

Revista Jurídica

Volume 22

Número 1

2006

PUC
CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Revista Jurídica

Periódico Jurídico Semestral da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Editor: Dra. Angélica Luciá Carlini (PUC- Campinas)

Editor-Adjunto: Samuel Mendonça (PUC- Campinas)

Comissão Editorial: Dr. Paulo Roberto de Sousa (PUC- Campinas), Dr. Luis Fernando Lobão Moraes (PUC- Campinas), Dra. Vera Rozo Cury (PUC- Campinas)

Conselho Editorial: Dr. José Afonso da Silva (USP), Alejandro Castello (URUGUAI), Dr. Walter Claudius Rothenburg (ITE), Dr. André Ramos Tavares (UFBA), Dr. Gilberto Bercovici (USP), Dr. Dimitri Dimoulis (UNIMEP), Dr. Eduardo C. B. Bittar (USP), Dr. Fabio Konder Comparato (USP), Dr. João Mauricio Adeodato (UFPE), Dr. Marco Aurélio S. M. R. Sampaio (USP), Dr. Marco Vanzulli (UNICAMP), Dr. Guilherme Cavalheiro Dias Filho (UFRN), Dr. José Carlos de Magalhães (USP), Dr. Alberto Amaral Júnior (USP), Dra. Giselda Hironaka (USP).

Equipe Técnica: Marcos Braga Jr. (USP): revisão do idioma inglês; Samuel Mendonça (PUC- Campinas): normalização e revisão.

Descrição: Esta revista publica artigos científicos e resenhas sobre matérias jurídicas. Os textos trazem aspectos críticos sobre Direito, baseados na realidade nacional e internacional. A periodicidade é semestral e tem tiragem de 1.500 exemplares.

Repercussões: a Revista Jurídica está classificada pela Capes com *Qualis A Local*. Muitos de seus Conselheiros e Pareceristas são membros da ABEDI, Associação

Brasileira de Ensino do Direito, do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e grupos credenciados junto ao CNPq.

Nomas para publicação:

A submissão de artigos e resenhas deverá ser encaminhada para o endereço disponibilizado juntamente com carta assinada, cedendo o autor seus respectivos direitos autorais para a Revista Jurídica, que poderá publicá-los ou não, de acordo com a análise de ao menos 02 (dois) pareceristas. Todos os artigos serão encaminhados ao Conselho Editorial para apreciação. Para tanto, deverão estar dentro das seguintes normas de publicação:

- Notas: deverão estar inseridas no rodapé da página, seguindo a formatação determinada pela ABNT;
- Referências: deverão ser incluídas ao fim do artigo, no sistema numérico, seguindo a formatação determinada pela ABNT;
- Fonte do texto: Times New Roman, tamanho 12.
- Fonte das citações longas: Times New Roman, tamanho 10.
- Espaço interlinhas: 1,5 para o texto e 1,0 para citações longas;

Os autores responsabilizam-se pela autoria dos artigos e resenhas submetidos, eximindo a Revista Jurídica de quaisquer responsabilidades perante terceiros.

Correspondência:

Toda a correspondência deve ser enviada à Revista Jurídica - Faculdade de Direito
Endereço: R. Marechal Deodoro, nº 1099 - Centro - Campinas - SP - CEP 13020-904
Telefones (19) 3756-5830 / 5833 / 5875
Endereço Eletrônico: fadi@puc-campinas.edu.br

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica

Sumário

ARTIGOS

Perfil do Processo Trabalhista Argentino Aline Cosin et al.	5
Beccaria e o Iluminismo Penal Rogério F. Taffarello	25
Giambattista Vico - Sulla relazione di ideale e fattuale, di metafisica e storia nel passaggio dal De Uno alla Scienza Nuova Marco Vanzulli	39
Sobre Soberania, Hegemonias e Direitos Humanos Renan Severo Teixeira da Costa	51
A Convenção de Genebra revisitada nos seus 140 anos: Cotejo à Guerra no Iraque Rogério Duarte Fernandes dos Passos	59
A construção da diversidade e a reconstrução do direito privado. Sob o prisma civil-constitucional Cláudio José Franzolin	73
Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno Paulo Márcio Cruz e José Francisco Chofre Sirvent	81
O Problema da Hermenêutica na Análise dos Direitos Humanos Pedro Pulzatto Peruzzo e Samuel Mendonça	99
Teoria da ação comunicativa Habermasiana e a produção da normatividade Jaqueline Santa Brígida Sena	119

RESENHAS

O Direito na pós-modernidade Wilson Levy	129
Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos Jaqueline Santa Brígida Sena	133
Semiologia e Direito - tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura Pedro Pulzatto Peruzzo	135
As Esferas da Justiça - Uma Defesa do Pluralismo e da Igualdade Guilherme Cremonesi Caurin	139
A Luta pelo Direito Ana Carolina Maluf	143

PERFIL DO PROCESSO TRABALHISTA ARGENTINO¹

Aline COSIN*

Camila Fogagnoli PENTEADO**

Maria Antônia da SILVA***

Regiane dos Santos MARIANI****

RESUMO

O trabalho enfoca o direito processual argentino que, conforme estabelecido na constituição federal daquele Estado, é autônomo e independente para cada uma das províncias, que desse modo, acaba admitindo preceitos processuais próprios. Na análise das autoras, isso torna o direito processual trabalhista argentino rico e multifacetário, constituindo-se em um verdadeiro laboratório de sistemas procedimentais cuja experiência não encontra paralelo em nenhum outro estado latino-americano.

Palavras-chave – Direito processual, direito argentino, direito do trabalho.

ABSTRACT

The present article focus on Argentinean process law, which, as established on Argentinean Federal Constitution, is autonomous and independent for each of the provinces and, by this way, ends up accepting particular process prescriptions. This structure makes Argentinean process law rich and manifold, resulting in a true laboratory for proceeding systems which experience has no similar in any other Latin American State.

Key-words – Process law, Argentinean law, Work law

I – INTRODUÇÃO

No Brasil, embora cada Estado integrante da Federação desfrute de autonomia administrativa, orçamentária, bem como de *alguma* autonomia legislativa, certo é que, naquilo que se refere ao direito processual, a legislação é toda ela de natureza federal, uma vez que compete

privativamente à União legislar sobre esse assunto (art. 22, I, da Constituição Federal de 1988). Assim, de norte a sul, para toda a imensidão do território nacional, existe exclusivamente um Código Processual Penal (CPP – decreto – lei 3.689/41), um Código Processual Civil (CPC – lei 5.869/73), e um único rito trabalhista, que se encontra disciplinado pelos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – decreto – lei 5.452/43).

⁽¹⁾ Este artigo é resultado de um seminário apresentado pelas autoras, no curso de especialização em direito do trabalho e direito processual do trabalho, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), sob a orientação do Professor Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. O docente e as autoras deixam registrados seus sinceros agradecimentos pelo generoso auxílio que lhes foi ministrado pelos professores Juan Pablo Mugnolo, Mariano Nuñez e Ramón Alvarez Bangueses, da Universidade de Buenos Aires, bem como pelos magistrados trabalhistas Carlos Salaberry, Cláudia Salvatierra e Carlos Toselli, das províncias de Rio Negro, Santiago del Estero e Córdoba.

^(*) Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas.

^(**) Advogada. Servidora Pública Federal do TRT – 15ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas.

^(***) Advogada. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas.

^(****) Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas.

Na Argentina, porém, em vista daquilo que preconizam os artigos 5º, 75 (inciso 12), 121 e 126 da Constituição Nacional daquele país, cuja última reforma ocorreu no ano de 1994, os Estados, lá denominados *Provincias*, podem, cada qual deles, de maneira autônoma e independente, estabelecer preceitos processuais próprios.

Destarte, o direito processual argentino, inclusive o trabalhista, se revela sobremodo rico e multifário. Na verdade, nosso vizinho no continente pode ser considerado um grande laboratório de sistemas procedimentais, cuja experiência não encontra paralelo em nenhuma outra nação ibero-americana. Nada obstante, o fato é que a sua estrutura não tem sido objeto de estudo e interesse pela doutrina brasileira.²

O objetivo do artigo vertente é explicitar alguns aspectos do processo do trabalho em vigor nas diferentes províncias argentinas, traçando uma breve linha comparativa com o processo trabalhista de nosso país, em ordem inclusive a verificar se alguns dos pontos examinados poderiam eventualmente ser utilizados ou servir de referência para idéias ou projetos de reforma do ordenamento brasileiro.

II – ASPECTOS GERAIS

A Nação Argentina possui 23 (vinte e três) províncias, a saber: Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fé, Santiago del Estero, Tierra del Fuego e Tucumán.

Das províncias acima, apenas a da Tierra del Fuego não detém um procedimento laboral específico, já que este se encontra inserido dentro de um sistema processual mais amplo, que é aquele sufragado pelo Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero (lei provincial nº 147, publicada em 17/08/1994). Significa isto dizer que, na província em questão, à semelhança daquilo que se passa na República Oriental do Uruguai,³ existe um regramento procedimental de caráter amplo, vale dizer, um código *geral* de processo.⁴

Nas demais províncias, porém, o processo laboral é objeto de leis específicas⁵, às quais ademais se deve adicionar a lei relativa à Justiça Nacional do Trabalho, concernente à cidade autônoma de Buenos Aires (que dentre nós corresponderia ao Distrito Federal de Brasília).

De sorte que então, neste trabalho, serão analisados 23 (vinte e três) procedimentos: 22 provinciais, e 1 relativo à cidade autônoma de Buenos Aires (que poderia assim ser considerado um processo trabalhista de cunho federal).

As leis que regem os seguintes procedimentos em questão são as seguintes: 11.653/95 – província de Buenos Aires, 18.345/98 – cidade autônoma de Buenos Aires, 4799/94 – província de Catamarca, 2383/79 – província do Chaco, 69/59 – província de Chubut, 7987/90 – província de Córdoba, 3540/80 – província de Corrientes, 5315/73 – província de Entre Ríos, 639/86 – província de Formosa, 1938/49 – província de Jujuy, 986/80 – província de La Pampa, 5764/92 – província de La Rioja, 2144/52 – província de Mendoza, 2884/91 – província de Misiones, 921/95 – província de Neuquén, 1504/81 – província de Rio Negro, 5298/78 – província de Salta, 5732/87 – província de San Juan, 5681/04 – província de San Luis, 1444/82 –

⁽²⁾ Até onde temos conhecimento, a única obra, em nosso país, que faz uma análise do sistema procedimental laboral argentino, é uma dissertação de mestrado, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 1998, por Maria Cristina Molteni, sob a orientação do Prof. Dr. Pedro Vidal Neto, obra esta que é uma das fontes utilizadas para a elaboração do presente artigo. Desnecessário será frisar que a dissertação em foco, pela sua singularidade, assume naturalmente o caráter de referência obrigatória, no que a esta matéria diz respeito.

⁽³⁾ Interessante notar que, tanto no Uruguai como na província argentina da Terra do Fogo, a generalização das normas processuais não logrou alcançar o processo penal, que permaneceu assim independente, submetido a regras próprias.

⁽⁴⁾ No Paraguai, país em que vige atualmente um código de processo do trabalho (Lei nº 742, de 30/08/1961), foi recentemente apresentado pela Suprema Corte um projeto de “código procesal general”.

Na sua exposição de motivos, consta que “si las normas que regulan el proceso judicial son suficientemente generales y se apartan de regular cuestiones de fondo, circunscribiéndose a establecer exclusivamente formas de proceder, pueden aplicarse a las diversas materias, pues las modalidades de planteamiento, debate, prueba y resolución de los litigios son esencialmente similares, cualquiera sea el contenido material de cada proceso” (conforme texto disponível em: <http://www.pj.gov.py/>). Contudo, o fato é que, no Uruguai, onde tal experiência tem sido feita, a doutrina laboral tem externado críticas contundentes à generalização das normas de procedimento, sob a justificativa de que “el procedimiento laboral fue perdiendo no solo sus particularidades sino que además fue perdiendo también una interpretación laboralista” (ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín. La autonomía del proceso laboral como requisito de celeridad. In: XV Jornadas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social. Montevideo: FCU, 2004, p. 233). Também na província argentina de Chubut, existe um projeto de código processual civil, comercial e laboral (consoante texto disponível em: <http://www.juschubut.gov.ar/default.htm>). Registre-se que nos projetos em questão não se tenciona disciplinar o processo penal (vide nota 03 supra).

⁽⁵⁾ A província Argentina de La Rioja, conquanto possua um procedimento laboral previsto em lei específica, se reporta, a título de complemento, ao capítulo primeiro, do título IV, do Livro III, do CPC provincial, que cuida justamente do “juicio laboral”. Também o recurso de cassação é regido por dispositivos alojados no âmbito do processo civil (artigos 256/262 do CPC).

provincia de Santa Cruz, 7945/76 – provincia de Santa Fé, 3603/71 – provincia de Santiago del Estero e 6204 - provincia de Tucuman.⁶

As referências a artigos que serão feitas no transcorrer deste trabalho, deverão destarte ser entendidas como remissivas aos diplomas legais acima identificados.

III – ASPECTOS ESPECÍFICOS

3.1. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Os diplomas legais que disciplinam o procedimento laboral argentino, de um modo geral, também estabelecem a forma em que a respectiva justiça provincial está organizada. O exame do conjunto das diferentes leis leva a conclusão de que, dentro de uma molduragem global, dois diferentes sistemas podem ser identificados:

a) um sistema de instância única, integrado em sua base por órgãos colegiados, com um forte matiz de oralidade⁷, admitindo-se recursos somente em matéria de direito;⁸ b) um sistema com duplo grau de jurisdição aberto, acessível pela via do recurso de apelação (correspondente ao *recurso ordinário* do processo trabalhista brasileiro).

No primeiro modelo, podem ser enquadrados os procedimentos vigentes nas seguintes províncias: Formosa (arts. 2º, 3º e 75), Rio Negro (arts. 6º e 52), Buenos Aires (arts. 2º e 55), Córdoba (arts. 3º, 98, 99 e 107), Jujuy (arts. 1º e 99 bis), La Rioja (art. 14), Mendoza (arts. 1º, 84 e 85) e Santiago del Estero (art. 140).

