem uma perante as outras no corpo social. O ser individual vive sob a influência dos outros e é isto que deve formar a Sociedade. É o “estar junto” mencionado anteriormente, pois uma ação individual reflete na vida dos demais seres humanos. Bortoloti e Zambam esclarecem que “pensar a sustentabilidade é crivar de que forma o ser humano se relaciona com os demais seres vivos.” (2013, p. 229). Neste contexto, a Democracia é essencial: fundamentos democráticos são o pano de fundo para que haja a vivência, o debate e a participação dos seres humanos em prol do Desenvolvimento Sustentável, e, por consequência, da prolongação da vida do homem no Planeta Terra. Mas, ressalta-se a relevância de um desenvolvimento que respeite as particularidades de cada cultura, pois assim se tem um desenvolvimento que, além de sustentável, é incluyente e aproveita as potencialidades de cada cultura neste processo.

Devido ao que fora mencionado é que demonstra-se tão relevante o desenvolvimento destas concepções de ações sustentáveis, que demandam dos sujeitos de direitos, deveres para com o próximo, para com o meio em que se vive. O homem é capaz de agir com Fraternidade⁶⁵⁰ no meio social, por meio de ações sustentáveis e de interações positivas no sentido do respeito ao outro e suas especificidades. Para a Sustentabilidade

⁶⁵⁰ Ferreira explica que a Fraternidade implica “amor ao próximo; fraternização e união ou convivência como de irmãos; harmonia, paz, concórdia, fraternização”. (1999, p. 418).

de ser viabilizada a partir da natureza e da ação humana, é necessário que o homem seja capaz de agir levando em consideração os interesses e o bem-estar de todo contexto social ao qual está inserido, fomentando a Fraternidade e não somente de seus interesses privados.

Nos dias de hoje, a vida do indivíduo deve ter em si a dimensão da alteridade, em que um depende do outro para a preservação da própria existência – todos, não importa como seja sua aparência ou em que acreditam – tem sua importância e influência nisto. Maffesoli explica, neste sentido que para construir esta lógica de comunidade, “pode-se lembrar que o corpo individual deve sua existência à realidade do corpo social. Ou, ainda, numa perspectiva construcionista, o próprio corpo é ‘construído’ pelo corpo social: é o olhar do outro que me cria.” (2005, p. 178, grifo do autor).

Nesta busca por um sentimento de coletividade e respeito, em que se sabe das consequências de uma ação individual para todo um grupo, é este olhar e consciência que se mostram relevantes para as atitudes dos indivíduos para se alcançar o almejado Desenvolvimento Sustentável⁶⁵¹. Desta forma, para que hajam ações sustentáveis, mostra-se necessário esta consciência nas ações individuais, tendo sempre o olhar ao reflexo que estas atitudes podem gerar para toda a coletividade. É a construção de uma mudança no olhar antropocêntrico - que vigorou por muito tempo - para a construção de uma visão solidária, que viabilizará a evolução do homem e seu meio, sem degradar as condições de existência da presente e futuras gerações.

Assim, políticas de Sustentabilidade e de Cidadania devem assumir cada vez mais uma maior responsabilidade ética, política, ambiental, econômica e jurídico-política, para garantir o equilíbrio social e uma vida digna por meio do Desenvolvimento Sustentável e do respeito à diversidade. Além disso, a

[...] cultura é hoje um terreno particularmente complexo e contestado, à medida que as culturas globais invadem as locais e que surgem novas configurações unindo os dois polos, pondo em ação forças contraditórias de colonização e resistência, de homogeneização global e de formas e identidades locais híbridas. (TORRES, 2001, p. 90).

⁶⁵¹ Importante esclarecer que desenvolvimento sustentável e sustentabilidade não devem ser tratados como sinônimos, pois como explica Giddens, “los dos términos básicos ‘sostenibilidad’ y ‘desarrollo’, tienen significados hasta cierto unto contrapuestos. ‘Sostenibilidad’ implica continuidad y equilibrio, mientras que ‘desarrollo’ implica dinamismo y cambio. (2010, p. 79).

Tem-se o conhecimento de que a Sustentabilidade implica a realização de uma boa qualidade de vida das presentes gerações sem afetar a existência e o bem-estar das gerações futuras. Isso gera além de direitos, também deveres à humanidade, no sentido da preservação dos recursos necessários para tanto. O que é preciso ter clareza, acima de tudo, é que diante de tantas implicações a respeito de um direito-dever de Sustentabilidade, que pode ser entendido a partir da previsão constitucional do artigo 225⁶⁵² *caput*, cabe não apenas ao Estado, mas ao ser humano de forma individual e geral. O reconhecimento de sua responsabilidade neste processo de construção de uma vida saudável em um meio ambiente equilibrado é necessário, sem esquecer de que a Sustentabilidade, em suas diversas dimensões pode ser entendida como a ética do respeito às diferenças e por isso estes conceitos tem uma íntima relação, conforme será possível perceber no próximo item deste estudo.

3. A Relação entre Democracia, Sustentabilidade e o Respeito À Diversidade

Democracia e Sustentabilidade e diversidade possuem pontos em comum que os legitimam. A legitimação do movimento de um Desenvolvimento Sustentável encontra respaldo na Democracia constitucional, já que ali encontra campo para o desenvolvimento de uma ideia de efetivação dos ideais de justiça, que passam, certamente, pelo respeito à diversidade cultural, pluralidade e respeito às minorias. É possível perceber que os pilares da Democracia estão presentes no conceito de Sustentabilidade e diversidade, pois o Planeta Terra deve ser entendido como a casa de todos os seres humanos que, mesmo que diferentes, possuem direito a um lugar que precisa ser preservado e conservado também em razão da finitude dos recursos naturais, como já salientado anteriormente.

Cabe a todos os seres humanos agirem positivamente no sentido de perpetuar a vida na Terra. Para Sen (2000, p. 185), “[...] desenvolver e fortalecer um sistema democrático é um componente essencial do processo de desenvolvimento”. Seguindo estas ideias, pode-se afirmar que a efetivação de um sistema democrático deve ser um dos objetivos do desenvolvimento sustentável e multicultural. A participação da sociedade por meio de processos de discussão, escolhas e deliberações pode contribuir eficazmente para a realização de políticas que resultam em melhores

⁶⁵² Artigo 225 *caput* CF – “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

condições de vida para a comunidade mundial. De acordo com Bortoloti e Zambam,

[...] a introdução de políticas de desenvolvimento sustentável, atualmente, é uma exigência indispensável para a compreensão e avaliação das condições de justiça social, o que implica uma opção irrenunciável pelo fortalecimento da democracia com seus princípios, mecanismos e recursos em vista de uma organização equitativa. (2013, p. 215).

Um ponto relevante a ser considerado é que Democracia e Sustentabilidade e diversidade são temas muito atuais e que requerem, por parte do homem, uma especial atenção. Isso ocorre, pois ambos conceitos estão muito presentes na vida dos seres humanos em uma era de globalização, em que todos os cantos do mundo estão mais próximos. Esta era de universalização traz algumas consequências e estas devem ser pensadas à luz destes conceitos.

Quando se fala em Sustentabilidade, logo se pensa em olhar para o futuro. Deve-se realmente observar esta perspectiva. Estas questões devem ser refletidas, pois a direção para o futuro depende das atitudes do presente. Para um futuro sustentável e democrático e que respeite as minorias, é preciso pensar as ações humanas e qual é o caminho que o homem está seguindo para encontrar boas condições na sua evolução. A cultura da Sociedade é tão importante neste contexto que

[...] é em certo sentido mais importante do que a política, mas é também menos maleável. Homens e mulheres tem maior tendência a ir para as ruas, numa manifestação, por questões culturais e materiais do que por questões puramente políticas - sendo o cultural aquilo que diz respeito à identidade espiritual de alguém, e o material à sua identidade física. Por meio do Estado-Nação fomos constituídos como cidadãos do mundo. (EAGLETON, 2005, p. 92).

A Democracia, portanto, com a ideia de Participação do homem no espaço público demonstra que todos (e isto inclui as minorias de todas as espécies) representam atores importantes e influentes para a busca de direitos e deveres para a melhoria das condições de vida da população. Por isso, a diversidade (seja ela cultural, de gênero, racial, ou qualquer outra existente), Democracia e a Sustentabilidade, por meio da ideia de ações sustentáveis, são muito próximas, pois em ambas, a consciência de respeito e participação humana é que influenciam o caminho a ser percorrido. Neste sentido, Bortoloti e Zambam concordam que “as sociedades democráticas são chamadas para a estruturação de um novo modelo de contrato social que contenha a sustentabilidade como o referencial mais

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

importante para o seu ordenamento social, político, econômico e cultural.” (2013, p. 216).

Em regimes democráticos, os direitos dos cidadãos devem ser evidentes, expressos, pois é aqui que se estabelecem as bases para o fortalecimento das estruturas de um Estado livre. Todorov sustenta que

[...] os habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aquele dos habitantes dos outros países. Eles são protegidos pelas leis; gozam da solidariedade entre membros da sociedade que beneficia os idosos, os doentes, os desempregados, os miseráveis, podem invocar princípios de igualdade e de liberdade, e até um espírito de fraternidade. (2012, p. 17).

Demonstra-se a relevância de um regime democrático para a existência de uma sociedade mais justa e em consonância com as dimensões do novo paradigma da Sustentabilidade (ética, social, ambiental, econômica e jurídico-política). Valores como Fraternidade e solidariedade demonstram que é possível viver uma Democracia com uma visão sustentável e plural. É aqui que parece estar o ponto chave entre estes conceitos: numa Democracia, estes valores são base para uma sociedade mais justa e de respeito às minorias que fazem parte da vida de um Estado e tão importante para os antagonismos necessários para a efetivação de uma Democracia; já em uma concepção sustentável, são estes valores que mostram a dimensão da importância das ações humanas conscientes de que uma ação reflete nos demais seres humanos portadores dos mesmos direitos, independentemente de suas escolhas, culturas ou descendências.

A importância do conceito da Fraternidade se destaca, já que todos os homens devem pensar e agir com este ânimo, haja vista que todos caminham para uma mesma direção: o destino comum da humanidade. A relevância da consideração da existência de diferenças e que estas necessitam ser respeitadas, deve estar presente nesta busca pela Sustentabilidade e pela Democracia, referindo-se a dimensão ética da Sustentabilidade. Sob este viés, Boltoloti e Zambam são enfáticos ao entender que

[...] para a equalização das relações sociais é fundamental que o desenvolvimento sustentável seja entendido como um direito básico e integre a estrutura legal e seja perceptível no funcionamento das instituições, nas decisões políticas e nas inúmeras formas de organização e relacionamento das pessoas. (2013, p. 217).

As sociedades democráticas requerem de seus sujeitos a sabedoria a respeito de seus direitos, pois ao saber quais são, os indivíduos podem defendê-los e exigí-los perante o Estado. Ao não saber quais são seus direitos, a Sociedade considerada democrática acaba por abrir espaços para abusos, e por consequência, a graves agressões aos fundamentos da Democracia.

Como já referido anteriormente, a Sustentabilidade pode ser vista sob diversas dimensões. O respeito aos fundamentos da Democracia

deve ser uma realidade, bem como o espaço para o livre exercício de direitos, respeitadas as particularidades dos seres heterônimos integrantes do espaço democrático. Isso demonstra uma grande evolução e amadurecimento da Democracia. Nesta seara, Bortoloti e Zambam explicam que

O contrato social que envolve democracia e políticas de sustentabilidade afirma a necessidade de integração de objetivos, interesses, instituições e gestores orientados por um conjunto de compromissos e diretrizes que atendam às necessidades do presente com as garantias de superação das graves desigualdades que assolam as relações internas e externas das sociedades e seus compromissos com o futuro. (2013, p. 227).

Ou seja, Democracia tem tudo a ver com pluralismo⁶⁵³. Assim, o respeito ao diferente é considerada uma ação democrática e sustentável, já que se deve ter a certeza de que Sustentabilidade não se refere apenas às condições de desenvolvimento econômico-ambiental, e sim, implica diretamente sobre a maneira como as ações do homem refletem na vida dos outros seres vivos. E a Democracia não quer apenas referir-se à possibilidade de participação humana em processos de decisão, mas, mais além, representa o direito de liberdade das pessoas em expressarem suas culturas, preferências, gostos e identificações.

A ideia da Sustentabilidade é uma ideia justamente deste pensar e agir de forma fraterna. O “eu”, já não é mais único e muito menos sozinho. O “nós” é o que impera na tomada das decisões e no reflexo das ações sustentáveis e democráticas. As dimensões das ações individuais vão obrigatoriamente refletir no espaço do outro, que não necessariamente precisa estar fisicamente próximo. “A cultura constitui a herança social do ser humano: as culturas alimentam as identidades individuais e sociais no que elas tem de mais específico” (MORIN, 2002, p. 64). Portanto, os distintos níveis socioculturais demonstram que são as culturas que nutrem a identidade humana e por tal, ainda há tempo para dar as mãos, pensar e agir juntos para que a sociedade evolua de seu pensamento egoísta e reconheça que as diferenças existentes na Sociedade são importantes para preservar a própria liberdade de um regime democrático, ajudando a construir um mundo com mais respeito.

O que deve estar claro para a humanidade na questão da preservação da dignidade da vida humana é justamente uma noção de intersubjetividade, em que o homem pensa em si, mas também no próximo e na Natureza, já que são interdependentes no espaço que ocupam. Logo, tanto na Democracia, quanto na Sustentabilidade e no respeito às minori-

⁶⁵³ Bobbio elucida que “[...] tudo está portanto em conexão: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil amplia e integra a democracia.” (1986, p. 63-64).

as das mais diversas espécies, importa a participação humana para esta construção. Por isso a relevância da consciência de que tudo é possível, desde que cada um esteja atento à sua responsabilidade e compromisso nesta jornada de respeito às situações presentes e rumo a um futuro incerto, mas possivelmente melhor e de maior respeito das pessoas para com seus semelhantes.

Considerações Finais

Ao final do estudo, é possível perceber que a hipótese de pesquisa que visava perceber se Democracia e Sustentabilidade e diversidade são conceitos que se aproximam em razão da Participação humana nesta construção fora satisfeita, já que realmente são conceitos que se aproximam e se completam, pois, embora Democracia e Sustentabilidade e diversidade possuam conceitos diferentes, aproximam-se em alguns pontos, especialmente no que se refere ao futuro da humanidade e na influência da Participação humana neste caminho.

Nesta era de globalização, os mecanismos da Democracia e o respeito à diversidade de todas as espécies mostram-se cada vez mais importantes para o processo civilizatório e para manutenção da ordem social. Porém, é possível perceber um distanciamento dos cidadãos na busca pela sua maior participação no espaço público e nas decisões políticas, o que enfraquece a força dos homens de um sentimento de pertença a uma comunidade democrática. Apesar de uma aparente crise, os pilares da Democracia são fundamentais para a proteção dos direitos fundamentais e na busca do cidadão por um espaço cada vez maior de atuação perante o ente estatal.

Embora tudo o que foi considerado em relação a importância do respeito às diferenças, vê-se que o espaço democrático tem sido diretamente afetado, ao longo da história, por posições egoístas, mas que isso progressivamente vem modificando-se, mesmo que muito lentamente. Preocupa então, o fato de que a Sustentabilidade e a pluralidade ainda estejam pouco presentes na vida cotidiana da maior parte dos seres humanos, e isto, sabe-se, pode vir a não deixar os cuidados e legados necessários para o bem viver das futuras gerações.

Por isso é preciso agir com Responsabilidade, Fraternidade e Solidariedade e acima de tudo respeito no tempo presente, para que as gerações futuras possam desfrutar dos benefícios da biodiversidade, bem como de instituições democráticas sólidas e amadurecidas. Ao não se preocupar com a devida importância da Sustentabilidade e da diversidade, o próprio regime democrático pode estar enfraquecido, já que é o reflexo da Participação humana e um futuro melhor depende desta Participação responsável. A vontade humana juntamente com ações positivas no sentido de trazer para sua vida atitudes literalmente mais humanas é o que pode fazer com que as bases da Democracia sejam mantidas e mais, melhoradas e maturadas.

Todos estão destinados a um futuro comum. Desta maneira, sabe-se que uma Democracia sólida possui muitos elementos que devem coexistir em harmonia. Quando um destes elementos se destaca e negligencia os demais, é que os riscos ficam evidentes. A maneira vivida pela sociedade pós-moderna, embora venha se modificando e adquirindo uma maior consciência a respeito da interdependência de todos os seres e da importância do respeito recíproco – mesmo que caminhe a passos lentos – traz uma esperança de um futuro melhor.

Certamente que o desenvolvimento altruísta e a maneira individualista de vivência primados durante a modernidade vêm trazendo muitas consequências ao mundo presente. Por isso a relevância do estudo, que traz essa visão de que todos os homens dependem uns dos outros, pois a vida é frágil e merece respeito em seu sentido biológico e ético. Cada um é livre para fazer suas escolhas culturais e estas devem ser respeitadas. Sabe-se que antagonismos são pressupostos de uma Democracia, portanto são importantes para um momento histórico que gradativamente está se implantando. Portanto, o caminho em direção ao futuro deve estar pautado a elementos como sustentabilidade e pluralidade. Conceitos sustentáveis como Fraternidade e Solidariedade devem sim estar presentes nas atitudes humanas, para que a Democracia não seja enfraquecida diante do primado por um desenvolvimento desenfreado e despreocupado com suas consequências, que atenuam as possibilidades de uma vida digna das futuras gerações.

O Brasil vive uma Democracia ainda recente, que carece de muitas efetivações. Todo caso, é preciso refletir a respeito destes conceitos para que a Democracia que se deseja não exista apenas como um protocolo de intenções. Por isso a importância de enfrentar os impasses que ela traz, fazendo com que estes conceitos sejam amadurecidos e tragam maiores possibilidades de justiça⁶⁵⁴, que sempre deve estar presente em regimes democráticos. Esta justiça apenas irá ocorrer quando estiverem presentes nos regimes democráticos uma perspectiva ética, de responsabilidade do homem com seu semelhante e do homem para com a natureza, ou seja: uma Democracia que não exclua o sujeito porque possui singularidades, mas que reconheça seus valores, o reconheça como sujeito portador de direitos reais, por meio de uma ética⁶⁵⁵ que viabilize um Desenvolvimento Sustentável e o fortalecimento dos pilares da Democracia.

⁶⁵⁴ Pires explica que “[...] não se faz democracia nem se constrói uma cultura de paz sem o fortalecimento da justiça, e para isso é imprescindível um papel vigoroso para a sociedade civil, demarcando o papel da sociedade política.” (2011, p. 33).

⁶⁵⁵ Estas questões levantam um debate acerca de uma democracia que verdadeiramente inclua o sujeito. No gerenciamento da coisa pública numa democracia, prima-se por uma administração voltada não para uma ética de carências, mas uma ética de responsabilidade pública, civil, democrática. Em regimes democráticos importa saber como os governantes lidam com o diferente. Por isso a democracia necessita de uma razão ética, que é uma razão dos cidadãos que desejam usufruir os resultados da justiça, de que explicamos na nota anterior.

Referências

APEL, Karl-Otto. O Problema do Multiculturalismo à Luz da Ética do Discurso. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. In. *Ética*. Cadernos Acadêmicos. Volume 7. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (org.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOFF, Salete Oro; ZAMBAM, Neuro José. O Direito das Culturas: Compromisso com o Reconhecimento, a Cidadania e a Maturidade Democrática. In In BRUCH, Kelly Lissandra; REDIN, Giuliana. *Direitos Fundamentais e Espaço Público*. Vol. 1. Passo Fundo: Editora IMED, 2010.

BORDENAVE, Juan E. D. *O que é participação*. 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BORTOLOTI, José Carlos Kraemer; ZAMBAM, Neuro José. A Democracia, os Direitos Fundamentais e o Desenvolvimento Sustentável. In BORTOLOTI, José Carlos Kraemer; TRINDADE, André Karam (orgs). *Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania Cultural*. In. Revista Novamerica. n. 82. Rio de Janeiro, 1999.

EAGLETON, Terry. *A Idéia de Cultura*. Trad. Sandra Castello Branco. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. *La política del cambio climático*. Trad. Francisco Muños de Bustillo. Madrid: Alianza, 2010.

or. É uma razão ética como um compromisso que funda uma democracia voltada para valores humanistas. (PIRES, 2011).

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

MAFFESOLI, Michel. *A transfiguração do político: a tribalização do mundo*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Audiência públicas: novas práticas no Sistema de Justiça Brasileiro e o princípio democrático (participativo). In. ELGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

MORIN, Edgar. *O método V: a humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina. 2002

_____. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado Silva. Porto Alegre, Sulina, 2005.

PIRES, Cecília. Democracia contemporânea: quais impasses? In. AZAMBUJA, Celso Candido de; HELFER, Inácio. *Política e liberdade no século XXI*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2011.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *As pessoas em primeiro lugar: a ética e desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo. Companhia das letras, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundoglobalizado*. Petrópolis: Vozes, 2001.

ZOLO, Danilo. Direitos Humanos, Democracia e Paz na Era da Globalização. In BRUCH, Kelly Lissandra; REDIN, Giuliana. *Direitos Fundamentais e Espaço Público*. Vol. 1. Passo

MEIO AMBIENTE E CULTURA: O PATRIMÔNIO CULTURAL E OS PROJETOS SUSTENTÁVEIS PARA REVITALIZAÇÃO DE CENTROS HISTÓRICOS

Cristiane Penning Pauli de Menezes*
Isabel Christine da Silva de Gregori**

Sumário: Introdução. 1. Um ensaio sobre o conceito de cultura. 2. O conceito de patrimônio cultural sob o prisma do direito ambiental e sua dimensão constitucional. 3. A sustentabilidade pluridimensional: a importância do viés sustentável nos projetos de revitalização dos centros históricos. Considerações finais. Referências.

Introdução

Analisar a dimensão do patrimônio cultural implica investigar o instituto da cultura, passando por seu conceito antropológico e sociológico, para poder assim ampliar a compreensão da proteção jurídica que recai sobre o patrimônio histórico e cultural, ou seja, para possibilitar um estudo da dimensão de que bens culturais são objeto de tutela do Estado.