No segundo modelo, encaixam-se as províncias de: Catamarca (arts. 1º, 98 e 99 - com restrições para o recurso de apelação em causas de menor quantia), Chaco (arts. 1º, 133 e 139), Chubut (arts. 61 e 64), Cidade Autônoma de

Buenos Aires (arts. 1º, 105 e 106), La Pampa (arts. 65 e 75), Neuquén (arts. 1º e 42), San Luis (arts. 109 e 113), Corrientes (arts. 2º, 4º e 93 e 102), Entre Ríos (arts. 1º, 2º, 122 e 123), Misiones (arts. 128 e 133), Salta (arts. 1º e 59), Santa Cruz (arts. 80 e 103 bis), Santa Fé (arts. 108 e 116), San Juan (arts. 2º, 129 e 137) e Tucuman (arts. 1º, 122 e 130).

3.2. COMPETÊNCIA MATERIAL

A competência material da Justiça do Trabalho brasileira é regulada pela Lei Maior, ou seja, pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 114, o qual sofreu alterações recentemente, tendo seu rol taxativo ampliado pela emenda constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

Assim prevê o referido dispositivo legal:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

⁽⁶⁾ Como se vê, o procedimento laboral mais antigo é aquele vigente na província de Mendoza, que data do ano de 1952, enquanto o mais moderno é aquele vigente na província de São Luis, cuja lei respectiva veio a lume em 22/09/2004.

⁽⁷⁾ Segundo explicita Mario Ackerman, “es posible hablar de dos grandes sistemas, según que predomine en ellos la oralidad o el procedimiento escrito y que, normalmente, se corresponderán con la instancia única o la doble, respectivamente (Organización y procedimiento de la justicia del trabajo en la República Argentina. In: Processo do trabalho na América Latina : estudos em homenagem a Alcione Niederauer Corrêa, coordenação de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1992, p. 187). A opção por um ou outro dos dois sistemas é uma escolha que depende das características e das possibilidades de cada província, como se pode inferir de um trecho da exposição de motivos que acompanhou o Código de Processo do Trabalho da província de Entre Rios: “Se coincidió en la apreciación de que el sistema que se aproxima más al ideal en la materia, es el juzgamiento oral en la instancia única, acorde con los principios modernos de la ciencia procesal, pero también se entendió que no basta la adopción de un sistema teóricamente bueno sino se provee la infraestructura adecuada para el logro de los resultados óptimos que ofrece el mismo, y ello presupone un recargo excesivo en el presupuesto provincial. Somos conscientes de esa realidad, y creemos que con la semioralidad que establece el proyecto, damos un paso más en procura de concretar en un plazo no muy lejano, la oralidad que concretice los principios que permitan una mejor, más rápida y justa composición de la litis. Por ello, la estructura del proceso que propugnamos coincide, en las pautas genéricas y en la terminología, con los Códigos que establecen el juicio oral de instancia única, debiéndose cambiar muy pocas normas para adoptar el mismo en nuestra Provincia cuando sea posible hacerlo.”

⁽⁸⁾ Algumas províncias, dentro deste sistema, estabelecem uma recorribilidade particular ou específica para causas de menor quantia, que são decididas por juízes de paz, bem como para causas relativas a impugnações de atos emanados de autoridades administrativas.

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º. (...).

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Como já mencionado, esse rol é taxativo, sendo que a competência é de natureza absoluta. Nesse aspecto, a legislação trabalhista argentina se iguala.

No que toca às regras de competência material no direito trabalhista argentino, diferente do Brasil, a matéria não é regulada por uma só Lei Fundamental, mas varia de acordo com a legislação de cada província.

De modo geral, pode-se afirmar que em todas elas há previsão expressa quanto à competência da Justiça do Trabalho para julgar as causas contenciosas de empregados e empregadores, fundadas em normas de direito do trabalho, convenções coletivas, acordos coletivos e causas relacionadas a disposições dos contratos de trabalho, ainda que fundadas em normas de direito comum.

Algumas províncias como, por exemplo, Santa Fé (art. 2º), Córdoba (art. 1º), Corrientes (art. 3º), Jujuy (art. 1º) e, também, a cidade de Buenos Aires (art. 20)⁹, prevêm de forma expressa a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar causas não só relacionadas a um

contrato de trabalho, mas também todo e qualquer conflito fundado numa relação de trabalho, assim como ocorre na atual legislação brasileira, mais especificamente pelos incisos I, VI e IX do artigo 114 da Constituição Federal.

Um ponto importante que merece destaque diz respeito às ações possessórias relacionadas a um contrato de trabalho, ou seja, ações entre empregados e empregadores atinentes à pretensão de restituição de imóvel, propriamente dito, ou apenas da posse deste. Na legislação laboral argentina, há previsão expressa, em quase todas as províncias, sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar essas demandas.

No Brasil, até a recente ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, havia muita discussão sobre a competência judicial para apreciar e julgar esses tipos de conflitos. No entanto, apesar de ainda não haver disposição expressa sobre a questão no artigo 114 da Constituição Federal, também se atribui à Justiça do Trabalho a competência para apreciar demandas possessórias relacionadas a uma relação de trabalho, ainda mais se tratando de um conflito entre empregado e empregador. Contudo, essa questão ainda é objeto de discussão na doutrina e jurisprudência.

Há, também, províncias que dispõem sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as causas relacionadas à Seguridade Social, sem prejuízo das disposições contidas em regimes que estabeleçam competência especial¹⁰, assim como ações relacionadas a cobranças de contribuições sociais.¹¹

No Brasil, as demandas tipicamente previdenciárias tramitam perante a Justiça Comum, tendo a Justiça do Trabalho apenas competência para execução, inclusive de ofício, das contribuições sociais incidentes sobre os pagamentos de salários e demais rendimentos advindos do trabalho, mesmo que inexistir vínculo empregatício.¹²

Em relação a acidentes de trabalho, na Argentina o trabalhador pode fazer sua reclamação conforme a Lei de Acidentes de Trabalho nº 24.028/91 ou pelo sistema de responsabilidade objetiva, originado na legislação civil (art. 1.113 do Código Civil). Até a sanção daquela lei, a Justiça do trabalho era competente para ocupar-se das ações cíveis; passando a atuar nelas a justiça civil na Capital Federal. Conforme o estabelecido na Lei de Acidentes (art. 16), algumas províncias adotaram o mesmo critério de competência, tais como La Rioja, Neuquén e Tucumán.¹³

⁽⁹⁾ ALLOCATI, Amadeo. Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Vol. 1, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 108.

⁽¹⁰⁾ Santa Fé (art. 2º), Corrientes (art. 3º), Chubut (art. 1º) e Rio Negro (art. 6º).

⁽¹¹⁾ Tucumán (art. 6º), Santiago del Estero (art. 18) e Formosa (art. 1º).

⁽¹²⁾ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 114, VIII.

⁽¹³⁾ MOLTENI. Maria Cristina. Sistemas Judiciários Trabalhistas na Argentina e no Brasil. São Paulo. Dissertação – USP, São Paulo, 1998, p. 33.

No entanto, em outras províncias como Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Formosa, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis e Santa Cruz, a competência nas ações cíveis relacionadas a acidentes de trabalho ainda permanece na Justiça do Trabalho.¹⁴

Nas províncias de Misiones (art. 2º), Córdoba (art. 1º) e Entre Ríos (art. 60) há, inclusive, menção legal expressa quanto a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar essas ações de acidentes de trabalho.

No Brasil, com a recente alteração legal do artigo 114 da Constituição Federal, já mencionada no presente artigo, as ações indenizatórias por acidentes de trabalho passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho e não mais da esfera cível como anteriormente.

Na maioria das províncias argentinas¹⁵, também consta expressamente nas respectivas legislações laborais a competência da Justiça do Trabalho nas ações declaratórias, ou seja, aquelas que persigam apenas a declaração de um direito de cunho trabalhista, quando o estado de incerteza sobre a existência, alcance ou modalidade de uma relação jurídica cause ou puder causar um prejuízo a quem tiver um interesse legítimo em determiná-lo.

No Brasil, embora não haja previsão expressa nesse sentido, tacitamente, se se tratar de um direito de cunho trabalhista a ser declarado em juízo, não há dúvidas quanto à competência da Justiça do Trabalho para tanto.

Compete também à Justiça do Trabalho argentina, havendo previsão expressa em quase todas as legislações laborais provinciais, apreciar e julgar causas de intervenção de terceiros nas causas de competência do foro e ações de consignação em pagamento.

Assim como no Brasil, a Justiça do Trabalho argentina também possui competência para executar suas próprias decisões.

As ações de associações sindicais para cobrança de contribuições e outros benefícios fundados nas convenções coletivas de trabalho também são de competência da Justiça do Trabalho na Argentina, assim como no Brasil.

Da mesma forma, as ações relativas à denegação de filiação ou expulsão de entidade sindical, em grau de apelação das decisões dos sindicatos, também são de competência da Justiça do Trabalho em ambos os países ora comparados.

É conferida também à Justiça do Trabalho argentina e brasileira a competência material para julgar, em grau de apelação, ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e previdência social, esgotada a instância administrativa.

Na Argentina, em algumas províncias como, por exemplo, a de Rio Negro (art. 6º), há previsão expressa na lei laboral quanto à competência da Justiça do Trabalho para executar laudos arbitrais, enquanto no Brasil a decisão do juízo arbitral não tem natureza de título executivo judicial.

No que toca aos empregados domésticos, há uma diferença entre as legislações laborais brasileira e argentina. Diferente de como ocorre no Brasil, o trabalhador doméstico está fora da competência dos Tribunais Trabalhistas da Argentina, com exceção das províncias de Salta e Santiago del Estero, cujas Justíças admitem a instrução e julgamento dessas causas. Em Buenos Aires, embora não haja disposição legal expressa, a doutrina e a jurisprudência também são no sentido de ser mesmo da Justiça do Trabalho a competência para julgar esses tipos de litígios.¹⁶

Para as demais províncias, o Decreto-lei nº 7.979/56 estabeleceu o Conselho de Trabalho Doméstico, que é competente para dirimir os conflitos individuais que nasçam desse tipo de relação de trabalho. As resoluções adotadas por este Conselho podem ir em recurso à primeira instância da Justiça Nacional do Trabalho.¹⁷

No Brasil, o trabalhador doméstico não está amparado pela CLT, mas sim por uma lei específica, a de nº 5859/72 e Decretos nº 71.855/73 e 3.361/00, sendo que a competência para dirimir demandar dessa natureza é da Justiça do Trabalho, embora não haja disposição expressa nesse sentido no artigo 114 da Constituição Federal.

No tocante aos funcionários públicos, sempre se reconheceu na Argentina que todos os agentes do Estado estão inseridos dentro da órbita própria e exclusiva do direito administrativo e do foro contencioso-administrativo, motivado pela existência entre as partes de uma relação de “emprego público”. No Brasil, ainda que instituído o Regime Jurídico Único, não se pode equiparar a relação de funcionalismo público com a relação de trabalho propriamente dita e, por pertencerem a âmbitos totalmente diferentes, a primeira não pode ser atribuída à competência da Justiça do Trabalho.¹⁸

⁽¹⁴⁾ Ibid., id.

⁽¹⁵⁾ Capital Federal, Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Salta, San Juan, Santa Fé e outras.

⁽¹⁶⁾ MOLTENI. Maria Cristina. Op. Cit., p. 65.

⁽¹⁷⁾ Ibid., id.

⁽¹⁸⁾ Ibid., id.

No que tange às demandas de cunho penal inerentes a uma relação de trabalho ou a um contrato de trabalho, entre empregados e empregadores, tanto no Brasil, como na Argentina, não há qualquer dispositivo legal expresso quanto à competência da Justiça do Trabalho, mas devido a recente ampliação da competência material da Justiça Laboral brasileira, questões a esse respeito começam a ser debatidas em nossa doutrina.

Nesse enfoque, há uma particularidade na legislação trabalhista argentina da Cidade Autônoma de Buenos Aires que vale a pena destacar. O artigo 22 da legislação laboral dessa cidade prevê a competência dos juízes de primeira instância para converter em penas restritivas de liberdade as sanções impostas por autoridade administrativa por infrações a normas legais e regulamentares do Direito do Trabalho.¹⁹

Como vem acontecendo no Brasil, a legislação trabalhista da Argentina tem evoluído e ampliado sua competência material para alcançar, atualmente, não apenas questões relacionadas a um contrato de trabalho, mas também aquelas relacionadas a outros ramos do direito tais como, direito coletivo, administrativo, civil e penal, mas que, necessariamente, tratem de conflitos da esfera jus laboral.

3.3. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

As regras trabalhistas brasileiras quanto à competência territorial são disciplinadas pelo artigo 651 da CLT, o qual estabelece, como regra geral, que a ação deverá ser proposta no último local da prestação de serviços do empregado, ainda que o obreiro tenha sido contratado em outra localidade ou no estrangeiro. O objetivo da referida norma se baseia na maior facilidade de produção de prova no último lugar em que o trabalhador se ativou, evitando também que este tenha gastos desnecessários para ajuizar a ação.

A mesma regra se aplica nos casos em que a demanda for interposta pelo empregador.

Assim, para efeitos de fixação da competência territorial da Justiça do Trabalho brasileira, pela regra geral, é irrelevante a localidade onde fora celebrado o contrato e o local do domicílio do autor.

No que toca às normas de competência territorial da Justiça Laboral argentina, a regra geral é distinta da do Brasil, estabelecendo que, nos casos em que o autor da

demanda é o trabalhador, é competente o juízo do local do domicílio do demandado ou do local onde foi realizado o trabalho, ou, ainda, do local onde foi celebrado o contrato de trabalho, sempre à livre escolha do empregado.

Há que se ressaltar, ainda, que as províncias de Rio Negro (art. 10), Córdoba (art. 9º) e San Juan (art. 8º) adicionaram às opções da regra geral mais uma alternativa ao trabalhador, facultando a este também o direito de interpor a ação perante o juízo do lugar de seu domicílio.