Pensar na proteção do patrimônio cultural concomitantemente com a utilização de conceitos de sustentabilidade nos projetos de revitalização de centros históricos, auxilia no estudo da proteção dos interesses da população e da preocupação com a sua qualidade de vida, tendo em vista que raros são os projetos que contemplam os aspectos culturais de uma comunidade, ocasionando por exemplo, que a população que ali reside seja por vezes surpreendida ao ser afastada dos centros históricos para que os projetos possam ser executados, primando apenas por uma revitalização de fachadas e ignorando os anseios da comunidade.

* Mestranda no Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Santa Maria. Graduada no Programa Especial para Graduação para Professores pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Temas Emergentes do Direito Empresarial pelo Centro Universitário Franciscano. Advogada. Professora de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria e na Faculdade Integrada de Santa Maria.

** Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2007), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2000). Professora do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade - GPDS, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM. Atualmente é Chefe do Departamento da UFSM.

Assim, o presente estudo propõe analisar em que medida as políticas públicas de revitalização de centros históricos contemplam a perspectiva cultural, bem como descortinar os pormenores de como tem sido tratada a questão da preservação da identidade dos povos nestes projetos.

Para chegar a este objetivo, o estudo analisa a aplicabilidade de um viés sustentável nestes projetos, passando pelo estudo de conceitos de patrimônio cultural material e imaterial, sua ligação com o Direito Ambiental e, concomitantemente, trabalha os conceitos das dimensões da sustentabilidade, trabalhadas por Juarez Freitas.

Quanto à metodologia, o trabalho se pautou por meio de pesquisa descritiva, uma vez que tem por objetivo descrever as características de uma população específica e estudar suas experiências no que tange ao cenários das políticas de preservação do patrimônio cultural.

O método aplicado é o hipotético-dedutivo, a fim de apurar em que medida as referidas políticas estão afinadas com a previsão legislação vigente.

Enquanto procedimento, utilizou-se da observação direta pois parte da análise de experiências reais. A pesquisa utilizou-se de ferramenta bibliográfica e qualitativa, ferramentas essenciais para dirimir os conceitos de cultura, de patrimônio cultural e sustentabilidade.

1. Um Ensaio sobre o Conceito de Cultura

A cultura é a reunião das criações do homem e atua como fator indispensável na formação da sociedade e, por ser tão ampla, sua definição não é harmoniosa, propiciando que diversas áreas apontem conceitos distintos para este instituto. De um lado antropólogos preocupam-se com os fatores que homogeneizam os povos, de outra banda, sociólogos estudam movimentos que unem e afastam nações (CANCLINI, 2009, p. 14).

Na antropologia⁶⁵⁶, o conceito de cultura não é consenso, e os maiores pensadores da área divergem em suas linhas de defesa. A autora MARCHESAN (2007, p. 18), traça um paralelo sobre os principais pensado-

⁶⁵⁶ A Antropologia é o estudo do homem. Se bem que existam outras ciências que igualmente o fazem, tais como a sociologia, a psicologia, a história, a leis, a economia, e a ciências políticas, ela, a antropologia, se distingue por incluir na sua área de estudo as questões de ordem físicas, anatômicas e estruturais do homem, atendidas pela chamada Antropologia Física, que tratada o homem como um organismo físico, seguiu as pistas da sua evolução a partir das formas mais primitivas da vida. Disponível em:

<http://educaterterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2002/06/07/001.htm>.

Acesso em: 21ago.2013.

res do tema no Brasil, aduzindo que o nome de Darcy Ribeiro é referência e que, para o autor existem três elementos que compõe uma formação sociocultural, dispostos em três sistemas: o adaptativo, o associativo e o ideológico. O primeiro envolvendo modos de ação sobre a natureza; o segundo, as relações interpessoais e o último integrado pelas técnicas de produção, normas sociais, crenças etc.

Nesse sentido, CANCLINI (2009, p. 15), aduz que “para a antropologia, cultura é pertencimento comunitário e contraste com outros”. Ou seja, trata-se da herança comunitária que atravessa o tempo acompanhando seu povo.

Ainda, para compreender melhor o conceito de cultura para a antropologia, necessário se faz trabalhar a abordagem difundida por LARAIA (2001, p. 17), em sua obra “Cultura, um conceito antropológico”, onde o autor defende que os antropólogos não acreditam que aspectos culturais possam nascer com o ser humano, ou seja, desmistificam o determinismo biológico, e defendem que qualquer criança recém nascida desenvolve a cultura do povo que a rodeia, não interferindo em nada fatores genéticos.

Ainda, segundo o autor, muitos autores desmistificam da mesma forma o determinismo geográfico, em que pese muitas culturas podem desenvolver-se em um mesmo ambiente físico (LARAIA, 2001, p. 21).

O autor LARAIA (2001, p. 25), trabalha em sua obra uma perspectiva histórica e temporal da evolução do conceito de cultura na visão antropológica, que apresenta-se de uma suma importância para compreensão desse instituto de conceito não unânime.

De acordo com o autor o precursor do conceito de Cultura foi EDWARD TYLOR (1832-1917), que abordava a ideia de que este conceito “abrangeia em uma só palavra todas as possibilidades de realização humana, além de marcar fortemente o caráter de aprendizado da cultura em oposição à ideia de aquisição inata”(LARAIA, 2001, p. 25), em que pese, o autor não deixa de relacionar neste marco inicial o pensador JOHN LOCKE, quem ainda em 1690 que já defendia que a mente humana é aberta, e que independentemente de sua natureza biológica, forma-se em razão da sua vivência em sociedade.

Continuando o apanhado histórico acerca da formação do conceito de cultura, LARAIA traz à baila os ensinamentos de JACQUES TURGOT, que meio século depois defendeu a ideia de que o homem vive em sociedade, aprende, comunica-se e posteriormente repassa à sua descendência a herança assim adquirida (2001, p. 27).

Vislumbra o autor que um século depois ainda não podia ver apontando um conceito uniforme. Em 1950, KROEBER aduziu que “a maior realização da antropologia na primeira metade do século XX foi a amplia-

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

ção e a clarificação do conceito de cultura.”(2001, p. 28). Contudo esta ampliação foi tão difundido que pouco auxiliou na significação do conceito. E justamente nesse sentido que GEERTZ em 1973 defendeu que o conceito de cultura estava muito amplo e apenas ao ser minimizado poderia ter força. (2001, p. 29).

Ou seja, o conceito não é homogêneo mas, possui pontos ligados de forma a conseguir pensar na cultura, como o desenvolvimento do ser humano pensado a partir de suas experiências e vivencias e não ligado a questões genéticas e biológicas.

TYLOR seguiu sua trajetória dedicada à pesquisa relacionada ao instituto da cultura, seus estudos avançaram a largos passos, e indubitavelmente contribuíram de forma significativa aos avanços hodiernos, contudo, não é o objetivo do trabalho esgotar sua ideias, mas relevante é salientar que TYLOR preocupou-se em defender a cultura relacionando com a igualdade da natureza humana e das raças. (LARAIA, 2001, p. 32).

Cumprir aduzir que TYLOR com o passar dos anos angariou críticas, como por exemplo a de STOCKING, em 1968, que não concordava com o precursor do conceito de cultura pois acreditava que ignorar o relativismo cultural, tornava impossível uma abordagem moderna do conceito de cultura (LARAIA, 2001, p. 34).

Por sua vez na sociologia⁶⁵⁷, o referencial parte da premissa de que o homem nasce incompleto e adquire sua personalidade a partir da convivência com pessoas e lugares, em razão da capacidade que o ser humano tem de racionalidade, formando assim sua identidade social.

Assim, ao conviver em sociedade, os homens, por suas escolhas e preferências, formam grupos de convivência, unidos pela língua, costumes etc. O sociólogo CASTELLS (2010, p. 22), assim conceitua a identidade dos povos:

No que diz respeito a atores sociais, entendo por identidade o processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o (s) qual (ais) prevalece (m) sobre outras fontes de significado. [...]

[...] A construção de identidade vale-se da matéria-prima fornecida pela história, geografia, biologia, instituições produtivas e reprodu-

⁶⁵⁷ Que é o estudo das relações humanas, sejam elas consistentes ou inconsistentes, que durem anos ou dias, que sejam verdadeiras ou mascaradas. É de seu interesse analisar e verificar o comportamento humano diante das mais diversas situações que ocorrem diariamente, tentando buscar explicações para os fenômenos sociais da vida em comunidade. Disponível em: <<http://www.sociologia.com.br/Sociologia/o-que-e-a-sociologia/>>. Acesso em: 21ago.2013.

tivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Porém, todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que reorganizam seu significado em função de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como em sua visão de tempo/espaço.

Em outras palavras, a construção da identidade se concebe por meio de fases culturais relacionadas, formam vínculos entre gerações, e é dessa fusão que começar a encorpar-se o conceito de patrimônio cultural, que assume, portanto, um papel de grande importância neste cenário, tornando imprescindível sua proteção para que esta construção temporal não se perca.

Para o Direito, o conceito de cultura vai além da síntese de conhecimentos e costumes. O objeto de tutela do Estado é a proteção que a cultura necessita em suas mais diversas linhas, a exemplo da proteção do patrimônio cultural, tendo em vista que dentro de um rol extenso de expressões culturais nem todas merecem proteção jurídica. Em outras palavras, o direito não engloba tudo o que integra o conceito de cultura, pois não se presta a proteger tudo que é dotado de algum valor cultural.

Nesse diapasão, cabe ressaltar que o século XX é marcado pela prevalência dos chamados direitos coletivos, considerados direitos de terceira dimensão (meta individuais), ligados à solidariedade e ao desenvolvimento. Segundo WOLKMER (2012, p. 24) são direitos onde “o titular não é mais o homem individual, pois dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas, não se enquadrando nem no público, nem no privado, mas agora, a abertura holística da coletividade humana para com a natureza”.

Estes direitos, por serem dotados de humanismo, possuem um olhar voltado ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e, neste contexto, falar do conceito de patrimônio cultural se torna primordial.

2. O Conceito de Patrimônio Cultural sob o Prisma do Direito Ambiental e sua Dimensão Constitucional

Iniciar um estudo sobre o conceito de patrimônio cultural é tarefa que envolve uma viagem transdisciplinar e dinâmica, panorama que foi traçado com sucesso pela autora MACHESAN (2007, p. 29).

A autora, em sua obra, trabalha a perspectiva e a contribuição da modernidade no conceito de patrimônio cultural, chamando atenção para as contradições encontradas neste período, tendo em vista que neste

momento o homem sente-se confortável em dominar e apropriar-se da natureza, mas em contrapartida, desenvolve uma preocupação na preservação dos bens que julga essenciais à sua existência.

O conceito de modernidade possui muitas vertentes, mas, para este trabalho, entende-se por modernidade o período posterior às revoluções burguesas, período compreendido a partir do século XVIII (MARCHESAN, 2007, p. 30). Segundo a autora

[...] não parece forçado afirmar que a obra de proteção do patrimônio francês iniciada pela Revolução merece destaque, quer pelo pioneirismo, já que antecipou documentos e instrumentos que posteriormente viriam a ser utilizados para proteger o patrimônio, quer pelo caráter diacrônico. Se de um lado houve a transferência dos bens do Clero, da Coroa e dos emigrados para a nação, enriquecendo o patrimônio cultural e sujeitando-o a políticas conservacionistas, de outro houve a destruição ideológica de uma parte desses bens (MARCHESAN, 2007, p. 34).