A Província de La Rioja também estabelece uma norma distinta sobre competência territorial, fixando, à escolha do trabalhador, a interposição da demanda no local de seu domicílio ou do lugar da celebração do contrato ou, ainda, do lugar da realização do trabalho, excluindo a competência do juízo do domicílio do demandado (art. 11).

Na província de San Luis, há previsão legal expressa sobre a competência territorial das demandas a serem interpostas por trabalhadores relacionadas a acidentes de trabalho, fixando como competente o juízo do lugar onde ocorreu o acidente (art. 4º).

Já quanto às demandas interpostas por empregadores, a competência territorial argentina é, em regra, do juízo do local do domicílio do trabalhador, com exceção das províncias de Formosa (art. 4º - juízo do local da realização do trabalho), La Pampa (art. 2º - juízo do local do domicílio do demandado), Rio Negro (art. 10 - juízo do local do domicílio do trabalhador, da realização do trabalho ou da celebração do contrato), Tucuman (art. 8º - juízo do local do domicílio do trabalhador ou da celebração do contrato) e San Juan (art. 8º - juízo do local do domicílio do trabalhador, da realização do trabalho, da celebração do contrato ou do domicílio do demandado).

Em todas as províncias, a competência territorial para interposição de demandas relacionadas a cobranças de contribuições pelas associações profissionais, multas administrativas e outros benefícios é do juízo do lugar do domicílio do demandado e nas ações possessórias relacionadas a relações de trabalho é do juízo do local do imóvel.

Desta forma, pode-se dizer que na Argentina é conferido ao trabalhador um leque de opções para ajuizamento da ação trabalhista, enquanto no Brasil as regras quanto à fixação da competência territorial são bem mais restritas.

Outra diferença que merece destaque é quanto à incompetência do juízo em razão do lugar. No Brasil, ela é considerada de natureza relativa, enquanto na Argentina é

⁽¹⁹⁾ ALLOCATI, Amadeo. Op. Cit., p. 119.

de natureza absoluta, devendo o juiz declarar-se incompetente de ofício e remeter os autos a um juízo competente.

A título exemplificativo, dispõe de forma expressa o artigo 19 da lei nº 18.345/98 da cidade de Buenos Aires: *La competencia de la justicia nacional del trabajo, incluso la territorial, será improrrogable.*

O doutrinador Amadeo Allocati, ao tecer comentários sobre referida norma, afirma que:

La característica relevante de la competencia territorial de la justicia nacional del trabajo está definida en el art. 19 en orden a su improrrogabilidad, a diferencia de lo dispuesto en la ley procesal general, lo que excluye la posibilidad de que las partes puedan, en los conflictos que se susciten entre ellas, acordar el desplazamiento territorial en los litigios que se promuevan a través de una estipulación expresa o, incluso, por asentimiento implícito de su prórroga por la radicación del proceso en contraposición a las reglas que la determinan.²⁰

3.4. CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO

O sistema de contestação e reconvenção no Brasil e na Argentina apresenta-se de forma muito semelhante.

Quanto à forma, no Brasil, a contestação da reclamação trabalhista pode ser realizada oralmente ou por escrito, embora, na prática, esta última seja utilizada em praticamente todos os processos.

Já na Argentina, além da Cidade Autônoma de Buenos Aires (art. 71), a maioria das províncias estabeleceu, como regra geral, a obrigação de defesa escrita. Dentre elas, San Juan (art. 67), Santa Fé (art. 47), Santa Cruz (art. 53), Salta (art. 32), Misiones (art. 62), Mendoza (art. 43), Entre Ríos (art. 64), Corrientes (art. 41), Chaco (art. 88), Córdoba (art. 46), La Pampa (arts. 34 e 29), Neuquén (arts. 20 e 21), Rio Negro (art. 24), Santiago del Estero (art. 101) e Tucuman (art. 55).

Somente algumas províncias fogem a essa obrigação legal formal, facultando ao demandado a apresentação de defesa oral ou escrita. Tais exceções são Jujuy (art. 54), San

Luis (art. 51) e Catamarca (art. 69). No entanto, tal qual ocorre no Brasil, embora haja faculdade de defesa oral, esta não costuma ser usada pelos argentinos.²¹

Quanto ao momento de apresentação da contestação, no Brasil inexistente pré-fixação de prazo legal, sendo que o demandante deverá fazê-lo na ocasião da primeira audiência, sob pena de revelia.

Já na Argentina, os prazos para contestar variam bastante, de acordo com cada legislação provincial. Na maioria delas e, como regra geral, o prazo é de 10 (dez) dias contados da citação da demanda, como é o caso de Santa Fé (art. 44), Salta (art. 35), Misiones (art. 61), Entre Ríos (art. 62), Chubut (art. 52), Neuquén (art. 21), Rio Negro (art. 28), Santiago del Estero (art. 49), além da Cidade Autônoma de Buenos Aires (art. 68).

No entanto, há algumas exceções à regra geral, como no caso das províncias de San Juan (art. 74) e Mendoza (art. 45), em que o prazo para contestar a demanda é de 8 (oito) dias. Nas províncias de Santa Cruz (art. 53), Formosa (art. 35) e Catamarca (art. 68), a contestação deve ser apresentada na primeira audiência, como ocorre aqui no Brasil.

Há que se observar também que tais prazos podem ser ampliados de acordo com a distância do domicílio do demandado, sendo que a legislação também fixa prazos especiais para os acionados que residem fora da província, como por exemplo, Santiago Del Estero - 15 (quinze) dias (art. 49), Tucuman - 20 (vinte) dias (art. 58) e Entre Ríos - 30 (trinta) dias (art. 62).

Como ocorre no Brasil, na ausência de apresentação de defesa escrita, o demandado é considerado revel e há presunção relativa de veracidade dos fatos alegados na inicial.

Ambos os países também não admitem defesa genérica, devendo haver contestação expressa de cada fato alegado pelo autor, e deve vir acompanhada da prova documental que se entenda necessária.²²

No que toca à reconvenção no processo trabalhista, o sistema argentino é igual ao do Brasil, devendo esta ser apresentada na mesma oportunidade da apresentação da contestação, sobre a qual o autor da demanda poderá se manifestar no ato ou dentro de um prazo que varia de 3 (três) a 10 (dez) dias, dependendo da província.²³

⁽²⁰⁾ ALLOCATI, Amadeo. Op. Cit., p. 125.

⁽²¹⁾ MOLTENI, Maria Cristina. Op. Cit., p. 84.

⁽²²⁾ ALLOCATI, Amadeo. Op. Cit., p. 112.

⁽²³⁾ Santa Fé (arts. 47 e 49), Santa Cruz (art. 54), Salta (art. 39), Mendoza (art. 46), Jujuy (art. 54), Entre Ríos (art. 65), Corrientes (arts. 41, 44 e 45), Córdoba (art. 51), Chaco (art. 88), Chubut (art. 52), Formosa (art. 34), La Pampa (art. 35), Neuquén (art. 23), Rio Negro (art. 29), Santiago del Estero (art. 101) e Tucuman (art. 60).

Há, contudo, que se destacar uma particularidade na legislação argentina quanto à impossibilidade de apresentação de reconvenção em causas de acidente de trabalho, conforme se verifica da Lei nº 18.345, art. 137, da Cidade Autônoma de Buenos Aires e legislação laboral das províncias de Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Salta e Santa Fé. Tal proibição também ocorre nas ações por despejo do trabalhador (art. 147 da acima citada lei da Cidade Autônoma e legislação de Corrientes, Formosa e Santa Fé) ou nas que tratam exclusivamente de cobrança de remunerações (Corrientes e Santa Fé).²⁴

3.5. NÚMERO DE TESTEMUNHAS

No que concerne à prova testemunhal, a Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil estipula o número máximo de três testemunhas por cada parte nas demandas de procedimento ordinário,²⁵ e de duas quando se tratar de rito sumaríssimo.²⁶ Número excedente a estes só será possível no procedimento especial para a apuração de falta grave cometida por empregado estável, cuja ocorrência na prática, porém, é bastante rarefeita.

Já na Argentina, constata-se que existe uma preocupação bem mais significativa com a intensidade da produção da prova testemunhal.

Com efeito: as províncias argentinas, em regra, permitem a quantidade de até cinco testemunhas por parte,²⁷ à exceção do Chaco que prevê esse mesmo número, mas por parte e por fato,²⁸ de Catamarca que autoriza a oitiva de até seis testemunhas por litigante²⁹ e de Misiones e Chubut que, a despeito de limitarem os *testigos* a até quatro por parte,³⁰ admitem, como a grande maioria das províncias, o oferecimento de um número maior, justificável, variavelmente, pela natureza da causa, quantidade de

questões de fato ou, ainda, pelo número de autores no processo.

3.6. CONCILIAÇÃO

Assim como ocorre no Brasil, as províncias argentinas, de um modo geral, prevêm a designação de uma audiência em que se buscará o acordo entre as partes e acenam com a possibilidade de conciliação em qualquer estado do juízo.

É o que se extrai, por exemplo, da parte inicial do art. 25 da província de Buenos Aires: *Una vez iniciada la demanda se podrá intentar la conciliación en cualquier estado del procedimiento.*

Especialmente nessa província, como esclarece Estela Milagros Ferreirós, para a autocomposição das partes é preciso que *el tribunal verifique que se 'ha alcanzado una justa composición de los derechos'*; *asimismo que, como en todo acuerdo de partes, esté atento a que se haya respetado el orden público y, como parte de él, el principio de irrenunciabilidad de derechos.*³¹

E explica Alejandro Oscar Babio:

Mientras en el proceso civil reina con toda intensidad (a excepción de aquellos procesos en que se encuentra interesado el orden público, v. gr.: cuestiones de familia, divorcio, filiación, etc.) el principio de la autonomía de la voluntad y su lógica consecuencia, la libre disposición de los derechos ejercitados por las partes, quienes pueden renunciarlos, compensarlos, novarlos, etc., en el proceso laboral ocurre todo lo contrario, careciendo el trabajador de la facultad de disposición de los derechos que le otorgan las leyes o convenios

⁽²⁴⁾ MOLTENI, Maria Cristina, Op. Cit., p. 86.

⁽²⁵⁾ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 821. Cada uma das partes não poderá indicar mais de três testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a seis.

⁽²⁶⁾ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 852-H. (...) § 2º. As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação.

⁽²⁷⁾ Buenos Aires (art. 35), Córdoba (art. 41), Corrientes (art. 78), Entre Ríos (art. 84), Formosa (art. 49), Jujuy (art. 73), La Pampa (art. 45), Mendoza (art. 59), Misiones (art. 88), Neuquén (art. 32), Rio Negro (art. 36), Salta (art. 50), San Juan (art. 87), San Luis (art. 86), Santa Cruz (art. 64), Santa Fé (art. 85) e Santiago del Estero (art. 84) e Cidade Autônoma de Buenos Aires (art. 89).

⁽²⁸⁾ CHACO. Art. 94. Los testigos no podran exceder de cinco por parte y por hecho o hechos a probarse. Debiendo indicarse al exceder dicho numero, los puntos o hechos sobre los cuales versaran sus exposiciones. Si se hubiera propuesto un mayor numero, el juez citara a los cinco primeros y luego de examinados de oficio o a pedido de parte debidamente fundado, podra disponer de la recepcion de otros testimonios si fueren estrictamente necesarios.

⁽²⁹⁾ CATAMARCA. Art. 84. Cada parte podrá ofrecer hasta seis testigos: Si la naturaleza del juicio lo justificare, por resolución fundada, se podrá admitir un número mayor. (...).

⁽³⁰⁾ MISSIONES. Art. 88. Cada parte sólo podrá ofrecer hasta cuatro (4) testigos, salvo que por la naturaleza, de la causa o por el número de cuestiones de hechos sometidos a la decisión del Juez, éste, ante oportuna petición, admitiera por auto fundado un número mayor, que en ningún caso podrá exceder de seis (6) por cada parte. CHUBUT. Art. 30. Podrán ser testigos todas las personas mayores de catorce años. Su número no podrá exceder de cuatro por parte. Si la naturaleza del juicio lo justificare, podrá admitirse un número mayor de testigos.

⁽³¹⁾ FERREIRÓS, Estela Milagros. Procedimiento laboral de la provincia de Buenos Aires – Lei 11.653 Comentada, anotada y concordada. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2003, p. 257.

colectivos de trabajo, en razón de la imperatividad de la norma sustantiva (*jus cogens*), tuitiva de los derechos del trabajador subordinado.

La ley sustantiva (art. 12 Ley 21.297) estatuye la irrenunciabilidad por parte del trabajador de los derechos que le son reconocidos por las normas laborales, sean éstas legales o convencionales (art. 8 Ley 14.250 t. o. Dec. 108/88), siendo nulo y sin valor alguno todo acuerdo que los suprima o reduzca.

(...)

Asimismo, ya en la instancia judicial los arts. 80 y 69 de la Ley 18.345 modif. por Ley 24.635 en el orden nacional y el art. 25 de la Ley 11.653 en la Provincia de Buenos Aires, facultan a los jueces del trabajo a intentar la conciliación en cualquier estado del proceso y a homologar el acuerdo conciliatorio logrado o la transacción a que espontáneamente arribaren las partes, siempre que mediante ella se obtenga una justa composición de los derechos e intereses comprometidos en el litigio (art. 15 Ley 20.744 t. o.).³²

Portanto, carecerá de validez a avenza que desrespetar os direitos não negociáveis conferidos ao trabalhador, como se denota do seguinte julgado:

Trabajador. Derechos. Conciliación. Alcance: Debe considerarse nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la legislación laboral, ya sea al tiempo de la celebración del contrato de trabajo, de su ejecución o del ejercicio de los derechos provenientes de su extinción (art. 12, LCT) (SCBA, 4/10/00, “Scafati, Antonio c/ In-De-Co H. Minoli S. A. s/despido”, inédito).³³

Aliás, em Corrientes e Santa Fé, há norma expressa orientando que os acordos devem ser feitos de maneira que não afete os direitos irrenunciáveis estabelecidos pelas leis.