Em outras e poucas palavras, este momento histórico acabou por impulsionar uma das primeiras medidas preservacionistas, no entanto, cabe lembrar que essa proteção não era facilmente executada. Neste ponto, vale ressaltar de forma resumida, apenas com o intuito de contextualização, que neste período da Revolução Francesa, era eminente uma vontade em valorizar e preservar o momento de ruptura com o Velho Regime, e estes fatos foram os que motivaram alguns revolucionários a criar mecanismos concretos de preservação.

Segundo a autora “a par dos anseios da revolução burguesa, a construção da ideia de patrimônio cultural está muito associada a ideia de Estado-Nação (MARCHESAN, 2007, p. 36).” A partir desse momento, no final no século XIX, foi crescente a preocupação com o patrimônio histórico-artístico, visíveis com a preocupação voltada aos bens imóveis. E este marco traduz o nascimento dos conceitos a cerca do patrimônio cultural.

Passado esse momento de contextualização, torna-se importante ressaltar que para garantir a preservação do patrimônio, o seu conceito deve ser pensado de forma aberta, comportando a identidade da nação e a historicidade dos povos e não apenas aquilo que é palpável. Seguindo esta mesma linha, a CF/88 aderiu ao conceito aberto do instituto, classificando-o com natureza material e imaterial (COSTA, 2011, p. 41).

O patrimônio, quando pensado unicamente pela vértice material, voltado para pretéritos testemunhos físicos, abarca apenas uma parcela dos bens que merecem ser tutelados, e de outro lado, o patrimônio imaterial abrange a cultura dos povos, com seus costumes, folclores e crenças, que não podem ser ignorados, ou seja “voltado para os testemunhos do

passado cuja importância não estaria na dimensão física, mas no ato de fazer, para os saberes, tradições orais, modos de fazer ritos etc. (DE PAOLI, 2012, p. 188).”

Nesse sentido, para melhor entender a abrangência do patrimônio imaterial, cabe trazer à baila o conceito apresentado na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial:

Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável (UNESCO, 2006).

O instituto do patrimônio cultural abarca nortes de cunho econômico, contábil e jurídico. Trata-se do conjunto de bens que guarda em si referências à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais. Ele se divide em formas de expressão (literatura, música); modos de criar, fazer e viver (culinária, artesanato); criações científicas, artísticas, tecnológicas e documentais (mapeamento do DNA, obras, o forró, biodiesel, legislação), conforme GHIRARDELO e SPISSO (2008, p. 14). Nesse sentido:

O patrimônio ambiental, natural e cultural, assim, é elemento fundamental da civilização e da cultura dos povos, e a ameaça de seu desaparecimento é assustadora porque ameaça o desaparecimento da própria sociedade. Enquanto o patrimônio natural é garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos - para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida. Um povo sem cultura, ou dela afastado é como uma colmeia sem abelha rainha, um grupo sem norte, sem capacidade de escrever sua própria história, sem condições de traçar o rumo de seu destino (SOUZA FILHO, 2011, p.16).

Cabe trazer à baila o panorama brasileiro, onde a preocupação com os bens culturais tem suas raízes no século XX, mais precisamente na

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

Semana da Arte Moderna, em 1922, “que teve como um de seus protagonistas Mário de Andrade, que apontou para o centro o tema da diversidade cultural brasileira (SOUZA FILHO, 2012, p. 85).”

Cabe ressaltar que não se trata de uma proteção que abarca interesses particulares e individuais, mas sim, proteção ao direito e interesse coletivo de manter viva a identidade formada pelos seus antepassados. Nesse sentido doutrina SOUZA FILHO (2011, p. 16):

A verdade é que o interesse cultural de que se revestem determinados bens, assume tal relevância para a sociedade que sua proteção se impõe ao ordenamento jurídico. Não se trata de proteção a interesses particulares ou individuais, mas proteção a interesses coletivos que devem ser regulados pelo direito.

Na doutrina pátria, o meio ambiente é majoritariamente compreendido como aquele que engloba o meio ambiente artificial, natural e cultural, o que significa dizer, em outras palavras, que não se restringe apenas a fauna e a flora, mas sim, a tudo que pode ser essencial para o ser humano viver com qualidade de vida, conforme preceitua o artigo 225 da Carta Magna de 1988, que aduz que “todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).”

Nesse diapasão, o patrimônio cultural faz parte do meio ambiente, sendo assim objeto de estudo do Direito Ambiental, que é um ramo que se pode conceituar como novo no Direito, mas que é dotado de autonomia e princípios próprios (PINHÃO, 2014, p. 05).

O meio ambiente compreende tudo que tem estrita relação com a qualidade de vida, e sendo este o seu conceito, apresenta forte ligação com o conceito de patrimônio cultural acima trabalhado, tendo em vista que falar em patrimônio cultural é falar na esfera da cultura, ou seja, tudo aquilo que o ser humano deposita valor. Segundo aduz PINHÃO (2014, p. 06):

Dessa maneira, o patrimônio cultural é aquele que apresenta bens que possuam valor cultural, sendo este aquele que não se limita a cultura erudita, mas o que inclui também a cultura popular. É aquele que compreende não só aquilo que é feito pelas mãos do homem, o das coisas pelas quais o homem interferiu, mas também aquelas entendidas como naturais. Possui bens materiais e imateriais, ou seja, tangíveis ou intangíveis e não se limita aqueles tomados segundo a legislação especial. No entanto, tais bens são os que possuem aqueles valores que fazem referência a identidade, ação e memória de uma sociedade que por ele projeta sua nacionalidade e soberania frente a outras nações.

Por estes argumentos, chega-se a conclusão de que a ligação entre os conceitos de meio ambiente e de patrimônio cultural traduz uma linha tênue, uma vez que a proteção do patrimônio cultural material e imaterial tem estreita ligação com a qualidade de vida, levando-se em consideração que possui um valor que faz referência a identidade, ação e memória.

Já a proteção a nível constitucional teve seu marco inicial na Constituição Federal de 1934, que declarou o impedimento à evasão de obras de arte do território nacional e introduziu o abrandamento do direito de propriedade nas cidades históricas mineiras, quando esta se revestiu de uma função social (SOUZA FILHO, 2011, p. 32). A Carta Magna de 1934

[...] afinada com o paradigma do Estado do bem-estar-social foi a primeira a tratar da tutela de bens culturais. No artigo 10, inciso III, conferiu competência concorrente a União e aos Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico podendo impedir a evasão das obras de arte. No título V, voltado a família, educação e cultura, atribuiu competência a União, Estados e municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual (MARCHESAN, 2007, p. 50).

No mesmo período, em 1936, nasceu o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), com embasamento em uma vontade que datava do século XVII em proteger os monumentos históricos. De acordo com MARCHESAN (2007, p. 51): “o SPHAN deveria passar a funcionar em caráter provisório, o que ocorreu em 19 de abril de 1936. Em 13 de janeiro do ano seguinte, o SPHAN foi definitivamente instalado, constituindo-se um dos mais importantes ícones da cultura preservacionista nacional”.

Foi somente na Carta de 1937 - conhecida por “A Polaca”, devido à sua inspiração na Constituição Polonesa de 1935 - que estes dispositivos foram sancionados, tornando esta Constituição um marco para a proteção do patrimônio brasileiro, na medida em que submeteu o instituto da propriedade privada ao interesse coletivo. Nesse sentido, aduz MARCHESAN (2007, p. 52): “Nessa Constituição, a proteção do patrimônio cultural abarca monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, cabendo à União, Estados e Municípios o dever de cuidá-los e protegê-los”.

A Constituição Federal de 1946, pela primeira vez, fez menção a proteção de documentos históricos. E proteger documentos históricos

significa pode analisar de forma palpável a memória de um povo, como por exemplo, nos jornais e cartas.

Já na Carta Magna promulgada em 1967, no período militar⁶⁵⁸, acrescentou-se a proteção aos sítios arqueológicos – que são uma especialidade das obras ou monumentos históricos.

Cabe ressaltar que até 1970 a proteção do patrimônio brasileiro estava a cargo do SPHAN, sua atribuição apenas findou quando essa função migrou para o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Conforme informação de seu sítio pode-se observar que a criação deste instituto obedece a um princípio normativo, contemplado na atualidade pelo artigo 216 da CF/88, que define o patrimônio cultural como um todo, bem como estabelece que cabe ao poder público, com apoio da comunidade a preservação e gestão do patrimônio histórico e artístico do país, segundo site do IPHAN (2013).

A Constituição Federal de 1988 – conhecida por Constituição Cidadã - além de trazer os avanços já citados do artigo 216, introduziu a noção de conjuntos urbanos e sítios de valor histórico. O texto federal passou a ratificar a prática já adotada pelo IPHAN. E foi justamente essa medida que passou a chamar atenção para os centros históricos das cidades brasileiras. Nesse sentido, doutrina MARCHESAN (2007, p. 54):

Do conceito constitucional é importante salientar a amplitude, abrangendo tanto a dimensão material como imaterial; a referência à formação da identidade brasileira, os bens criados pelo homem e aqueles que de origem natural, por ele são especialmente valorados e, principalmente o fato de que o bem cultural tem valor em si, prescindindo de qualquer reconhecimento jurídico-institucional para que venha a merecer uma política de preservação.

Após analisar a evolução constitucional dada ao instituto do patrimônio cultural, pode-se dizer que trata-se de um elemento importante para o desenvolvimento sustentado e para a promoção do bem-estar social.

3. A Sustentabilidade Pluridimensional: a Importância do Viés Sustentável nos Projetos de Revitalização dos Centros Históricos

A preservação do patrimônio histórico e cultural é ampla, não sendo passível de descrição em um rol taxativo. Contudo, o objetivo deste trabalho é analisar a perspectiva de preservação dos centros históricos, que por vezes são considerados e declarados patrimônio histórico e cultu-

⁶⁵⁸ **Período:** de 31 de março de 1964 (Golpe Militar que derrubou João Goulart) a 15 de janeiro de 1985 (eleição de Tancredo Neves). Acesso em: 21.ago.2013. Disponível em: <http://www.historiadorbrasil.net/ditadura/>.

ral da humanidade, portanto, são alvo de projetos de revitalização, que possuem como intuito e objetivo manter viva a memória de uma comunidade naquele ambiente.

Nesse sentido, não pode-se olvidar que preservar o patrimônio cultural é preservar a qualidade de vida da população. Adequar a questão sustentável aos projetos de revitalização dos centros históricos é hoje uma premissa que não mais pode ser ignorada, em que pese, a ideia de preservar o patrimônio diverge da ideia de imutabilidade, pois tal medida impediria o desenvolvimento dos povos.

Ter um olhar voltado a preservação do patrimônio remete a pensar em projetos sustentáveis, e nesse ponto trabalhar seus conceitos é imprescindível. Nesse sentido, SOUZA FILHO (2011, p. 21):

A preservação do meio ambiente natural e cultural não pode ser global, porque isto implica impedir qualquer intervenção antrópica modificativa do meio ambiente e manteria estático o processo cultural. Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiental natural seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.

Porém, trazer à baila a discussão sobre sustentabilidade implica em adentrar em um conceito nada solidificado, por estarmos diante do cenário de desenvolvimento construído a partir de um modelo capitalista que prioriza valores econômicos.

Nesta esteira, desenvolver-se sustentavelmente representa uma utopia para muitos autores, mas, para os que acreditam no desenvolvimento como mero crescimento econômico, a sustentabilidade é um termo contrário, que vai de encontro às suas premissas básicas.

Cabe aduzir que o termo “sustentável” foi primordialmente trabalhado ainda na década de 70, pela comunidade científica, utilizado para designar a possibilidade de um ecossistema não perder sua resiliência, sendo após este momento, utilizado nos anos 80, para qualificar o termo “desenvolvimento (VEIGA, 2010, p. 12).

Ainda nesse sentido, manifesta-se CANOTILHO ao dizer que “a sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere” (2010, p.08). Nesse sentido elucida o renomado autor que

Convém distinguir sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e sustentabilidade em sentido amplo. A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a proteção/manutenção a longo prazo de recursos através do planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. De modo mais analítico, [...] considera-se que “a sustentabilidade ecológica deve impor: [...] (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal. A sustentabilidade em sentido amplo procura captar aquilo que a doutrina atual designa por “três pilares da sustentabilidade”: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade econômica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social³. Neste sentido, a sustentabilidade perfila-se como um “conceito federador” que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável. (CANOTILHO, 2010, p. 09)

Por sua vez, FREITAS (2012, p. 41) define o princípio da sustentabilidade como o princípio que determina a responsabilidade do Estado, em conjunto com a sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, ambientalmente limpo, inovador, no intuito de assegurar o direito ao bem-estar.

Enfim, para os fins deste artigo científico, a promoção do bem estar social caracteriza o cerne da sustentabilidade, de modo que a reestruturação dos centros históricos não pode apenas almejar reconstruir fielmente um cenário de anos passados, mas sim, deve preocupar-se além das fachadas, adentrando-se em preocupações pautadas pelo bem estar de seus cidadãos, que residem e trabalham nos centros históricos, que são o objeto de projetos embasados na preservação do patrimônio histórico e cultural.

Fato notável é que a reestruturação dos centros históricos é tema recorrente na mídia e nas campanhas eleitorais, o que retrata tratar-se de um recorte de extrema importância. Porém, o gargalo encontrado na maioria dos projetos atuais, reside na expulsão dos moradores tradicionais dos centros históricos. Com isso, acaba-se por preferir a sobrevivência da população urbana em prol de uma revitalização meramente de fachadas, esquecendo-se do cerne da sustentabilidade: a qualidade de vida.

A reestruturação sustentável dos centros urbanos históricos, deve garantir à população que nela reside e labora qualidade de vida. Implementar esses projetos sob o enfoque de melhores condições de habitabilidade, conforto e segurança, de modo a incentivar a constituição de

polos de atração para moradores e usuários dos serviços urbanos oferecidos, auxilia na busca pela sustentabilidade destes projetos.

Assim, preservar o patrimônio histórico de forma sustentável significa preservar valores culturais que se modificam dia após dia, uma vez que fazendo o oposto estar-se-ia preservando o passado, pois “sustentabilidade é uma questão de inteligência sistêmica e de equilíbrio ecológico em sentido amplo (FREITAS, 2012, p. 55)”.

Freitas (2012, p. 55) defende que a sustentabilidade possui uma natureza pluridimensional: social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, e ao introduzir as dimensões da sustentabilidade tenta preencher algumas lacunas encontradas em torno do conceito uma vez que na sua aceção generalizada permitem-se inúmeros desvirtuamentos e considerações, que sempre pendem para o viés econômico.

Assim, na esteira dos projetos de revitalização, necessária se faz a análise principalmente de três das dimensões citadas pelo autor, para adequar a sustentabilidade aos projetos relacionados à preservação do patrimônio cultural, especialmente no que se refere à sustentabilidade econômica, social e ambiental. Senão vejamos:

Os dois movimentos (desenvolvimento sustentável e preservação do patrimônio) encontram-se na cidade, e devem ser integrados. A cidade representa a escala menor na qual se identificam grandes mudanças ambientais. Ela é também a escala menor em que esses problemas básicos podem ser resolvidos (ARANTES, 2006, p. 432).

Importante é ressaltar que é o modo de gestão do patrimônio que torna viável que um centro histórico seja habitado ou não, desenvolvendo assim a economia das cidades, melhorando as condições de vida da população.

A dimensão econômica da sustentabilidade nasce na perspectiva do consumo consciente. A sustentabilidade econômica visa o presente e o futuro das gerações, acentuando inclusive as mudanças não bruscas em todos os setores econômico-industriais, sem que com isso ocorra uma brusca mudança estrutural. A sustentabilidade econômica entra no âmbito socioeconômico com o intuito de tornar não somente o futuro mais próspero, mas também alterar alguns fatores da realidade em que se vive. Segundo FREITAS (2012, p. 66)

A economicidade, assim, não pode ser separada da medição de consequências, de longo prazo. Nessa perspectiva, o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente, numa alteração inescapável de estilo de vida. A natureza não pode ser vista como simples capital e a regulação estatal se faz impositiva para

Parte V - Meio Ambiente, Direito e Cultura

coibir o desvio comum dos adeptos do fundamentalismo voraz de mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural.

A par de tudo isso, numa abordagem econômica sustentável, o investimento educacional robusto, amplia a renda, numa relação custo-benefício que pende para externalidades altamente positivas, tornando-se a prioridade das prioridades.

A utilização da sustentabilidade econômica dos projetos de revitalização ganham importância ao pensar no retorno financeiro que as cidades podem obter com sua utilização, advindos desde a fomentação do turismo, até em ganhos internos, com a economia da cidade ganhando força com a valorização do comércio interno nestes centros.

Já a dimensão social, abriga os direitos fundamentais sociais, segundo FREITAS (2012, p. 58), que são direitos que possibilitam melhores condições aos grupos mais necessitados, a fim de realizar a igualização de situações sociais desiguais. Esta dimensão representa um dos mais importantes setores para a mudança nos panoramas da sociedade hodiernamente.

A desigualdade social somada ao uso excessivo dos recursos naturais por uma parte da população, podem e devem ser considerados fatores que são extremamente combatidos no âmbito da sustentabilidade social. Segundo FREITAS (2012, p. 58), fala-se em dimensão social

[...] no sentido de que não se admite o modelo do desenvolvimento excludente e iníquo. De nada serve cogitar da sobrevivência enfastiada de poucos, encarceradas no sentido oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres vivos, a ligação de tudo, e desse modo, a natureza imaterial do desenvolvimento (FREITAS, 2012, p. 58).

Nas mesma linha da dimensão social encaixa-se a dimensão ambiental, que define-se principalmente em garantir o direito das gerações atuais sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo em todos os aspectos. FREITAS (2012, p. 65) trabalha este conceito de forma rica, aduzindo que

Não se admite, no prisma sustentável, qualquer evasão da responsabilidade humana à biodiversidade, sob pena do empobrecimento da qualidade geral de vida. Em sentido figurado, não se pode queimar a árvore para colher os frutos. Não faz sentido contaminar águas vitais e se queixar de sede.

Amplas e complementares são as dimensões da sustentabilidade. Ao serem observadas na teoria são interessantíssimas, contudo, na prática, poucos são os projetos bem-sucedidos neste sentido, mas, as cidade de Quito e Lima alcançaram o resultado almejado e portanto, merecem uma análise pontual.

Considerações Finais

O maior gargalo que desenhou-se durante décadas de descaso é a avançada degradação das áreas urbanas, que desencadeou consequências que abrangem inclusive o esvaziamento econômico e populacional, formando assim espaços chamados de vazios urbanos ou wastelands. Assim, as políticas criadas com o intuito de revitalização, encontram um impasse na tentativa de trazer a população novamente para residir nos centros históricos.

A administração pública das cidades encontra e encontrará em seu percurso muitos obstáculos, não apenas no que diz respeito a implementação das políticas públicas para revitalização, mas sim, principalmente, da viabilização de recursos para a realização dos programas.

Pensar e aplicar os conceitos de sustentabilidade econômica, social e ambiental nestes projetos é hoje uma questão de suma importância para poder garantir a qualidade de vida da população, bem como é primordial para o desenvolvimento econômico e inteligente das cidades.

Para DUARTE (2011, s/p.), pensar soluções para a revitalização das áreas históricas, implica em considerar também o contexto urbano ampliado em que elas se inserem. Segundo autor, “de nada adiantará a recuperação físicas das estruturas históricas ou a construção de uma nova imagem urbana, se não forem criadas as condições necessárias ao pleno desenvolvimento urbano da área em estudo”.

Assim, pensar nas políticas públicas sob um viés sustentável implica “reconhecer que a cidade precisa atender aos objetivos sociais, ambientais, políticos e culturais, bem como objetivos econômicos e físicos de seus cidadãos (LEITE; AWAD, 2012, p. 09).” O bem estar da sociedade é uma premissa para o sucesso dos projetos de revitalização que almejam a preservação do patrimônio histórico cultural.

Referências

- ARANTES, Antônio. *O patrimônio cultural e seus usos*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDOQFAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.ug.br%2Findex.php%2Fhabitus%2Farticle%2Fviewfile%2F362%2F300&ei=vulfUqisKbDi4AOBwYBw&usg=AFQjCNET_n_gH9QKuvxp3soSava1xG3sg&bv m=bv.54176721,d.dmg>. Acesso em: 17. out. 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf225.htm>. Acesso em: 10. abr. 2014.
- CANOTILHO, J.J.G.. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review*, Vol. VIII, nº 13, p. 007-018, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. Volume II. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010. p. 22-23. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Rodrigo Vieira. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DE PAOLI, Paula Silveira. Patrimônio Material, Patrimônio Imaterial: dois momentos da construção da noção de patrimônio histórico no Brasil. In: CHUVA, Marcia; NOGUEIRA, Antonio Gilberto Ramos. **Patrimônio Cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2012.
- DUARTE, Cristóvão. *Sustentabilidade e apropriação dos espaços históricos revitalizados*. Disponível em: <<http://crisovao1.wordpress.com/2011/04/16/sustentabilidade-e-apropriacao-dos-espacos-historicos-revitalizados/>>. Acesso em: 14. ago. 2013.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao future*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio Histórico e Cultural*. Rio de Janeiro: Zahar. 2006.
- GARCÍA CANCLINI, Nestor. *Diferentes, desiguais, desconectados: mapas da interculturalidade*. Tradução: Luis Sérgio Henriques. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ. 2009.
- GHIRARDELO, Nilson; SPISSO, Beatriz (coord). *Patrimônio histórico: como e por que preservar*. Bauru, SP: Canal 6, 2008. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.brasilipatrimoniadahumanidade.df.gov.br%2Facervo%2Fpdf%2Fpatrimonio_historico_mp_sao_paulo.pdf&ei=o0sWUvSQHYva9QSc04GwBw&usg=AFQjCNFbkntk0Wp-.jttwq0_m9wDlx81Quq&bvm=bv.51156542,d.eWU>. Acesso em: 23. ago. 2013

Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. *Cidades sustentáveis, cidades inteligentes*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINHÃO, Karina Almeida Guimarães. *Patrimônio Cultural Brasileiro*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.puc-rio.br%2Fpibic%2Frelatorio_resumo2010%2Frelatorios%2Fccs%2Fdir%2Fdir-karina_pinhao.pdf&ei=40JNU8-XI-eTQsQSwk4H4AQ&usg=AFQjCNHV4WBNGLBQF2wZrWGCeGJKgwT5Ug&bvm=bv.64764171,d.cWc>. Acesso em: 11. abr. 2014.