Tal previsão se encontra no art. 49, b, 1 de Corrientes, a seguir transcrito, de semelhante teor ao do art. 51, I, b, 1 de Santa Fé:

Art. 49. Conciliación - El Juez deberá tomar personalmente, bajo sanción de nulidad, la audiencia de trámite. Ella se ajustará al siguiente ordenamiento:

(...)

b) La conciliación podrá proponerse en forma total o parcial, respecto de las acciones deducidas, y estará dirigida hacia los siguientes fines:

1. Lograr el acuerdo de las partes. Si ello se obtuviere, se concretarán las bases de manera que no afecten los derechos irrenunciables establecidos por las leyes; (...).

Merece destaque, também, a impossibilidade de se efetivar uma transação quando a divergência no processo versar somente sobre direitos. Isso é o que prescreve o art. 50 de Córdoba:

Art. 50. En la audiencia de conciliación, el juez intervendrá personalmente, en forma oral y en audiencia privada; procurando el advenimiento de las partes, si éstas están de acuerdo sobre los hechos y la divergencia versa sobre la aplicación del derecho, no podrá existir transacción. (...).

Esclarecem Carlos Alberto Toselli e Alicia Graciela Ulla que este preceito deriva do princípio da irrenunciabilidade, visto que, se a situação fática está ajustada, há então de se conceder ao trabalhador o que lhe seja de direito.³⁴

Já a província de Santa Cruz, em seu art. 48, proíbe a proposição de acordo quando o direito do trabalhador surgir de fatos reconhecidos pelo patrão: (...) *Cuando el derecho del trabajador surja de hechos reconocidos por el empleador, no podrá proponerse a las partes soluciones transaccionales.*

Do mesmo modo direcionava o art. 69, § último, da Cidade Autônoma de Buenos Aires, em sua antiga redação, como informa a doutrina:

El anterior texto del art. 69, párr. último, de la LO preveía que ‘cuando el derecho del trabajador surja de hechos reconocidos por el empleador, no podrá proponerse a las partes soluciones transaccionales’. Esta fórmula ha sido suprimida por la reforma de 1996 sin ninguna justificación, y nos parece criticable la eliminación de tan importante regla procesal que, amén de resultar ajustada al derecho de fondo, como enseguida trataremos de demostrar, poseía un innegable carácter docente.

(...)

Hoy podría afirmarse que, con la derogación de los recaudos que el art. 69 de la LO traía, y a los que aludimos antes, el acuerdo podría avanzar aun sobre los derechos derivados de hechos reconocidos.

⁽³²⁾ BABIO, Alejandro Oscar. Teoría y técnica probatoria en el proceso laboral. La Plata: Librería Editora Platense, 1998, p. 16.

⁽³³⁾ FERREIRÓS, Estela Milagros. Op. Cit., p. 269.

⁽³⁴⁾ TOSELLI, Carlos Alberto y ULLA, Alicia Graciela. Código Procesal de Trabajo. Ley 7987. Comentado y anotado con jurisprudencia. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005, p. 283.

Nos parece errada tal interpretación. Si el derecho del reclamante surge reconocido como consecuencia de los hechos admitidos, el juez no puede homologar, pues estaría convalidando no una transacción sino una lisa y llana renuncia de derechos, algo que las normas materiales prohíben. En efecto, el juego de los arts. 12, 15 y 277 de la LCT quita toda viabilidad a la renuncia, desistimiento o abandono de derechos no dudosos o litigiosos. Como corolario de ello, es claro que el trabajador no puede renunciar en forma expresa, por vía de un desistimiento del derecho, a los salarios devengados que se le reconocen debidos. Menos aún, entonces, podría hacerlo en forma indirecta a través de la conciliación.³⁵

Registre-se que, em San Luis, é vedada a realização de acordos nessa situação, mas ressalva-se a hipótese de existir compromisso de pagamento do valor reclamado:

Art. 64. El juez no permitirá transacciones, cuando el derecho del trabajador surja de hechos reconocidos por el patrón, salvo que sea un compromiso de pago de la cantidad reclamada en un plazo no mayor de sesenta días.

Na cidade de Buenos Aires, na primeira audiência designada para produção da prova oral, *el juez intentará obtener de las partes un acuerdo conciliatorio* (art. 80), porém, a doutrina adverte que o magistrado é obrigado a intentar uma solução conciliatória somente uma vez no processo, porquanto:

(...) insistir por médio de reiterados actos posteriores en el intento de conciliación (art. 80, párr. 4º, LO) solo es justificable si, de acuerdo con las circunstancias del caso, se estima que la gestión reiteratoria no ocasiona demoras en el proceso ni afecta los derechos del trabajador, pues de lo contrario se desnaturalizaría el instituto [Deveali (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. V, p. 53 y siguientes].³⁶

Além disso, é necessário que o conciliador reflita sobre os termos do ajuste, antecedentes e fatos, que *son examinados a la luz del derecho en cuanto a sua procedencia* (v. gr., *hay cuestiones que no pueden ser objeto de transacción y luego tampoco de homologación como el*

acuerdo sobre cosas que están fuera del comercio).³⁷ E a conciliação não pode ser proposta em todos os processos indistintamente:

(...) el artículo 148 de la Ley Orgánica lo excluye en los supuestos de demandas contra la Nación. Hay que recordar que la conciliación laboral en su carácter necesario ha pasado al ámbito administrativo conforme con la ley 24.635, artículos 1º a 32 (vid. Falcón – Trionfetti, “Ley de conciliación...”, cit.), quedando en el ámbito del proceso de modo residual y contingente.³⁸

Em relação à abrangência do acordo homologado, há autores, nesta mesma cidade, que, contrariamente ao entendimento jurisprudencial dominante, repudiam o uso de expressões como *concilia sin reconocer hechos ni derechos* ou *luego de percibir el monto del acuerdo nada más tendrá que reclamar por la relación que los uniera*, preconizando:

En efecto, si en un pleito se discuten determinados conceptos salariales o indemnizatorios, la conciliación y el acto de homologación (y su consiguiente efecto de cosa juzgada) no pueden recaer más que sobre las cuestiones propuestas en la etapa informativa del pleito (demanda y réplica, si la hubo). El principio de congruencia, por añadidura, veda una actuación diferente, al imponer al judicante el límite de lo propuesto por las partes, y que conforman el *thema decidendum* del cual no puede excederse. (...) Opinamos que sólo es correcto usar la frase ‘que nada más tendrá que reclamar por los rubros de autos’, y que lo contrario es permitir renunciaciones y desistimientos ajenos a la causa y *contra legem*.³⁹

Na província homônima, inclusive, em contraposição aos que consideram a conciliação *un complemento útil de la legalidad, ayudando a los particulares no a prescindir del derecho, sino a encontrar, por sí solos, el propio derecho*,⁴⁰ há quem lance severas críticas ao instituto, sustentando: *Somos enemigos de la conciliación, pues la consideramos inicua, ya cuando las partes se someten a ella es por la inseguridad de la justicia o la desconfianza del propio derecho*.⁴¹ E mais:

⁽³⁵⁾ MAZA, Miguel Ángel y PLAISANT, Elio Gustavo. Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Vol. 2, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 91.

⁽³⁶⁾ PIROLO, Miguel Angel. et al. Manual de Derecho Procesal del Trabajo. Ed. Astrea, 2004, p. 206.

⁽³⁷⁾ FALCÓN, Enrique M. y TRIONFETTI, Víctor R. Procedimiento Laboral. Buenos Aires: Ed. Abeledo – Perrot, 1998, p. 238.

⁽³⁸⁾ Ibid., p. 237.

⁽³⁹⁾ MAZA, Miguel Ángel y PLAISANT, Elio Gustavo. Op. Cit., p. 85.

⁽⁴⁰⁾ CALAMANDREI, Piero. Apud. BABIO, Alejandro Oscar. Op. Cit., p. 18.

⁽⁴¹⁾ AYARRAGARAY, Carlos A. Apud. BABIO, Alejandro Oscar. Op. Cit., p. 18.

Mediante ella se trata de administrar justicia y no se repara que ello es frustración del imperio de la legalidad. Nadie que tenga fe en la ley, en sus jueces, concilia cuando le llevan propósitos generosos en su pretensión jurídica. Es ella la frustración de la justicia y medio de frenar los ímpetus nobles del individuo en el ejercicio de sus derechos, que como carga ciudadana le está dada para la mantención de la organización social en que vive y de su personalidad.⁴²

Quanto à possibilidade de realização de acordo nas hipóteses de acidente de trabalho envolvendo o empregado, demonstramos a discrepância das decisões na mesma província:

Conciliación. Homologación administrativa. Accidente de trabajo. Actuación administrativa: Reconocido en sede administrativa el crédito indemnizatorio por accidente de trabajo que con fundamento en el derecho común corresponde al beneficiario, no es contrario a los arts. 13 y 23 de la ley 9688 el acuerdo conciliatorio arribado en esa instancia por la suma dineraria correspondiente en concepto de resarcimiento por daño emergente, lucro cesante y daño moral, debidamente actualizado (SCBA, 13/11/90, causa 44.159, TSS, 1991-311; AS, 1990-IV-195; DJBA, 142-71)⁴³;

Indemnización laboral. Conciliación: El art. 13 de la ley 9688 – que por su carácter de orden público, prevalece sobre cualquier hipotético acuerdo – impide que la indemnización reparatoria de los infortunios laborales sea objeto de cesión, transacción o renuncia alguna, de modo que en ese aspecto, el acuerdo al que arribaran los litigantes en sede administrativa, como así su posterior homologación, carece de toda validez (SCBA, 2/9/97, “García, Romualdo c/ Agrocom S. A. s/ indemnización por enfermedad accidente”, inédito)⁴⁴.

Em Catamarca (art. 65), Chaco (art. 84), Corrientes (art. 49, a), La Pampa (art. 26), La Rioja (art. 8º), Salta (art. 43), San Luis (art. 65) e Santa Fé (art. 51, I, a), interessante registrar que as apreciações feitas pelo juiz na tentativa conciliatória não devem significar prejudgamento da causa.

Para ilustrar, citamos o art. 51, I, a de Santa Fé:

Art. 51. (...) El juez deberá tomar personalmente bajo sanción de nulidad la audiencia de trámite; la que se ajustará al siguiente ordenamiento:

I - Conciliación:

a) El juez intentará conciliar a las partes, no significando prejuzgamiento las apreciaciones que pudiere formular en las tratativas correspondientes; (...).

Em Santa Cruz (art. 48), inclusive, diferentemente do que ocorre no Brasil, a audiência conciliatória pode ser celebrada por um funcionário indicado pelo juiz, o que, sem dúvida, contribui para se evitar o prejudgamento da demanda: *Conciliación. La audiencia se celebrará ante el Juez o el funcionario que él indique. (...).*

E elucida Maria Cristina Molteni:

Geralmente, o empregado começa a audiência perguntando ao reclamado se tem alguma proposta, ou se ambas as partes já realizaram alguma aproximação. Raramente as partes alcançam um acordo espontaneamente. Por isso, o funcionário inquirirá sobre o ânimo conciliatório das partes e, no caso, de obter uma resposta positiva, o ‘audiencista’ instruirá às partes sobre os benefícios e mecanismos do possível acordo. Para poder chegar à autocomposição, a prática judiciária tem demonstrado ser mais efetivo realizar as negociações com as partes separadas. Isto permite tranquilizá-las já que, na maioria das vezes aparecem tensas, confundindo a contrária com o seu inimigo. Desta maneira, ficam mais descontraindas, podendo ser aconselhadas por seus advogados sem que a contrária escute. Outra vantagem é a introdução da habilidade do funcionário na direção de ofertas, levando e transmitindo propostas e contrapropostas.⁴⁵

A propósito, na Cidade Autônoma de Buenos Aires, há até uma técnica conciliatória bastante eficaz:

*(...) es la de la ‘doble instancia’, que consiste en requerir la intervención de otro funcionario cuando se está agotando la vía de acuerdo, pues su participación podrá ayudar a superar los obstáculos que impedían el convenio.*⁴⁶

Igualmente digna de nota é a disposição contida em diversas províncias, a saber, Córdoba (art. 50), Entre Rios

⁽⁴²⁾ Ibid., id.

⁽⁴³⁾ FERREIRÓS, Estela Milagros. Op. Cit., p. 262.

⁽⁴⁴⁾ Ibid., p. 267.

⁽⁴⁵⁾ MOLTENI, Maria Cristina. Op. Cit., p. 82.

⁽⁴⁶⁾ MAZA, Miguel Ángel y PLAISANT, Elio Gustavo. Op. Cit., p. 76.

(art. 70), Salta (art. 43), Tucuman (art. 76) e Santiago del Estero (art. 66), no sentido de que, caso não haja conciliação, fica proibido o registro em ata do que foi dito em audiência e as partes não poderão ser interrogadas sobre o que nela ocorreu.

Como os dispositivos acima seguem a mesma linha, reproduzimos como referência o art. 50 da Província de Córdoba:

Art. 50. (...) Si no se produjere el advenimiento delas partes, se hará constar en esta circunstancia sin expresión delo que se dijo en la audiencia, no pudiendo ser posteriormente interrogados los intervinientes acerca de lo ocurrido en ella.

Por fim, não se pode deixar de destacar que, na província de Buenos Aires, não apenas os ajustes homologados judicialmente, mas também os cancelados por autoridade administrativa têm valor de coisa julgada. É o que se infere da ementa abaixo:

Actuación administrativa. Cosa juzgada. Conciliación. Homologación administrativa: El acuerdo conciliatorio suscripto en sede administrativa, en tanto haya sido objeto de homologación por la autoridad competente, debe asimilarse en sus efectos al de una sentencia judicial

firme que adquirió el valor de cosa juzgada (SCBA, 14/12/84, causa 33.685, AS, 1984-II-534; *id.*, 14/12/84, causa 33.686, LT, 1985-XX-XIII-A-385; *id.*, 20/04/99, causa 67.118, TSS, 2000-335).⁴⁷

3.7. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa quanto à figura da litigância de má-fé. Diante disso, admite-se a integral utilização supletória do Código de Processo Civil, máxime dos ditames contidos em seus artigos 14, 17/18 e 600/601, que prevêm a imposição de sanções pecuniárias para os contendores desleais.⁴⁸

Já na Argentina, pode se constatar que a conduta maliciosa ou temerária e sua sanção correspondente vem consignada, de maneira expressa, em algumas províncias, tais como: Entre Ríos (art. 34), Chaco (art. 24), San Juan (art. 21), Salta (art. 30), que, com exceção dessa última, estipulam que a multa poderá ser aplicada a parte vencida ou ao seu advogado, separados ou conjuntamente, e compreenderá o montante de 5% a 20% sobre o valor do juízo, se determinado, e será revertido à parte contrária. Se indeterminado o valor, cada província referida mantém suas peculiaridades na fixação da multa processual.⁴⁹

⁽⁴⁷⁾ FERREIRÓS, Estela Milagros. Op. Cit., p. 260.

⁽⁴⁸⁾ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Artigo 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Artigo 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Artigo 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I - fraude a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Artigo 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

⁽⁴⁹⁾ A título exemplificativo, citamos o artigo 24 da Província do Chaco: "Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien lo perdiere total o parcialmente, el juez podra imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o a ambos conjuntamente, segun las circunstancias del caso. Su importe se fijara entre el cinco y veinte por ciento del valor del juicio o entre mil y diez mil pesos si no hubiere monto determinado y sera a favor de la otra parte."

No tocante à província de Salta, a multa será no valor de duas vezes e meia o que cobrarem os bancos oficiais para operações correntes de descontos de documentos comerciais, aspecto que será graduado pelo juiz, conforme a conduta da parte e, no caso de acidente do trabalho, se o trabalhador abusar de sua necessidade ou inexperiência tornando a demanda cada vez mais dilatória, ser-lhe-á aplicada uma multa de 50% sobre o salário mínimo.

Outrossim, ilustrativamente, as províncias de San Luis (art. 20), Corrientes (art. 13), Jujuy (art. 14) e Tucuman (art. 10) dispõem, de maneira geral, que os juízes e tribunais deverão tomar as medidas necessárias estabelecidas em lei para prevenir ou sancionar qualquer ato contrário à dignidade da justiça, à lealdade e à probidade no processo.⁵⁰

Para Amadeo Allocati, com apoio nas lições de Morello:

(...) la temeridad se configura cuando el actor o el demandado saben a ciencia cierta que no tienen razón valedera, que no están asistidos de razón y no obstante, abusando de la jurisdicción componen como *improbis litigator* un proceso del que se ha de generar un daño a la otra parte.

La malicia se perfila en la actuación (u omisión) durante el desarrollo del trámite, es decir, cuando cualquiera de las partes obstaculiza, retarda, provoca articulaciones manifiestamente improcedentes, mañosas con el solo propósito de dilatar la tramitación del proceso.⁵¹

Nessa mesma esteira, é que se afigura a ementa de jurisprudência da Província de San Juan, abaixo citada:

TEMERIDAD: CONCEPTO-MALICIA: CONCEPTO; ALCANCE. La temeridad surge al litigar sin razón valedera y con conciencia de la propia sinrazón, y la malicia consiste en utilizar el proceso en contra de sus fines, obstaculizando su curso, actuando el justiciable de mala fe con el objeto de obtener una sentencia que no es la que corresponde, demorando su pronunciamiento o, ya dictada, obstaculizando su cumplimiento. (CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO- SAN JUAN, SAN JUAN Sala 01 (Castellano, Augusto-Castro. José Dionisio-Benitez, Delfor Edgardo) SENTENCIA 3618 del 22 DE MAYO DE 1998).⁵²

Compreendem-se, nas disposições sobre declaração de *temeridad e malicia*, os propósitos dilatórios e tendentes a criar obstáculos nas ações que envolvem acidentes de trabalho, conforme observamos na segunda parte do artigo 30 da Província de Salta:

(...) Se considerarán especialmente comprendidos en esta disposición los casos en que se evidenciaren propósitos obstruccionistas o dilatorios en reclamos por accidente de trabajo, atendiendo a las exigencias más o menos perentorias provenientes del estado de la víctima, la omisión de los auxilios indispensables en tales casos, o cuando sin fundamento y teniendo conciencia de la propia sinrazón, se cuestionase la existencia de la relación laboral, se hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador, abusando de su necesidad o inexperiencia, o se opusiesen defensas manifiestamente incompatibles o contradictorias de hecho o derecho. Si la conducta maliciosa fuere del trabajador, se le impondrá una multa no mayor del cincuenta por ciento de una mensualidad de salario mínimo vital, importe que se fijará de acuerdo a las circunstancias del caso, y será a favor de la otra parte.

Entretanto, pode-se afirmar que as sanções decorrentes de atos de litigância de má-fé somente serão cabíveis em casos extremos e quando a atuação da parte for maliciosa, o que deverá ficar perfeitamente configurado de acordo com o ânimo doloso ou culposos da parte.

Desta maneira, o juiz deverá atuar de forma ponderada na aplicação da multa por *temeridad e malicia*, eis que se trata de sanção que poderá afetar o princípio constitucional da defesa.

Assim, tal sanção será levada a cabo quando os contadores desleais litigarem com:

(...) plena conciencia de la sinrazón, conociendo por anticipado que la pretensión que se plantea al tribunal carece de todo andamio; mientras que la malicia implica en litigar con ocultamiento, provocando articulaciones manifiestamente improcedentes, mañosas, con el solo propósito de dilatar la tramitación del proceso o su decisión, y que para declarar una conducta como temeraria y maliciosa debe procederse con cautela y

⁽⁵⁰⁾ Para melhor elucidar o dispositivo atinente a boa ordem e probidade processual, transcrevemos, de modo ilustrativo, o artigo 14º da Província de Jujuy: "De oficio o a petición de parte, el Tribunal debe tomar todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, así como las faltas a la lealtad y probidad en el debate."

⁽⁵¹⁾ MORELLO, Augusto M. Apud. ALLOCATI, Amadeo et. al. Op. Cit., p. 87.

⁽⁵²⁾ Disponível em <http://www.jussanjuan.gov.ar/cpl.doc>.

prudencia para no menoscabar la garantía de defensa en juicio.⁵³

Por tudo, insta consignar que os incidentes processuais não devem possuir propósitos dilatórios, nem desnaturar o processo principal, já que as características peculiares do procedimento laboral tendem a assegurar a celeridade e economia processual, de modo que não se desvirtue do direito substancial em jogo, de caráter alimentar e tuitivo, onde se conclui que qualquer incidente que possua uma conduta de natureza contrária aos ditames processuais trabalhistas será punido com multas aplicadas à parte vencida ou ao seu advogado, em conjunto ou separadamente.

3.8. JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA

Diversamente do ordenamento jurídico processual argentino, no Brasil não há previsão expressa de possibilidade de julgamento *ultra* ou *extra petita*. Excepcionalmente, a doutrina e a jurisprudência citam, de modo bastante tímido, apenas uma hipótese de decisão judicial *ultra petita*, onde o julgador poderá conceder mais do que foi pleiteado (a do art. 467 da CLT, onde o empregador fica obrigado a pagar a parte incontroversa das verbas rescisórias em audiência, sob pena de pagá-las acrescidas de 50%) e outra hipótese de concessão de coisa diversa daquela que foi pedida, isto é, de decisão *extra petita* (a do art. 496 da CLT, onde, no caso de existência de incompatibilidade resultante do dissídio que desaconselhe a reintegração do trabalhador, o juiz poderá converter essa obrigação de fazer em indenização dobrada).

Os julgamentos *ultra* e *extra petita* correspondem, de certo modo, a uma forma de ampliação na atuação do juiz no julgamento do dissídio laboral, ou seja, o efeito contrário da descomedida limitação do dever postulatório dos litigantes à indicação de fatos controvertidos que possibilitem a efetiva prestação jurisdicional.⁵⁴

Nesse contexto, e de maneira paradoxal, as províncias argentinas autorizam a sentença *ultra petita*, desde que se trate de questões que tenham sido matéria do litígio, devendo-se ajustar às disposições legais em vigor.⁵⁵ Com exceção de Jujuy, La Pampa e San Luis, todas as demais

províncias contém expressa disposição nesse sentido, a saber: La Rioja (art. 377 do CPC provincial), Tucuman (art. 47), Santiago del Estero (art. 119), Santa Fé (art. 98), San Juan (art. 124), Misiones (art. 37), Mendoza (art. 77), Corrientes (art. 85), Santa Cruz (art. 40), Salta (art. 55), Entre Ríos (art. 102), Córdoba (art. 63), Neuquén (art. 40), Buenos Aires (art. 46), Catamarca (art. 49), Chaco (art. 128) e Chubut (art. 71).), além da Cidade Autônoma de Buenos Aires (art. 56).

No entanto, a faculdade de utilizar de decisões *ultra petita*, não inclui a de adotar *extra petita*, como podemos observar das lições de Amadeo Allocati: *Aclaremos que al magistrado le está vedado condenar extra petita (fuera de lo pedido) por rubros no reclamados*.⁵⁶

Quando o juiz do trabalho se pronuncia *extra petita* ele se *aparta de la ley de traba de litis*⁵⁷ ao sentenciar, concedendo ou negando algo não solicitado pelas partes e que, portanto, não integrou a relação jurídico-processual.

Conde de La Cañada, citado por Babio, ao comentar o princípio da congruência, de ordem processual civil, porém, aplicável de maneira supletiva ao processo laboral, diz:

(...) la conformidad de la sentencia ha de corresponder á las acciones, á las cosas y á las personas que forman el juicio; y en cualquiera parte de las tres que falte la conformidad, llevará el vicio de nula, y no producirá efecto alguno ni merecerá el nombre de sentencia.⁵⁸

No que se refere à concessão de uma quantidade superior ao pleito, o legislador se afasta, de forma expressa, do princípio da congruência tradicionalmente sustentado pelo código processual civil, autorizando o juiz do trabalho a sentenciar *ultra petita*. A justificativa está na natureza do direito substantivo laboral que é composto por normas cogentes, rigidamente categóricas, sendo vedado ao trabalhador exercer livre disponibilidade dos direitos a ele conferidos.

Já quando da concessão de uma coisa distinta da reclamada, estaremos diante do vício de qualidade, ou seja, da sentença *extra petita* que tem sua utilização vedada tanto

⁽⁵³⁾ ALLOCATI, Amadeo et. al. Op. Cit., A citação trata-se de trechos extraídos de ementas dos acórdãos provenientes de: CNCiv, Sala E, 20/3/75, JA, 27-1975-74; CNCom, Sala B, 30/10/74, JA, 25-1975-27; CNCiv, Sala E, 20/3/75, JA, 27-1975-74; CNAT, Sala IV, 18/11/76, id., 21/11/80; CNAT, Sala IV, 13/5/74, JA, 23-1974-297; id., Sala V, 15/2/75, citados por Perugini, Procedimiento laboral, p. 91.

⁽⁵⁴⁾ PINTO, José Augusto Rodrigues. Processo Trabalhista de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 61.

⁽⁵⁵⁾ A possibilidade de decidir o julgador *ultra petita* faz parte da tradição do ordenamento processual laboral argentino, como se extrai da obra de Eduardo Stafforini (Derecho Procesal Social, p. 599). Segundo ainda esclarece este mesmo autor, o direito argentino teria neste particular se inspirado no ordenamento boliviano.

⁽⁵⁶⁾ ALLOCATI, Amadeo et. al. Op. Cit., Vol. 2, p. 24.

⁽⁵⁷⁾ BABIO, Alejandro Oscar. Op. Cit., p. 15.

⁽⁵⁸⁾ LA CAÑADA, Conde de. Apud. BABIO, Alejandro Oscar. Op. Cit., p. 11.

no Brasil como nas províncias argentinas, pois, no dizer de Alejandro Oscar Babio, entre:

La sentencia y las pretensiones deducidas en el juicio debe mediar ‘armonía cualitativa’, la que no existe cuando se otorga un derecho diferente al pedido, aunque verse sobre lo mismo bien; o cuando se otorga lo pedido, pero por una causa distinta de la invocada al demandar.⁵⁹

Destarte, a sentença *extra petita*, diferentemente da *ultra petita*, viola o princípio da congruência em juízo encontrando-se viciada por excesso de qualidade, ou seja, a decisão se apresenta qualitativamente diferente do pleito inicial ou da defesa, o que a torna impugnável por via recursal.

3.9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Segundo a legislação vigente no Brasil, os honorários advocatícios, na esfera laboral, apenas serão cabíveis quando o trabalhador estiver assistido por sindicato da categoria profissional a que pertença, e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, e serão arbitrados em valor nunca superior a 15% (Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho).

Na Argentina, a situação é substancialmente diversa: quase todas as legislações processuais trabalhistas provinciais contêm alguma previsão acerca da fixação e do pagamento de honorários advocatícios.

Assim é que, por exemplo, consta na província de Catamarca:

Art. 30. Salvo el supuesto del art. 17 de la L 24028, al regular los honorarios a los letrados, apoderados, peritos, expertos y demás auxiliares de la justicia,

los jueces deberán tener en cuenta las disposiciones de la Ley de Aranceles, en los casos cuya aplicación corresponda, el valor del litigio, el mérito y la importancia de los trabajos efectuados y las características del procedimiento laboral.

Já os ordenamentos jurídicos das províncias de San Luis (arts. 34 e 105)⁶⁰ e Jujuy (arts. 28 e 29)⁶¹, prevêem a proibição dos profissionais em realizar pactos ou contratos sobre honorários, gastos, retribuição ou qualquer outra estipulação similar que possa afetar de alguma maneira os haveres, indenizações ou benefícios que correspondam ao trabalhador e, ainda, que caso o profissional venha a infringir estes dispositivos será passível de uma multa igual à soma que haja pactuado, devendo ser suspenso do exercício da profissão por um prazo não inferior a dois meses e nem maior que um ano.