PINHEIRO, Áurea; MOURA, Cássia, DE SOUZA, Francisca Márcia Costa. *Ensino, patrimônio cultural e sociedade*. Disponível em: <[SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seer.furg.br%2Fhist%2Farticle%2Fdownload%2F3263%2F1941&ei=NakWUrGvAseY2AXmy4GgDw&usg=AFQjCNEQRIBB1Ls0DGoAkF57D-b5ldPlw&bvm=bv>.51156542,d.b2I. Acesso em: 20. ago. 2013.</p></div><div data-bbox=)

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed., 6. reimp./ Curitiba: Juruá, 2011.

VEIGA. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: SENAC, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos Direitos". In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflitualidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESENHAS

A GOVERNANÇA POR MEIO DO CRIME: COMO A GUERRA CONTRA O CRIME TRANSFORMOU A DEMOCRACIA AMERICANA E CRIOU UMA CULTURA DO MEDO*

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires**
Brunna Laporte Cazabonnet***

As Questões Trazidas a Debate na Obra

Neste livro de 2007, Jonathan Simon, professor da Law University of California, analisa, no contexto dos Estados Unidos, como na década de sessenta se iniciou a estruturação de uma nova ordem civil e política na resolução dos delitos (Lyndon Johnson foi o primeiro a declarar a “Guerra contra do Crime”). Esse modo de atuação não é resposta a um ato isolado de violência que, em tese, justificaria toda uma série de outros atos violentos, a fim de prevenir atos futuros, mas é a confirmação de um longo padrão (*pattern*) que se instituiu na política com a guerra ao crime.

Nessa ordem, chamada pelo autor de governar por meio do crime, o delito se tornou central para o exercício de autoridade, pois legitima atitudes das mais diversificadas; sustenta intervenções que tem motivações diversas (que não o delito propriamente) e, por fim, cria novas oportunidades de governo, por meio do uso do discurso, tecnologias, métodos, próprios à gestão criminal. É pelo crime que outros problemas sociais são reconhecidos, definidos e resolvidos.⁶⁵⁹

Desse modo, se estabeleceu uma racionalidade de governo, na qual a justiça criminal se concentrou em comunidades pobres. A classe média, por sua vez, está em ambientes regidos pela segurança, sendo cada vez mais dependente do Estado Penal para impor normas de “civildade”. Ao que se soma o papel da vítima como um modelo da pessoa comum, enfraquecendo, portanto, as formas de solidariedade e responsabilidade imprescindíveis para instituições democráticas. O crime visto como uma

* Tradução nossa do título original, em inglês, da obra escrita por Jonathan Simon: *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

** Mestre em Ciências Criminais PUC/RS.

*** Mestre em Ciências Criminais PUC/RS.

⁶⁵⁹ SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 22-23.

Resenhas

racionalidade governamental afasta o foco apenas do Estado e dos problemas de soberania, para incluir uma gama maior de atores que operam em campos paralelos, tais como a sociedade civil; universidades; ministérios religiosos, incluindo o papel deles no exercício do poder estatal.⁶⁶⁰

Na década de 80, pode-se elencar como fatores que redundaram na falência do Estado de bem-estar social: 1) mudanças econômicas, geográficas e demográficas, que alimentaram o aumento da criminalidade; 2) as formas de conhecimento do crime a partir da mídia, de políticos, de comunidades; 3) surgimento de movimentos sociais. Ou seja, a politização do crime foi uma resposta, em grande parte, para a crise governamental dos anos 70 e 80, que iniciou a ver no delito um veículo na construção de uma nova ordem política, frente à crise da anterior vigente e sua incapacidade de exercer poder de modo eficaz.

Jonathan Simon aponta a tendência atual, nas políticas democráticas contemporâneas, de se defender posições tenazes contra o crime, pois a prisão “afasta” o risco e dá visibilidade ao trabalho do político aos olhos do público, pois ela é o meio de enfrentamento do medo e da insegurança sentidos pela cidade. O aprisionamento de pessoas, geralmente homens jovens e pobres, constitui a forma mais ampla de investimento público e privado, e esse gasto é majoritariamente controlado pelos encarregados da persecução penal.

A partir do fim do século XX, a guerra contra o crime tem transformado o *status* dos procuradores, transmutando-o num modelo de autoridade política, cuja responsabilidade é a de assegurar um do aumento bem-estar social. Tal transformação está ancorada na ampliação de suas atribuições (*jurisdiction*) e no aumento do repasse de verbas a esses órgãos, sem considerar, contudo, o bem-estar comunitário e a observância aos processos democráticos⁶⁶¹.

Sobre a estrutura do “Ministério Público” nos Estados Unidos, em geral, para os cargos superiores, os integrantes são eleitos, mediante voto direto e facultativo, para um mandato de quatro anos, exceto o *The United*

⁶⁶⁰ Como exemplo do emprego de mecanismos próprios ao enfrentamento da criminalidade por setores diversos, é citada a aplicação de testes de uso de drogas, pela Escola de Oklahoma, em alunos que desejam participar de qualquer atividade extracurricular. (SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 17)

⁶⁶¹ Nas palavras do autor: “*the war on crime reshaped the American prosecutor into an important model for political authority while also giving real prosecutors enormous jurisdiction over the welfare of the communities with little attention to the lack of democratic accountability*” (SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 33). Tradução nossa.

*States General Attorney*⁶⁶² (correspondente ao Procurador-Geral da República), indicado pelo Presidente da República ao Senado e demissível *ad nutum*⁶⁶³. Os integrantes do “Ministério Público” representam a coletividade. Em termos processuais, como a maioria das ações criminais encerra-se via acordo, o poder do juiz chega a ser mitigado, pois o órgão acusador possui uma ingerência cada vez maior (conteúdo das sentenças condenatórias, condições de reabilitação, penas, necessidade de envio do caso a uma Corte de Julgamento etc.) a ponto de mitigar o papel do juiz e do júri⁶⁶⁴.

Uma parte significativa da atividade legislativa contemporânea está centrada no combate e na punição ao crime (v.g. *Safe Street Act*, de 1968), cujo foco é a vítima. A vulnerabilidade das vítimas define as condições apropriadas para os atos de governo⁶⁶⁵ e justifica atos dramáticos por parte do governo: na experiência e na possibilidade de vitimização estão sendo redefinidas as novas bases de política criminal e de governança. A natureza dessa identidade de vítima está profundamente racializado: nem todos são vítimas, mas, principalmente, as vítimas brancas, de classe média, moradoras do subúrbio, cuja exposição ao crime levou ao aumento de leis criminais. As vítimas passam a ser apenas mais um grupo de interesse na sociedade, como os negros, as mulheres, os homossexuais, os latinos. Essa atenção que as vítimas obtêm não tem a capacidade de converter-se em benefícios sociais. As vítimas irão se beneficiar, tão somente, pela produção de uma “segurança geral”, uma vez que a legislação criminal representa um suporte estatal simbólico às vítimas.

No momento seguinte, o autor vai tratar sobre como as decisões dos tribunais têm sido prejudicadas pelos desafios colocados pela adoção do “combate ao crime”, como “um problema político fundamental a ser resolvido pelo governo, o que inclui a atuação das Cortes de

⁶⁶² O autor indica três momentos históricos em que se percebe o crescimento da figura do General Attorney: a Reconstrução (1865-1875), o New Deal (1932-1952) e a Guerra ao Crime (1965- dias atuais).

⁶⁶³ O Procurador Geral da República (*General Attorney of the United States*) chefia o Ministério Público. No sistema federal, os promotores públicos são parte do Departamento de Justiça dos EUA (*U.S. Department of Justice*), que está vinculado ao Poder Executivo. Seus membros possuem disponibilidade da ação penal por meio de acordos (cerca de 80% dos casos), todavia nem todos possuem independência funcional. Cada Procurador-Geral que é eleito tem poder para demitir promotores contratados na gestão anterior e contratar novos auxiliares.

⁶⁶⁴ Na fala do autor: “*prosecutors have garnered so much power that in a real sense even the role of judge and jury as fact finder has been nullified*” (SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 35). Tradução nossa.

⁶⁶⁵ Segundo o autor, “*the vulnerabilities and needs of victims define appropriate conditions for government intervention*” (SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 76). Tradução nossa.

Resenhas

Julgamento”⁶⁶⁶. Isso se reflete na decisão de cedência de mais poder ao Executivo, em sacrifício à liberdade individual: mais segurança e menos liberdade. O papel dos juízes tem sido mais dificultado, uma vez que não é a sua neutralidade que tem sido questionada, mas a neutralidade do julgamento em si.

Nos últimos capítulos, Simon faz referência expressa ao estudo de casos que exploram os efeitos da guerra contra o crime na família, no trabalho e nas escolas. Aponta o autor a família como um espaço para o cometimento de crimes⁶⁶⁷, o que torna possível a vigilância e a punição em nível micro. A família possui dois papéis opostos: comete o crime e ajuda a evitar o crime. A governança da família sugere a criança como o centro, tanto da família como dos profissionais que atuam em volta dela (médicos, professores, educadores, assistentes sociais), agentes que atuam como extensão da polícia⁶⁶⁸. O Estado funciona como agência coercitiva sobre as decisões familiares.

Em relação às escolas, o aumento da criminalidade trouxe uma necessidade de reformulação das mesmas por meio das lentes do crime: o crime tornou-se um eixo em torno do qual foram reformuladas a forma e a substância das escolas⁶⁶⁹. A fusão da escola e do sistema penal resultou em um colapso do projeto progressista de educação. São adotadas políticas de tolerância zero e outros mecanismos penais em situações que exigiriam resposta, ainda que não necessariamente penal (v.g. *bullying*). A lei das escolas seguras (*The Safe School Act* de 1994) adota, como função das escolas, a promoção de programas de segurança.

É destacada, ainda, como a violência voltou a assombrar o mercado de trabalho americano em pequenos contextos políticos: os empregadores usam a lei criminal para controlar seus empregados e estes fazem uso dos direitos civis e até da violência como ferramentas de resistência.⁶⁷⁰ Por outro lado, há o empregado vítima de discriminação, de assédio moral e de assédio sexual.

⁶⁶⁶ SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 112. Tradução nossa.

⁶⁶⁷ Em sendo o ambiente familiar um espaço para cometimento de crimes (ninho de conflitos e abusos tais como abuso sexual, abandono, violência doméstica), se fez necessária a interação com outras instituições, tendo se desenvolvido uma gama de profissionais ao redor das famílias.

⁶⁶⁸ Assim se refere o autor: “*a whole panoply of helping professionals developed around the family in the nineteenth century, including doctors, social workers, and teachers, in the name of assuring eugenic, physical, and mental health in a process one leading history refers to as the ‘policing of families’*” (Ob. Cit., p. 178). Tradução nossa.

⁶⁶⁹ Na fala do autor: “*crime has become an axis around which to recast much of the form and substance of schools, and the effects of this enormous channeling of attention to schools through the lens of crime*” (SIMON, Jonathan. Ob. Cit., p. 112). Tradução nossa.

⁶⁷⁰ O autor narra a história de um empregado que deixou um bilhete, antes de atirar no seu chefe, afirmando que esperava que a morte do mesmo aliviasse o ambiente de trabalho para ele e para os demais colegas.