Na província de Buenos Aires, só para elucidar, é possível fazer pacto de *cuota litis*, *antiguamente prohibido por la legislación y repudiado por la doctrina, finalmente se transformo en una forma bastante común de estipulación de honorarios entre el profesional y su cliente*,⁶² onde, em virtude desse convênio, a parte reconhece ao profissional que lhe dará assistência, uma participação da soma que, eventualmente, obterá com o resultado da sentença definitiva. No entanto, os advogados e procuradores ficarão sujeitos às seguintes regras:

Se redactarán en doble ejemplar, antes o después de iniciado el juicio. No podrán exceder de la tercera parte del resultado líquido del juicio, cualquiera fuese el número de pactos celebrados. El profesional podrá tomar a su cargo los gastos correspondientes a la defensa del cliente y la obligación de responder por las costas causídicas del adversario, en cuyo caso el pacto podrá extenderse hasta la mitad del resultado líquido del juicio. Los honorarios que se declaren a cargo de la parte contraria corresponderán

⁽⁵⁹⁾ BABIO, Alejandro Oscar. Op. Cit., p. 15.

⁽⁶⁰⁾ SAN LUIS. Código Processual do Trabalho. Artigo 34. Queda prohibido a los profesionales realizar pactos o convenios que en concepto o so capa de honorarios, gastos, retribución o cualquiera otra estipulación similar, puedan afectar de alguna manera los haberes, indemnizaciones o beneficios que correspondan al trabajador o a sus derechohabientes, cesionarios, subrogantes, etc. El profesional que infringiera esta disposición se hará pasible de una multa igual a la suma que haya convenido o pactado, debiendo además ser suspendido en el ejercicio de su profesión, por un plazo no inferior a dos meses ni mayor de un año (Código de Procedimiento del Trabajo de San Juan: art. 26).

Artigo 105. Toda sentencia definitiva o interlocutoria, debe efectuar las regulaciones de honorarios de los profesionales intervinientes y del defensor oficial, en su caso, conforme a las normas del correspondiente arancel. Los honorarios pertenecen a quienes han sido regulados (Código de Procedimiento del Trabajo de Jujuy: art. 96; idem de Catamarca: art. 90; idem de San Juan: art. 96).

⁽⁶¹⁾ O artigo 28 do Código Processual do Trabalho da Província de Jujuy aduz que: “PROHIBICION DE PACTOS O CONVENIOS.- Queda prohibido a los profesionales realizar pactos o convenios que en concepto o so capa de honorarios, gastos, retribución o cualquier otra estipulación similar, pueda afectar de alguna manera los haberes, indemnizaciones o beneficios que correspondan al trabajador o sus derechohabientes. El profesional que infringiere esta disposición se hará pasible de una multa igual a la suma que haya convenido o pactado, debiendo además ser suspendido en el ejercicio de su profesión por un plazo no inferior a dos meses ni mayor de un año.”

⁽⁶²⁾ SAA, Guillermo Horacio López et. al. Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Vol. 1, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 255.

exclusivamente a los profesionales. El pacto podrá ser presentado por el profesional o por el cliente en el juicio a que el mismo se refiere, en cualquier momento. No podrán ser objeto de pactos de cuota litis los casos de trámites y procesos previsionales y aquéllos que versen sobre derechos de sustancia alimenticia.⁶³

Quanto ao percentual aplicado para o pagamento dos honorários advocatícios, cada província mantém sua peculiaridade, como podemos observar em Tucuman (art. 50), onde, no caso de improcedência, desistência, procedência com soma inferior a 50% do pedido, os honorários serão arbitrados entre 30% e 60%; em Córdoba (art. 127), o percentual dos honorários tendentes a remunerar o trabalho efetuado pelo advogado será de 20% a 30% do valor constante na sentença; em Santa Cruz (art. 22), o limite é de até 20% sobre o valor do litígio e, por fim, na província de Rio Negro (art. 23), os honorários não poderão exceder a 25% do montante da sentença, laudo ou transação que põe fim ao litígio.

Ilustrativamente, na Cidade Autônoma de Buenos Aires, a lei de procedimento laboral faz menção ao percentual de 20% no máximo de honorários entre *letrados* y *apoderados* da parte vencedora, como podemos conferir no artigo 38 da lei 18.345/98:

Art. 38. Honorarios. Al regular honorarios de los letrados, apoderados, expertos y demás auxiliares de la justicia, los jueces deberán tener en cuenta el valor del litigio, el mérito y la importancia de los trabajos efectuados y las características del procedimiento laboral. Excepcionalmente y por resolución fundada, estarán facultados para fijar, en relación con todo ello, sumas inferiores a las que resultaren de la aplicación de los respectivos aranceles profesionales. Las regulaciones de honorarios de los letrados y apoderados de la parte vencedora no podrán superar, en conjunto, el VEINTE POR CIENTO (20%) del valor del litigio.

Entretanto, as leis reguladoras de honorários das províncias, por vezes, fixam o percentual mínimo e máximo para o pagamento que a parte deverá efetuar por estar assistida por um profissional.

Guillermo Saá, no concernente a esta questão traz um posicionamento bastante equânime, senão vejamos:

(...) la validez constitucional de la regulación de honorarios no depende exclusivamente de la

aplicación lisa y llana de las alícuotas mínimas previstas en la ley, ni del monto del pleito o del interés de los litigantes a quienes incumbe su pago, sino que también concierne a la justicia y razonabilidad de la regulación el examen de extremos como el tiempo de la labor desarrollada, su jerarquía intrínseca o complejidad o responsabilidad profesional comprometida, que constituyen una guía permanente para lograr una retribución justa y razonable.⁶⁴

Nesse mesmo sentido é a redação do artigo 13 da lei de honorários profissionais nº 24.432/95:

Art. 13. Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder. En tales casos, la resolución que así lo determine deber indicar, bajo sanción de nulidad, el fundamento explícito y circunstanciado de las razones que justificaren la decisión. Déjanse sin efecto todas las normas arancelarias que rijan la actividad de los profesionales o expertos que actúen como auxiliares de la justicia, por labores desarrolladas en procesos judiciales o arbitrales, en cuanto se opongan a lo dispuesto en el párrafo anterior.⁶⁵

Em conclusão ao tópico, não podemos olvidar o disposto no artigo 38 da capital federal, outrora citado, orientando que se, excepcionalmente, o juiz entender pela fixação de percentuais relativos aos honorários advocatícios menores ao que a lei especifica estipula, essa decisão deverá ser fundamentada.

3.10. APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe, em seu art. 769, que, nos casos omissos, o direito

⁽⁶³⁾ BUENOS AIRES. Decreto-Ley 8904/77. Artículo 4°. Disponível em: <http://www.portaldeabogados.com.ar/codigos/leyaranceles.htm>.

⁽⁶⁴⁾ SAÁ, Guillermo Horacio López et. al. Op. Cit., p. 250.

⁽⁶⁵⁾ SANTIAGO DEL ESTERO. Ley 24.432/95. Disponível em: <http://www.jussantiago.gov.ar/Textos/ley24432/>.

processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que com este se revelar incompatível.

Na Argentina, a utilização supletiva, na esfera procedimental laboral, das normas constantes dos ordenamentos processuais civis, também é expressamente admitida pelas diversas legislações provinciais.

Em algumas províncias, a disciplina concernente à aplicação supletiva do direito processual civil é a mesma existente no Brasil: cogita-se, para este efeito, somente da necessidade de ocorrência de compatibilidade com a legislação processual laboral, sem explicitar-se um maior detalhamento sobre o tema. Tal é o caso das províncias de Buenos Aires (art. 63), Catamarca (art. 140), Córdoba (art. 114), Chubut (art. 76), Corrientes (art. 109), Misiones (art. 149), La Pampa (art. 84), Rio Negro (art. 54) e Formosa (art. 89).

Já nas Províncias de Entre Ríos (art. 141), Santa Fé (art. 128), Tucuman (art. 14) e Mendoza (art. 108), admite-se a aplicação supletiva do Código de Processo Civil e Comercial, assinalando-se, todavia, que, em caso de dúvida acerca de qual procedimento adotar, deve se preferir aquele que importe menor dilação. Este é o teor dos artigos de Entre Ríos e Tucuman, respectivamente:

Art. 141. Las remisiones expresas al Código Processual Civil y Comercial anunciadas en este Código, son taxativas e implican la exclusión de aquellas otras no mencionadas. La aplicación supletoria de otras normas del procedimiento civil procederá restrictivamente, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de este Código. En caso de duda, deberá estar-se a los principios generales del proceso y a los especiales del fuero laboral, debiéndose aplicar aquel que importe mayor celeridad y economía procesal.

Art. 14 (Tucuman) En el proceso laboral son de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el Código Procesal en lo Civil y Comercial, en los supuestos no regidos por este Código y siempre que fueren compatibles con el mismo. En caso de duda deberá estarse al trámite que importe mayor economía procesal.

A província do Chaco, por sua vez, faz especial referência a *las normas correspondientes a los juicios sumarios* (art. 147).

Já na província de San Luis (art. 145), assinala-se que os juízes:

(...) al aplicar las disposiciones supletorias lo harán teniendo presente las características del proceso

laboral y de manera que consulten los fines de justicia social perseguido por el derecho del trabajo procurando que la situación económica de los trabajadores no pueda originar una inferioridad jurídica.

Ademais, alguns diplomas identificam expressamente os números dos artigos do Código de Processo Civil e Comercial passíveis de incidência no âmbito laboral. Tal é o caso das províncias de La Rioja (art. 15), Salta (art. 90) e Santa Cruz (art. 121). O mesmo se passa na cidade autônoma de Buenos Aires (art. 155).

Ou seja, pode-se afirmar que existe, no processo trabalhista argentino, um maior cuidado no tocante à intromissão de normas procedimentais civis no seio do rito laboral, justamente para se evitar o eventual desvirtuamento deste.

CONCLUSÃO

1) Na Argentina, a competência material é regulada pelas respectivas legislações trabalhistas das províncias, sendo que cada uma delas estabelece de forma expressa seu rol. Pode-se dizer que as referidas legislações, nesse ponto, se assemelham bastante, porém, algumas são mais específicas e detalhadas, enquanto outras são mais genéricas.

De modo geral, em todas elas há previsão expressa quanto à competência da Justiça do Trabalho para julgar as causas contenciosas de empregados e empregadores, fundadas em normas de direito do trabalho, convenções coletivas, acordos coletivos e causas relacionadas a disposições dos contratos de trabalho, ainda que fundadas em normas de direito comum.

Como vem acontecendo no Brasil, a legislação trabalhista da Argentina tem evoluído e ampliado sua competência material para alcançar, atualmente, não apenas questões relacionadas a um contrato de trabalho, mas também aquelas relacionadas a outros ramos do direito tais como, direito coletivo, administrativo, civil e penal, mas que, necessariamente, tratem de conflitos da esfera jus laboral.

2) As regras sobre competência territorial são diferentes no Brasil e na Argentina, sendo certo que, no primeiro, a ação trabalhista deve ser proposta, em regra, no local onde houve a prestação do serviço, sendo irrelevante a localidade da celebração do contrato de trabalho e o local do domicílio do autor. Já no direito laboral argentino, será competente para apreciar uma demanda trabalhista o juízo do local da celebração do contrato ou do domicílio ou, ainda, de onde se realizou o trabalho, sempre à livre escolha do autor.

Nas demandas interpostas por empregadores, na Argentina será competente, em regra, o juízo do domicílio do trabalhador, enquanto no Brasil é aplicada a mesma norma geral acima citada, ou seja, aquela que atribui a competência ao juízo do local da prestação de serviços.

Relevante ressaltar, também, outra diferença interessante, qual seja, na Argentina a competência territorial é absoluta, enquanto no Brasil é relativa.

Por fim, no que toca às regras sobre competência territorial, pode-se dizer que na Argentina é conferido ao trabalhador um leque de opções para ajuizamento da ação trabalhista, já no Brasil as regras quanto à fixação da competência territorial são bem mais restritas.

3) O sistema de contestação e reconvenção no Brasil e na Argentina apresenta-se de forma muito semelhante. Em ambos os países a defesa não pode ser genérica e a falta dela implica revelia do demandado.

Quanto à forma, no Brasil, a contestação da reclamação trabalhista pode ser realizada oralmente ou por escrito. Já na Argentina, a maioria das províncias estabeleceu, como regra geral, a obrigação de defesa escrita.

Uma diferença que merece destaque diz respeito ao momento da apresentação da contestação. No Brasil, deve ser apresentada na primeira audiência e, na Argentina, a maioria das províncias estabeleceu um prazo que varia entre oito e dez dias, de acordo com cada legislação provincial, podendo este ser ampliado conforme a distância do domicílio do demandado.

No que toca à reconvenção no processo trabalhista, o sistema argentino é igual ao do Brasil, devendo esta ser apresentada na mesma oportunidade da apresentação da contestação.

4) Em geral, as províncias argentinas permitem a oitiva de até cinco testemunhas por parte e admitem, em sua grande maioria, o oferecimento de um número ainda maior dependendo da natureza da causa, da quantidade de questões de fato ou de autores no processo.

5) Dentre os muitos aspectos interessantes em termos de conciliação nas províncias argentinas, registramos a especial preocupação do legislador em proibir a realização de acordos que versem sobre direitos irrenunciáveis das partes ou decorrentes de fatos reconhecidos pelo padrão.

Igualmente cautelosa a orientação legal no sentido de que as apreciações feitas pelo juiz na tentativa de acordo não devem significar prejulgamento da demanda. Aliás, nos casos em que não há ajuste entre os litigantes, há províncias que vetam a possibilidade de registro em ata do que foi dito em audiência e proíbem o interrogatório das partes a respeito do que nela ocorreu.

6) A legislação processual trabalhista argentina apresenta, de forma expressa, que toda conduta maliciosa ou temerária deverá ser prevenida ou sancionada pelos juízes e tribunais, com a peculiaridade de existir, em algumas províncias, a multa que será aplicada ao contendor desleal e ao seu advogado, juntos ou separadamente, em montante a ser fixado entre 5% e 20% sobre o valor do juízo.

7) A ampliação na atuação do juiz no julgamento do litígio, diga-se, a possibilidade de julgar *ultra petita*, é permissivo legal das províncias argentinas, desde que se trate de questões que foram matéria do litígio. No entanto, a autorização para o julgamento *ultra petita* não abarca o *extra petita*, onde a decisão se apresenta qualitativamente diferente do pleito inicial ou da defesa, o que a torna impugnável por via recursal.