Após a Segunda Guerra Mundial, o autor aponta que o termo guerra tem sido aceito como uma metáfora para as transformações no modo de governar. A “guerra”, utilizada em frases como “guerra contra o crime” e “guerra contra o terror”, é um importante paradigma da mudança da racionalidade de governança, utilizada pelas elites para justificar e definir as dimensões desejadas de sua própria forma de governar. Há uma “nova” autoconsciência sobre o “risco” e o “medo” que, no entanto, não são novas na sociedade americana, que já havia sido moldada pela guerra contra o crime nas décadas anteriores.

O crime tem sido muitas vezes descrito como um câncer corroendo a integridade das instituições e comunidades. O povo americano está sendo exposto a riscos que são ignorados pelas instituições, trabalhando sob um pesado conjunto de mandados formais e informais para gerenciar o crime. Essa convicção não se espalha a partir das principais instituições, que foram, em parte, feitas ao longo da guerra contra o crime, mas de pessoa para pessoa e de instituição para instituição como uma discussão que irrompe com os riscos da criminalidade governar a vida dos indivíduos.

Resenhas

Referências

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007

MODERNIDADE LÍQUIDA: A LIQUIDEZ, INCONSTÂNCIA E INCERTEZA NAS RELAÇÕES DA ATUALIDADE

Aquiles e Silva Maciel*

Por meio da explanação do conceito de fluidez e de sua contraposição com a solidez, Zygmunt Bauman estabelece uma metáfora com o escopo de descrever o *status quo* das relações humanas e sociais, partindo da análise da inconstância e rapidez presentes no cenário social contemporâneo. A modernidade atual seria líquida devido às grandes mudanças no agir, pensar e no relacionar-se do homem contemporâneo – a facilidade com que paradigmas são quebrados, princípios flexibilizados e as adequações decorrentes dessas mudanças.

No item “Emancipação”, o autor traz à tona a temática do conceito de liberdade e sua relação com o indivíduo. Ser livre é uma bênção para o indivíduo agir de acordo com seus ideais, pensamentos e vontades, ou um execrável fardo de responsabilidade, já que o ônus de ser livre é ser responsável. Na Modernidade Líquida os indivíduos têm a sensação de usufruírem da liberdade, em que pese essa liberdade ser cerceada pelas normas.

O indivíduo da modernidade líquida, por sentir-se livre, é mais propenso à crítica, em relação a seus antecessores, porém precária, dada a constante incapacidade de efetivamente afetar as escolhas na “política-vida”. A crítica encontra, na sociedade da modernidade fluida, um sentido novo que Bauman compara ao “padrão do acampamento”. O indivíduo critica tão somente o que lhe é inerente à sua individualidade, o que vem a ferir a cidadania. Surge o antagonismo de indivíduo *versus* cidadão. O cidadão busca seus objetivos com o bem-estar social, o indivíduo na sua auto realização, procurando influenciar o meio exterior para tal.

Bauman discorre sobre a distinção do indivíduo *de jure* e do indivíduo *de facto*. Para ser indivíduo *de facto* é necessário tornar-se cidadão, contudo, há um abismo entre um e outro devido à colonização do espaço público pelo privado.

Em “Individualidade”, o autor traz à tona a figura do *Big Brother*, da obra *1984*, de Orwel, opondo com *Brave New World*, de Huxley, fixando o ponto compartilhado entre as duas visões: o mundo controlado.

* Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Resenhas

Em seguida, com a mesma ideia de fluidez, Bauman diferencia o “capitalismo pesado” do “capitalismo leve”, exemplificando o “pesado” e “sólido” por meio do fordismo, em seus aspectos tangíveis e intangíveis, num contexto geral que culminava numa ideia de estabilidade. Se um sujeito trabalhava apertando parafusos na grande fábrica do empresário, este sujeito não vislumbrava, ou nem mesmo almejava, grandes mudanças no transcurso de sua vida.

O capitalismo leve segue a lógica das relações líquidas/fluidas: é instável e passível de mudanças realmente bruscas a qualquer momento. Ao consumidor em tal contexto surge a infelicidade ante a vasta gama de escolhas e possibilidades, causando-lhe a dúvida, nunca estando convicto de ter feito ou não a escolha certa. Buscam-se valores para “legitimar” a sociedade de consumo. Valores estes muitas vezes vinculados à vida privada de personalidades de grande relevância, devido à uma busca não por líderes, mas por exemplos.

A busca pela identidade muda seu sentido com o *comprar*. O ato de comprar se torna uma incessante vontade de se alcançar o que não se tem. O indivíduo tenta se firmar como indivíduo com o ato de comprar, mas nunca está satisfeito. Saciada uma vontade, de imediato lhe surge outra que retoma sua busca pela autoafirmação. Essa insatisfação gera uma certa competitividade e voracidade entre os sujeitos, que nunca estando contentes, querem sempre superar, além de sua própria condição, a condição do outro.

Mencionando o arquiteto George Hazelden e o Heritage Park, Bauman inicia “Tempo/Espaço” tratando da comunidade e as diversas intempéries que tornam, até então, impossível o estabelecimento de uma “comunidade ideal”.

Na cidade, formada de pessoas estranhas umas as outras, o autor afirma que o indivíduo mantém um mínimo de civilidade para com o outro fazendo uso de uma “máscara”, com a finalidade de participar do contexto social da cidade sem mostrar que verdadeiramente é. Não há interesse nisso. Uma alegoria clara com a tradição dos nobres que se utilizavam de máscaras para se misturarem com o povo comum.

O tempo e o espaço ampliam seus horizontes com a modernidade fluida. O espaço cresce com a crescente onda de virtualização e de novas tecnologias que possibilitam rapidez. A leveza pode ser verificada na tecnologia de *softwares*: rápidos, imateriais, sempre em processo de mudanças e evoluções, alguns em particular capazes de diminuir o tempo com que se toma e se transmite uma informação em uma longa distância etc.

A vida se torna instantânea e com muitas possibilidades. Bauman cita Daniel Cohen, economista da Sorbonne que diz: “Quem começa uma carreira na Microsoft não tem a mínima ideia de onde ela terminará. Quem começava na Ford ou na Renault podia estar quase certo de terminar no mesmo lugar”, citação que resume bem a ideia da volatilidade impregnada nas relações. O indivíduo passa a não ter ideia de qual será seu futuro.

O progresso é o grande tema de “Trabalho”. O progresso tem sua essência mudada pela modernidade líquida ao ser tido como uma eterna necessidade. Para Bauman a flexibilização no atual momento faz com que tudo seja em curto prazo. O indivíduo não tem mais o desejo de trabalhar sua vida inteira fazendo a mesma coisa e numa mesma empresa., mas alça voo com a leveza e se deixa fluir, o interesse que faz com que o indivíduo trabalhe não é mais somente a busca de riqueza, de capital, mas sua própria individualidade, seus próprios interesses enquanto indivíduo.

Contudo, esse querer tão imediatista acarreta, com a incerteza no futuro, insegurança e desconfiança nas relações de trabalho. Os interesses não se mostram claros para nenhuma das partes. Há uma crescente desregulação do trabalho em detrimento da temporariedade. Completamente oposto ao que se verificava na modernidade sólida.

A procrastinação é abordada sendo relacionada à satisfação do indivíduo, que é adiada constantemente com uma ideia de que sempre há uma busca por algo melhor, um objetivo maior. Ouso dizer que isso se torna uma tortura constante que se renova a cada dia, um “tonel das Danaides” que nunca pode ser cheio, porém ao mesmo tempo o combustível que impulsiona o indivíduo a ser audaz e querer ir além.

Ante essa satisfação inalcançável, insegurança e incerteza de futuro, restam as satisfações instantâneas como breves formas de se obter um fugaz e ínfimo júbilo.

O derradeiro enfoque de Bauman é a Comunidade. Partindo desse ponto, contrapõem-se os valores de segurança e liberdade. Na medida em que se tem mais liberdade, menor é a segurança, por sua vez, mais segurança consiste em abrir mão de parcela da liberdade. Eis que temos mais um *telos* buscado incessantemente: o equilíbrio ou medida equalizadora de tal dilema.

É explorada a distinção entre o patriotismo e o nacionalismo, num panorama em que o nacionalismo é a forma de ódio e repulsa aos outros, considerando uma ideia de hereditariedade, ignorando qualquer princípio de hospitalidade. O patriotismo seria “mocinho” da história, pelo menos na retórica. O patriotismo consistiria em uma afirmação de amor à pátria em virtude das boas qualidades desta, de modo tolerante e hospita-

Resenhas

leiro. O nacionalismo seria antropeômico e o patriotismo antropofágico. O primeiro expulsa o que não lhe é simpático e o segundo devora com o fim de tornar o outro parte dele. Para exemplificar: não se torna nacionalista, ou você é, ou você não é. Reside aqui uma questão de hereditariedade. Indivíduos de uma determinada nação jamais poderão ser nacionais de outra que não aquela em que nasceram. O patriotismo, com a capacidade de “engolir” o indivíduo e torná-lo patriota, pode até mesmo agregar membros de outra nacionalidade, conquanto que adiram a determinados preceitos.

A comunidade gera a sensação de “nós”, retomando certa solidariedade, passível de divisão das responsabilidades. Na prática, essa comunidade seria regida por uma unidade pela semelhança. Nem o nacionalismo nem o patriotismo permitem uma vivência harmônica com as diferenças. Conforme já mencionado, um simplesmente não aceita o diferente e o afasta, o outro impõe a sua própria essência e “converte” o diferente em semelhante.

Figura na modernidade líquida a comunidade de *cloakroom*. A alegoria da *cloakroom* indica que esse tipo de comunidade é feita para o momento, para o espetáculo, com a mesma fluidez que se forma, desfaz-se. O indivíduo se “veste” de acordo com a ocasião. Outro nome referido para o mesmo tipo de comunidade é “Comunidade de carnaval” por seu fugaz alívio da agonia e da solidão, que hão de retornar com o seu término.

Eis o cenário da modernidade líquida trazida pelo autor: rápida, fluída, volátil, cheia de incertezas, inconstâncias, destruidora ou alteradora de paradigmas, riquíssima em buscas incessantes por objetivos ainda não pensados ou descobertos e por autoafirmação.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DIREITOS REAIS EM A UTOPIA DE TOMÁS MORUS

Eduardo Moraes Bestetti*

Sumário: Introdução. 1. Contexto histórico. 2. Da (não) incidência de direitos reais na sociedade descrita na obra. 2.1. Das terras rurais. 2.2. Dos imóveis urbanos. 2.3. Dos bens móveis. Considerações finais. Referências.

Introdução

Tomás Morus retrata em sua Utopia a sociedade ideal. O livro, escrito em latim no ano de 1516, teve como título do original *“Dei optimae reipublicae statu deque nova insula Utopia”*. Harmonia e igualdade podem descrever a vida na pequena ilha em forma de meia lua, situada em alguma parte do novo mundo. Santo da Igreja Católica e cultuado pela Revolução Russa, a obra de Morus inspirou pensadores e filósofos, mantendo-se como referencial a quem deseja que a humanidade atinja tal grau de evolução.