8) Na Argentina, a lei é assente com o pacto de *cuota litis*, com a condição de não prejudicar os haveres, indenizações ou benefícios do trabalhador, sob pena de aplicar ao profissional transgressor, uma multa igual à soma que haja pactuado, devendo ser suspenso o exercício da profissão por um prazo não inferior a dois meses e nem maior que um ano.

Os juízes deverão fixar, no momento da sentença, os honorários advocatícios em percentuais que variam entre 20% e 60% sobre o valor do litígio, dependendo da província, observando o Decreto-Lei 8904/77 (Ley de Aranceles) e empregando o critério de razoabilidade no momento de arbitrá-los, de modo que o tempo de trabalho despendido pelo profissional, a complexidade da causa e a responsabilidade comprometida serão guias permanentes para lograr uma retribuição justa e razoável. Se entender pela fixação de percentuais menores ao que a lei especifica menciona, essa decisão deverá ser fundamentada.

9) Na Argentina, na maioria das províncias, a aplicação supletiva do Direito Processual Civil é a mesma existente no Brasil. Todavia, denota-se uma maior preocupação com a compatibilidade dos preceitos, de modo que o dinamismo do rito laboral não se veja prejudicado pela incidência da regra civil.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Mario E. Organización y procedimiento de la Justicia del Trabajo en la Republica Argentina, in GIGLIO, Wagner D. (Coord.). *Processo do trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 1992.

ALLOCATI, Amadeo et. al. *Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo*. Vol. 1, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

- BABIO, Alejandro Oscar. *Teoría y técnica probatoria en el proceso laboral*. La Plata: Librería Editora Platense, 1998.
- BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil. São Paulo: LTr, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). São Paulo: Saraiva, 2005.
- BUENOS AIRES, Cidade Autônoma de. *Ley 18.345/98*. Disponível em <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/Leyes/ley%2018345.htm>
- BUENOS AIRES, Província de. *Decreto-Ley 8904/77*. Disponível em <http://www.portaldeabogados.com.ar/codigos/leyaranceles.htm>.
- BUENOS AIRES, Província de. *Ley 11.653/95*. Disponível em <http://www.eft.com.ar/index2.htm>
- CATAMARCA. *Ley 4799/94*. Texto enviado pelo Dr. Ramon Alvarez Bangueses.
- CHACO. *Ley 2383/79*. Disponível em http://www.justiciachaco.gov.ar/legislacion_provincial.htm
- CHUBUT. *Ley 69/59*. Texto enviado pelo Dr. Ramon Alvarez Bangueses.
- CÓRDOBA. *Ley 7987/90*. Disponível em <http://www.eft.com.ar/index2.htm>
- CORRIENTES. *Ley 3540/80*. Texto enviado pelo Dr. Ramon Alvarez Bangueses.
- ENTRE RIOS. *Ley 5315/73*. Disponível em <http://www.eft.com.ar/index2.htm>
- ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín. La autonomía del proceso laboral como requisito de celeridad, in *XV Jornadas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Montevideo: FCU, 2004.
- FALCÓN, Enrique M. y TRIONFETTI, Víctor R. *Procedimiento Laboral*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1998.
- FERREIRÓS, Estela Milagros. Procedimiento laboral de la provincia de Buenos Aires – Lei 11.653 Comentada, anotada y concordada. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2003.
- FORMOSA. *Ley 639/86*. Disponível em <http://www.legislaturaformosa.gov.ar/Legislacion/leyes.asp>
- JUJUY. *Ley 1938/49*. Disponível em <http://www.eft.com.ar/index2.htm>
- LA PAMPA. *Ley 986/80*. Texto enviado pelo Dr. Ramon Alvarez Bangueses.
- LA RIOJA. *Ley 5764/92*. Disponível em http://www.justiniano.com/legislacion/legislacion_provincial.htm
- MAZA, Miguel Ángel y PLAISANT, Elio Gustavo. *Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo*. Vol. 2, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.
- MENDOZA. *Ley 2144/52*. Disponível em <http://www.eft.com.ar/index2.htm>
- MISSIONES. *Ley 2884/91*. Disponível em <http://www.misiones.gov.ar/legal/leyes/2884.htm>
- MOLTENI, Maria Cristina. *Sistemas judiciares trabalhistas na Argentina e no Brasil*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.
- NEUQUÉN. *Ley 921/95*. Disponível em <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/nqley921.htm>
- PARAGUAY. Exposição de motivos do projeto de código procesal general. Disponível em <http://www.pj.gov.py/>.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Proceso Trabalhista de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- PIROLO, Miguel Angel et al. *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*. Ed. Astrea, 2004.
- RIO NEGRO. *Ley 1504/81*. Texto enviado pelo Dr. Carlos Salaberry
- SAÁ, Guillermo Horacio López et. al. *Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo*. Vol. 1, 2. ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.
- SALTA. *Ley 5298/78*. Disponível em <http://www.camdipsalta.gov.ar/LEYES/leyes7379/5298.htm>
- SAN JUAN. *Ley 5732/87*. Disponível em <http://www.jussanjuan.gov.ar/cpl.doc>
- SAN LUIS. *Ley 5681/04*. Disponível em http://www.diputadossanluis.gov.ar/CD_Digesto/Leyes/L-VI-0153-2004.htm
- SANTA CRUZ. *Ley 1444/82*. Disponível em <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/santacruz/SCLaboral.htm>
- SANTA FÉ. *Ley 7945/76*. Disponível em <http://www.santafelegal.com.ar/cod.html>

SANTIAGO DEL ESTERO. *Ley 3603/71*. Disponível em <http://www.jussantiago.gov.ar/Textos/ley3603/frames.html>

SANTIAGO DEL ESTERO. *Ley 24.432/95*. Disponível em <http://www.jussantiago.gov.ar/Textos/ley24432/>.

STAFFORINI, Eduardo R. *Derecho procesal social*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955.

TOSELLI, Carlos Alberto y ULLA, Alicia Graciela. *Código Procesal del Trabajo. Ley 7987. Comentado y anotado con jurisprudencia*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005.

TUCUMAN. *Ley 6204*. Disponível em <http://www.justucuman.gov.ar/Word/Leyes/Codigos/cod.Procesal%20Laboral.doc>

BECCARIA E O ILUMINISMO PENAL

Rogério F. TAFFARELLO*

RESUMO

O trabalho pretende analisar as principais concepções jurídicas iluministas, identificadas no utilitarismo, racionalismo abstrato e anti-historicismo, e seus reflexos na seara penal, particularmente no que se refere à teoria do fim das penas. Para isso, analisa os postulados do iluminismo francês no pensamento jurídico de Voltaire, Montesquieu e Rousseau, para depois contemplar as reflexões de Beccaria e dos vanguardistas de Milão concentrados nos debates da Accademia dei Pugni. O trabalho discute, por fim, o iluminismo como um momento essencial da história do direito penal.

Palavras-chaves – iluminismo, Beccaria, direito penal.

ABSTRACT

This present work intends to analyze the main Illuminist conceptions, found in Utilitarianism, abstract rationalism, and anti-historicism, and its effects on criminal law, particularly on finalistic theory of punishment. Aiming at it, this work considers French Enlightenment principles within Voltaire's, Montesquieu's and Rousseau's juridical thought, in order to examine Beccaria's reflections, as well as those from the avant-gardes of Milan, held in the debates of Accademia dei Pugni. Finally, it discusses Enlightenment as an essential moment for the History of criminal law.

Key-words – Enlightenment, Beccaria, criminal law

1. IDEOLOGIA DAS LUZES

Ugo Spirito, historiador do direito penal italiano, ao tratar das idéias setecentistas leciona ser possível, entre as diversas correntes do pensamento iluminista, apontar duas principais linhas filosóficas, maturadas com a evolução do pensamento europeu desde o renascimento científico: a primeira se reporta ao racionalismo cartesiano, ao passo que a outra se funda no sensacionismo e empirismo de origem inglesa. Ambas as metafísicas evoluem concomitantemente, sem que uma superior especulação logre suplantar-las e conduzi-las a uma unidade precisa¹. Prossegue

o autor afirmando que o conflito entre um e outro modo de pensar se torna mais agudo exatamente no terreno da moral e na classe dos problemas sociais, em que pressupostos metafísicos e gnoseológicos atingem sua concreção mais visível e suas mais impressionantes consequências. O racionalismo cartesiano reclama um abstracionismo moral de caráter axiomático, enquanto que o empirismo, ao negar qualquer conceito de universalidade, tende inexoravelmente para uma moral epicúria, egoísta e individualista. Demais disso, assevera Spirito:

moralismo abstrato e utilitarismo são, com efeito, os motores dominantes de toda a filosofia social do

^(*) Advogado, mestrando em direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁽¹⁾ SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano – da Cesare Beccaria ai giorni nostri*. Torino: Tipografia Carlo Accame, 2a. ed., 1932, p. 24.

iluminismo, no que permanecem eventualmente apartados ou opostos, porém, mais freqüentemente, temperam-se e confundem-se em uma só ideologia contraditória.

No campo do direito, ambas as correntes adquirem especial fisionomia, cedendo espaço, de um lado, às teorias *contratualistas*, e, de outro, àquelas mais propriamente *jusnaturalistas*. O contratualismo é a consequência mais lógica e coerente do empirismo individualista e a mais explícita afirmação de seu utilitarismo egoísta²

- utilitarismo que impõe a reivindicação dos direitos do indivíduo, e leva à concepção atomista do mundo social segundo a qual este equivale à soma dos indivíduos, ou seja, uma unidade extrínseca que

não se apresenta senão como mero instrumento útil ao bem-estar egoístico do indivíduo. O contrato não é decisão de uma multiplicidade e afirmação de uma realidade que supere deveras o indivíduo, mas (...) surge para reivindicar a liberdade deste; (...) seu ideal é apenas de bem-estar e tranquilidade³.

Por sua parte, o jusnaturalismo, que admite diversos significados na história da filosofia do direito – albergando inclusive o próprio contratualismo – compreende ora um direito ideal, de caráter racional; uma justiça com princípios eternos que a todos subordinem; um direito efetivamente transcendente e independente de desejos e contingências humanas quaisquer⁴. E, como se sabe, tanto o contratualismo quanto o jusnaturalismo manifestam, então, um caráter de anti-historicidade, vez que ambos apresentam natureza estática.

Utilitarismo, racionalismo abstrato e anti-historicismo representaram, marcadamente, as principais características das concepções jurídicas iluministas, com grandes reflexos na seara penal – particularmente no que se

refere à teoria dos fins da pena. Ainda consoante Spirito, para as teorias contratualistas, a sanção penal terá como finalidade a defesa do contrato social, que resguarda interesses individuais invariavelmente egoísticos; para as teorias jusnaturalistas, por seu turno, tal finalidade será a de tutela de uma justiça abstrata de caráter transcendente⁵. Assim sendo, e em decorrência da esporádica carência de rigor especulativo apresentada pelo pensamento iluminista, verifica-se a convergência do contratualismo e do jusnaturalismo em uma perspectiva eclética, em que se imiscuem utilitarismo e moralismo ideológico, de modo que, reciprocamente, uma complementa lacunas ocasionais da outra. Dada a citada fragilidade especulativa em pontos de ambas as teorias, que obsta o primado de uma sobre outra, o jurista da ilustração sente que

o particularismo abstrato do utilitarismo não pode ser suficiente para dar razão ao seu direito, e tenta, então, temperá-lo com seu oposto, que é a abstrata universalidade do racionalismo. Mas a justaposição de duas abstrações não pode conceder a concretude, que somente o faz o ecletismo confusional⁶.

Novamente, cumpre lembrar não ter havido, contudo, qualquer espécie de *teoria eclética*, visto que, insista-se, o iluminismo encerrou diversas ideologias heterogêneas, não raramente conflitantes. É considerado eclético em vista justamente de sua falta de originalidade teórica, e, de fato, marcado pela interpretação em sentido prático e utilitarista da ciência – que, por sua vez, dava ao pensador setecentista sua segurança e confiança na razão⁷. Note-se que a chamada filosofia das luzes foi, sobretudo, um conjunto de manifestações de ordem cultural e espiritual correntes na sociedade da época, cujo ensejo fora dado pelas doutrinas de tolerância religiosa desenvolvidas pelos filósofos predecessores – sobretudo Grócio, Locke e também Spinoza⁸. Iniciadas como forma de expressão da intelectualidade, suas idéias foram absorvidas pela burguesia emergente, por populares e, mais tarde, até por alguns reinantes. Consistiam em “estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da *luz* contra as *trevas*”⁹.

⁽²⁾Tradução livre de: “Moralismo astratto e utilitarismo sono appunto i motivi dominanti di tutta la filosofia sociale dell’illuminismo, dove rimangono, talvolta, disgiunti e in opposizione, ma, più spesso, si temperano e si confondono in una sola ideologia contraddittoria. Nel del ciritto le due correnti di pensiero acquistano una speciale fisionomia dando luogo, da una parte, alle teorie contrattualistiche e, dall’altra, a quelle più propriamente giusnaturalistiche. Il contrattualismo è la conseguenza più logica e coerente dell’empirismo individualistico e l’affermazione più esplicita del suo utilitarismo egoistico”. Idem, ibidem, p. 25.

⁽³⁾Tradução livre de: “...non può presentarsi che come mero strumento utile per il benessere egoistico del singolo. Il contratto non è la risoluzione della molteplicità e l’affermazione di una realtà che superi veramente l’individuo, ma (...) surge per rivendicare la libertà dell’individuo. (...) suo ideale è soltanto quello del benessere e della tranquillità”. Idem, ibidem, p. 25.

⁽⁴⁾ Idem, ibidem, p. 26.

⁽⁵⁾ Idem, ibidem, p. 26-27.

⁽⁶⁾Tradução livre de: “il particolarismo astratto dell’utilitarismo non può essere sufficiente a dar ragione del suo diritto, e tenta allora di temperarlo con il suo opposto che è l’astratta universalità del razionalismo. Ma la giustapposizione di due astratti non può dare, purtroppo, la concretezza, bensì solo l’eclettismo confusionario”. Idem, ibidem, p. 27.