Repleto de metáforas a indicar a inexistência do lugar (*u topos*) e o caráter divino da mensagem que estava passando (quem descreve a ilha para Morus, na obra, é Rafael Hitlodeu, assim como o Arcanjo Rafael, que curou o pai de Tobias da cegueira, na Bíblia), A Utopia, ou Tratado da Melhor Forma de Governo, é o relato fictício do encontro entre o próprio autor e Rafael Hitlodeu, viajante, conhecedor de grande parte do novo e do velho mundo, interessado por política e que permaneceu por cinco anos morando em Amaurota, capital de Utopia.

Sua experiência na ilha o fez descrente na propriedade privada. Antes mesmo de iniciar o relato da vida na sociedade ideal, Rafael já demarcara sua posição:

“Estou portanto convencido de que os recursos só podem ser repartidos com igualdade e justiça, que os negócios dos homens só podem ser bem administrados, se for suprimida e propriedade privada. Enquanto ela subsistir, a parte mais numerosa e melhor da sociedade carregará um pesado e inevitável fardo de miséria e de preocupações”. E segue: “(...) enquanto subsistir a propriedade privada. Pois é impossível, nesse caso, tratar um membro sem agravar a ferida de outro.”⁶⁷¹

* Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS.

⁶⁷¹ MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 59-60.

1. Contexto Histórico

Importante destacar o momento histórico em que o livro foi escrito. Era a Inglaterra de Henrique VIII, com o início do cercamento dos campos e a grande miséria por essa política produzida. A descrença na propriedade privada é compreensível quando se analisa que ela só era garantia para os poderosos, enquanto que os camponeses mais humildes viram suas terras transformadas em grandes latifúndios:

“Oponho esses costumes aos de tantas outras nações sempre ocupadas em legislar sem serem por isso mais bem governadas; nas quais cada um chama de seu o que lhe cai nas mãos; nas quais tantas leis acumuladas são incapazes de garantir a aquisição, a conservação da propriedade, de distinguir em relação ao vizinho o que cada um designa como bem próprio, como provam fartamente os processos que não cessam de surgir e que jamais terminam.”⁶⁷²

Com a ida desses camponeses à cidade, muitos caíam na mendicância. Àqueles que conseguiam algum emprego restava a desumana carga horária com baixos salários. Produziam o que jamais teriam como comprar. Enriqueciam injustamente seus patrões em troca de um desgaste físico que os suprimia qualquer possibilidade de entretenimento ou estudo.

É, portanto, com a finalidade de fazer um contraponto a sociedade na qual vivia que Tomás Morus escreve A Utopia. Cria o autor que a sociedade por ele descrita não emergia em pouco tempo, não apontando sua obra como solução imediata aos problemas da Inglaterra, mas sendo um precursor na ideia de humanização das relações sociais.

2. Da (Não) Incidência de Direitos Reais na Sociedade Descrita na Obra

Partindo-se da Teoria Personalista dos Direitos Reais, tem-se que constitui tal espécie de direito aquele que tem como sujeito ativo uma pessoa, podendo opô-lo *erga omnes*, ou seja, um sujeito passivo universal. A coisa, bem corpóreo ou incorpóreo, é objeto determinado da relação.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷³ aponta dez características para os direitos reais:

⁶⁷² MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 59.

⁶⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume IV. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

1. Oponibilidade *erga omnes*.
2. Objeto sempre determinado.
3. Existência atual da coisa.
4. Exclusividade.
5. Possibilidade de aquisição por usucapião.
6. Conservação mesmo na falta de exercício.
7. Ambulatoriedade e direito de sequela.
8. Direito de preferência do titular do direito dral.
9. Possibilidade de abandono.
10. Suscetíveis à posse.

A partir desse referencial teórico, parte-se para a análise das características apontadas por Tomás Morus das relações entre pessoa, coisa e a universalidade em Utopia, comparando-se com as definições de propriedade, condomínio, usucapião, uso e habitação. Apesar de aparentemente ser de plano afastada a ideia de propriedade privada, cabe diferenciar o modo como os utopianos se relacionavam com os bens mostrados na obra, quais sejam as terras rurais, os imóveis urbanos e os bens móveis.

Também cabe investigar se o rechaço à propriedade privada não seria apenas um recurso retórico a indicar que esta não se encontra mais na titularidade de uma pessoa, investigando as hipóteses de condomínio ou propriedade comunitária. Além disso, pode o Estado ser o titular do bem e o conceder em usufruto a uma pessoa, ou uma coletividade, como ocorria nas indústrias e granjas soviéticas⁶⁷⁴.

2.1 Das Terras Rurais

Assim descreve Rafael Hitledou as relações dos utopianos com o meio rural:

“Os campos são tão bem repartidos entre as cidades que cada um tem pelo menos doze milhas de terras a cultivar a seu redor, às vezes mais, se a distância é maior entre ela e a vizinha. Nenhuma busca ampliar seu território, pois os habitantes se consideram antes como capatazes que como proprietários.

Na zona rural, no meio dos campos, eles têm casas bem situadas em lugares escolhidos, equipadas de todos os instrumentos agrícolas. Os cidadãos vêm habitá-las por períodos determinados.”⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume IV. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 69.

⁶⁷⁵ MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 69.

Resenhas

A destinação da produção agrícola é comunitária, não auferindo lucros ao produtor. Ela é encaminhada a centros de abastecimento, em que os chefes da cidade buscam os alimentos para preparar nos refeitórios comunitários e para entregar aos doentes.

A situação exposta demonstra que a propriedade sobre as terras rurais é exercida pelo Estado, não podendo aliená-la. O gozo dos frutos dela extraídos destinam-se integralmente ao abastecimento dos depósitos do Estado, para posterior redistribuição, afastando a hipótese de usufruto coletivo, pois este, até em sua origem etimológica, já indica ser um direito real em que o usufrutuário adquire duas das faculdades inerentes à propriedade: uso e fruição.

É em verdade plena a propriedade, não gravada de nenhum outro direito real de gozo ou fruição, de titularidade do Estado, a partir de trabalhadores rotativos e cuja produção destina-se integralmente às suas políticas sociais e à igualitária distribuição. Como bem indicou Morus, o trabalhador se vê como capataz, não tendo nenhuma ingerência sobre o posterior encaminhamento do que ele cria ou colhe: “*A totalidade dos cereais é usada para fazer pão*”.⁶⁷⁶

2.2 Dos Imóveis Urbanos

As atuais políticas de reforma urbana consistem, em suma, na desapropriação de imóveis ociosos, na construção de moradias populares ou no aluguel social. Em todas as três políticas citadas, a lógica da propriedade privada se mantém e em nenhuma delas algum outro direito real, que não a propriedade, é percebido. Em Utopia, as cidades são planejadas e todas as casas são iguais. Não há propriedade privada e a rotatividade também é a política de Estado utilizada para afastar o sentimento de posse sobre a casa em que mora.

A cada dez anos os utopianos se mudam de casa, a qual é definida por sorteio. Como todas são iguais e suas estruturas são garantidas por um permanente serviço público de reforma e prevenção de estragos, não há maiores problemas na efetivação da política.

Cabe aqui analisar a possibilidade de constituição do direito real de habitação, com prazo de dez anos, sobre o imóvel ocupado pela família utopiana. Além das características genéricas suprarreferidas, o particular direito, segundo Caio Mario⁶⁷⁷: “*O titular desse direito pode usar a casa para si, residindo nela, mas não alugá-la nem emprestá-la*.”. Além disso, não fica o habitante responsável pelo perecimento fortuito e natural da coisa.

⁶⁷⁶ MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 69.

⁶⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume IV. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 263.

Apesar de em uma primeira abordagem, mais superficial, parecer possível alocar o exposto no instituto da Habitação, a organização social de Utopia não poderia permitir tanto. A possibilidade de aquisição por usucapião, a conservação mesmo quando do desuso e o direito de preferência não seriam exercidos sobre as residências familiares. A possibilidade de regresso para a mesma casa, com o respectivo gravame do direito real de habitação sobre o imóvel não condiz com a estrutura urbana montada e o ideário da ilha fictícia.

Até mesmo a ausência de trancas nas portas de todas as idênticas casas demonstra que desconhece-se o uso de meios para garantir a posse, algo imaginável só em situações que se aproximem com a igualdade e paz social que Hitleidou relata.

2.3 Dos Bens Móveis

“Com efeito, cada família confecciona ela própria suas roupas, cuja forma é a mesma para toda a ilha”⁶⁷⁸. “O centro de cada um deles é ocupado por um mercado para onde os objetos confeccionados pelas famílias são encaminhados e repartidos por espécies em lojas. Cada pai de família vai até lá solicitar tudo que precisa para si e para os seus, e o leva sem pagamento, sem compensação de nenhuma espécie. Pois, por que recusar alguma coisa a alguém quando há abundância de todos os bens e ninguém receia que seu vizinho peça mais que o necessário?”⁶⁷⁹

Diante das passagens da obra analisada, tem-se que ao que diz respeito com os bens móveis, duas das três faculdades inerentes à propriedade são inerentes àquele cidadão, ou àquela família que produz o bem. São as possibilidades de usar e gozar do bem, não podendo dele livremente dispor, apenas leva-lo ao mercado central para coloca-lo ao alvedrio de quem precisa.

Observa-se que o autor não ingressa nas possibilidades de turbacão do bem alheio, até mesmo por afastar a possibilidade de que isso ocorra em sociedade tão pacífica. A pena única é de trabalhos forçados, levando-se a crer que esse seria o destino de quem fosse incurso em referida conduta.

⁶⁷⁸ MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 76

⁶⁷⁹ MORUS, Tomás. A Utopia. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 84

Considerações Finais

Tomás Morus nos traz uma sociedade harmônica e com plena igualdade material e moral. Por ter visado a uma descrição de um Estado perfeito, o nome dessa nação permanece até hoje como vocábulo a indicar lugar no qual nunca chegaremos, ponto que nunca atingiremos. As utopias guiam atualmente nosso referencial ideológico, para que busquemos sempre nossos ideais.

Dessa forma, buscou-se a análise das relações dos utopianos com os bens que, em nossa sociedade, são gravados de direitos reais, para concluirmos que, diante das particulares e perfeitas características daquela sociedade fictícia, localizada em lugar nenhum, cortada pelo rio Anidro, os direitos reais não se fazem mais necessários.

É justamente contra o que os direitos reais se opõem que afasta a sua necessidade em Utopia. O sujeito passivo *erga omnes* não oferece risco a moradia, à segurança e ao bem-estar do utopiano. Ainda, da longa organização social que despreza a proeminência social de qualquer um, não gera nos moradores da ilha sentimentos ambiciosos ou mesquinhos, devendo cada um fazer apenas, e nada mais que sua parte.

Assim, o clássico do autor inglês retrata algo muito distante da sociedade contemporânea. Porém, de modo algum as relações sociais, e as relações entre pessoas, coletividade e bens abordadas pelo presente trabalho abrem um leque de possibilidade para políticas de reforma urbana e rural, bem como de redistribuição de renda. Não se pode admitir o uso de antolhos, quando uma universalidade de ideias nos rodeiam para buscarmos um mundo mais justo.

Referências

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume IV. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORUS, Tomás. *A Utopia*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011. *UTOPIA* (book). Disponível em:
<[http://en.wikipedia.org/wiki/Utopia_\(book\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Utopia_(book))>. Acesso em: 22 mai. 2014.