⁽⁷⁾ BOBBIO, Norberto. Dicionário... op. cit., p. 606.

⁽⁸⁾ RUSSEL, Bertrand. História do pensamento ocidental. Trad. Laura Alves; Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 331.

⁽⁹⁾ BOBBIO, Norberto. Dicionário... op. cit., p. 605.

Conquanto houvesse sido originário da Inglaterra e dos Países Baixos, foi em território francês – em um tempo marcado pela decadência do governo absolutista, graves crises econômicas e insatisfação popular quanto ao modelo de sociedade adotado – que o iluminismo encontrou circunstâncias bastantes para que ali ocorresse a sua maior ressonância. Seus pensadores – cujas obras, editadas fora da França, circulavam em Paris como panfletos clandestinos¹⁰ – concentraram-se na elaboração de teorias de índole política e social, contestando, no mais das vezes, as estruturas então vigentes, razão pela qual não faltaram em suas vidas perseguições, encarceramentos, exílios. Eram eles de diferentes origens – Voltaire e Diderot eram de origem burguesa, Holbach e Montesquieu pertenciam à nobreza, D'Alembert era filho ilegítimo de um general, Rousseau era filho de um modesto relojoeiro, sem condição social definida – e identificavam-se pelo fato de serem escritores, o que anulava, para eles, as diferenças da sociedade estamental francesa¹¹.

Os iluministas franceses almejavam ser lidos por todos, e obter reconhecimento no meio intelectual parisiense. Contudo, em sua busca de sucesso, não faziam concessões ou bajulavam os detentores do poder¹². Sua simples intenção de proporcionar o máximo acesso a seus escritos – oposta à tradição de se restringir o saber a pequenas classes privilegiadas¹³ – já os qualificava como subvertedores daquela ordem desde muito estabelecida. Houve ainda um componente fundamental para a compreensão do ideário daqueles que se auto-denominaram *les philosophes*: o uso da razão na busca de uma *felicidade social*, uma felicidade ao mesmo tempo de cada um e de todos, algo que será marcante inclusive na obra de Beccaria.

Do ponto de vista jurídico, permaneciam os iluministas, em sua generalidade, jusnaturalistas, uma vez que assinalam, como fundamento do direito, a *natureza*. Esta era aprioristicamente entendida como *aquilo que não*

é sobrenatural e, mais distintamente, como “a essência do homem, isto é, a *razão*”¹⁴. Deste modo, além de afastar dogmas religiosos, intentava-se construir normas jurídicas universais e imutáveis, fundadas na natureza humana e alheias a qualquer procedência de caráter histórico ou de tradição. A existência do direito natural é de absoluta relevância para os pensadores da época, com vistas a se estabelecerem os direitos inalienáveis do homem – entre os quais o iluminismo acrescentou, definitivamente, a liberdade e a igualdade formal entre os homens – e demonstrar o fundamento racional do Estado.

Havia também, inobstante, uma *moral natural*. Era ela secular, relativista e utilitarista, alicerçada “no homem mundano, considerado pelo que é e não pelo que deveria ser”¹⁵, e valia-se de princípios universais de tolerância, obtendo inspiração na idéia da natural bondade humana¹⁶.

Deveras, malgrado originalmente não possuísse tal pretensão¹⁷, pode-se afirmar haver sido o iluminismo um movimento ideológico revolucionário¹⁸, na medida em que sua vigorosa contestação a preceitos políticos e religiosos até então imperiosos “implicava a abolição da ordem política e social vigente na maior parte da Europa”¹⁹, e forneceu as bases fundamentais – e, por vezes, justificadoras – para os levantes políticos daquele *fin-de-siècle*, particularmente a Revolução Francesa, que ensejariam mudanças profundas nas estruturas políticas e jurídicas de todo o mundo ocidental.

2. VOLTAIRE, MONTESQUIEU E ROUSSEAU

Cumprido, pois, analisar brevemente o que nos interessa dos postulados do iluminismo francês dos *philosophes* que mais influenciaram o pensamento jurídico-penal do Marquês de Beccaria e de seus colegas milaneses.

⁽¹⁰⁾ ABRÃO, Bernadette S. História da filosofia. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 268.

⁽¹¹⁾ Idem, ibidem, p. 267.

⁽¹²⁾ Idem, ibidem, p. 267. Isso embora seja necessário ressaltar que, como se sabe, tenha havido colaborações eventuais com um ou outro reinante europeu daquele tempo – os déspotas esclarecidos, que empreenderam reformas de Estado, geralmente limitadas, mas inspiradas em algumas das idéias então emergentes.

⁽¹³⁾ Lembre-se de que, já na Antiguidade, tal qual ocorria com a própria cidadania, a filosofia era uma arte reservada para poucos privilegiados, que, à revelia do trabalho, poderiam dedicar seu tempo ao saber. Essa realidade pouco se modificou com o passar dos séculos, visto que, mesmo na Baixa Idade Média, as discussões filosóficas remanesceram restritas ao interior de conventos e universidades – freqüentadas por religiosos em sua absoluta maioria. Com efeito, pode-se afirmar que tal quadro somente veio a ser alterar, verdadeiramente, com o advento do iluminismo.

⁽¹⁴⁾ BOBBIO, Norberto. Dicionário... op. cit., p. 606 (grifo nosso).

⁽¹⁵⁾ Idem, ibidem, p. 607.

⁽¹⁶⁾ Idem, ibidem, p. 607.

⁽¹⁷⁾ Deve-se memorar aqui que muitos de seus expoentes ainda depositavam fé no despotismo esclarecido, que, entretanto, objetivava sobretudo a manutenção do ancien régime, e não sua abolição – razão pela qual se mostrou incompatível com as proposições político-sociais iluministas. Cf.: HOBBSAWM, Eric. J. A Era das revoluções. Trad. Maria Teresa L. Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 18a ed., 2004, p. 42-43.

⁽¹⁸⁾ Ou, ainda, pré-revolucionário, se se pretender considerar sua precedência temporal a 1789.

⁽¹⁹⁾ HOBBSAWM, Eric J. A Era das... op. cit., p. 43.

Parisiense, François Marie Arouet – Voltaire – nasceu em 1694, e morreu em 1778. Agitador e panfletário, é considerado o principal propagandista do iluminismo, tendo sido o grande responsável, inclusive, pela aguda ressonância do livro-manifesto de Beccaria no território francês²⁰. Após dois períodos de encarceramento – foi no interior da Bastilha que adotou o pseudônimo pelo qual se tornaria conhecido – exilou-se na Inglaterra em 1726, país que passaria a tratar pela alcunha de “ilha da razão”²¹, onde teve contato com as obras de Locke, talvez a sua maior influência filosófica. Estimulou a luta contra a religião, a metafísica, os dogmas, a superstição, os preconceitos, o fanatismo, a intolerância²². Interveio freqüentemente em favor de vítimas da intolerância religiosa da França católica. No que interessa ao direito, importa lembrar que, em seus panfletos amplamente divulgados na França, pregou apaixonadamente contra o erro judicial e o arbítrio dos juizes, e pela proporcionalidade das sanções – sendo que mesmo a privação da liberdade já chegou a ser vista por ele como uma evolução penal face aos castigos corporais²³. Já propugna por uma visão utilitarista da pena, e recrimina a tortura: “um meio quase seguro para salvar a vida de um culpado robusto e condenar um inocente frágil”²⁴.

Interessante passagem da vida de Voltaire ocorreu quando assumiu a defesa *post mortem* de Jean Calas, protestante francês que fora condenado à morte por *suplício da roda*, acusado de ter assassinado o filho. Dois anos após a execução da pena, Voltaire obteve a revisão do julgamento declarando a inocência do condenado, o que gerou grande repercussão, exatamente no momento em que foi lançada a tradução francesa do abade Morellet para o clássico de Beccaria. Tal ensejo foi aproveitado por Voltaire para difundir o *Traité des délits et des peines* e, como resultado, iniciou-se o processo de desaparecimento, ao menos formalmente, das penas atrozes da legislação francesa²⁵. A partir do caso Calas, atuou outras vezes auxiliando advogados em pedidos de revisão de condenações criminais.

Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, nasceu em uma pequena vila contígua a Bordeaux, em 1689, e morreu em Paris em 1755. Em sua vida, empreendeu longas viagens de estudo, e foi também seduzido pela Inglaterra, onde lhe chamou a atenção a liberdade de se criticar o governo e a ausência de uma prisão política como a Bastilha²⁶ - algumas das muitas influências de sua obra paradigmática, *O Espírito das leis* (1748). Orientava-se pelo horror ao despotismo político e ao fanatismo religioso, dos quais ainda via exemplos na França de seu tempo. Contudo, em lugar de experimental como pretendia-se, afirma-se que não deixava de ser dogmático²⁷, vez que nem sempre se atentou ao método para elaborar seus princípios, além de seus exemplos – por vezes inexatos – não raramente não terem consistido seu ponto de partida, mas espécie de justificação por ele arranjada *a posteriori*.

Todavia, a despeito de seu reputado frágil rigor científico, *O Espírito das Leis* logrou separar a legislação do capricho arbitrário dos homens e do acaso das circunstâncias²⁸, buscando afastá-la dos pretensos designios divinos e aproximá-la das necessidades da natureza humana. Outrossim, exerceu notória ascendência sobre o livro que Beccaria publicaria dezesseis anos depois, sobretudo ao tratar da simplicidade das normas e da liberdade política dos cidadãos, respectivamente nos livros sexto e décimo segundo d’*O Espírito*, cujos postulados merecem algumas lembranças: trata Montesquieu da necessidade das formalidades procedimentais, assegurando-se o direito à ampla defesa, na busca de uma decisão judicial efetivamente justa²⁹; manifesta-se contra a severidade das penas, mais duras conforme se pretenda afastar da liberdade, algo conveniente “ao governo despótico cujo princípio é o terror”³⁰; defende a prevenção dos delitos em vez de sua mera repressão³¹ e a proporcionalidade das sanções em face aos crimes que as exigem³²; expõe a temeridade de se haver delitos de índole religiosa como a magia e a heresia

(20) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2a ed., 2003, p. 535.

(21) ABRÃO, Bernadette. S. História... op. cit., p. 272.

(22) Idem, ibidem, p. 274.

(23) SÁINZ CANTERO, José A. La Ciencia del derecho penal y su evolución. Barcelona: Bosch, 1970, p. 48.

(24) Tradução livre de: “un medio casi seguro para salvar a un culpable robusto y condenar a un inocente de débil constitución”. Apud SÁINZ CANTERO. Ibidem, p. 48.

(25) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito penal... op. cit., p. 534-535

(26) “Montesquieu – vida e obra” (texto de autoria registrada exclusivamente em nome da editora).

In MONTESQUIEU. O Espírito das leis. Trad. Fernando H. Cardoso; Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 06.

(27) Idem, ibidem, p. 11. Minimiza-se, neste trecho, a importância dos erros de documentação de Montesquieu declarando que “a lenda, por vezes, ilustra melhor a verdade do que a História (...) e um mau exemplo pode provar algo tão bem quanto um bom exemplo” – algo de que discordamos, dada a inafastável perda de credibilidade das proposições em que tenha havido falhas.

(28) TRUC, Gonzague. “Introdução”. In MONTESQUIEU. O Espírito... op. cit., p. 23. Textualmente, também neste caso, a tradução: “separou a legislação do arbitrário do capricho dos homens, do acaso das circunstâncias” parece falha no trecho ora grifado, vez que induz o leitor menos atento a uma interpretação confusa. Daí a nossa opção pela adaptação do texto.

(29) O Espírito... op. cit., p. 116.

(30) Idem, ibidem, p. 122. Nesse sentido, convém ainda citar sua frase: “é (...) da brandura das leis criminais que depende principalmente a liberdade do cidadão”. Idem, ibidem, p. 234.

(31) Idem, ibidem, p. 122.

(32) Idem, ibidem, p. 129; 235-237. A esse respeito, FIORE (Diritto penale... op. cit., p. 27) registra o caráter inovador da idéia de Montesquieu que demandava uma classificação dos delitos segundo sua qualidade, em oposição à mera divisão, até então predominante, entre crimes de lesa majestade, crimes contra a fé religiosa e demais crimes.

dada a sua vagueza, potencialmente “fonte de uma infinidade de tiranias, (...) porquanto a melhor conduta que se possa ter, a moral mais pura, o cumprimento de todos os deveres, não constituem garantias contra as suspeitas desses crimes”³³.

No que respeita à severidade das punições, a que o autor se atém de modo particular, afirma não se prestar ela para atingir o espírito do cidadão, visto que os descaminhos humanos, para Montesquieu, originam-se “da impunidade dos crimes e não da moderação das penas”³⁴, trecho que elucidada brilhantemente com a seguinte passagem:

Quando algum inconveniente se faz sentir num Estado, um governo violento quer corrigi-lo subitamente e, em vez de procurar executar as antigas leis, estabelece-se uma pena cruel que contém o mal imediatamente. Porém, desgastam-se as bases do governo: a imaginação acostuma-se com esta grande pena como se tinha acostumado com a menor e, como diminuiu o temor por esta, logo é-se forçado a utilizar a outra para todos os casos³⁵.

Tal fato, leciona, corrompe os espíritos e habitua ao despotismo. Continua o raciocínio afirmando haver “dois gêneros de corrupção: um quando o povo não observa as leis e outro quando é corrompido por elas; mal incurável porque reside no próprio remédio”³⁶, e, após discorrer sobre a austeridade das penas no Japão, conclui que o rigor penal impede a própria execução da sanção, pois a desmesura da lei freqüentemente obriga a optar pela impunidade, a fim de se evitar o caos social³⁷.

Finalmente, cabe mencionar a importância que esse insigne pensador iluminista confere às normas e procedimentos criminais face à concepção política de Estado por ele imaginada, *in verbis*:

os conhecimentos que se têm em alguns países e se adquirirão em outros sobre os regulamentos mais corretos que possam ser aplicados nos julgamentos criminais *interessam ao gênero humano mais que qualquer outra coisa no mundo*.

É apenas na prática desses conhecimentos que a liberdade pode ser alicerçada e, num Estado que possuísse a este respeito as melhores leis possíveis, um homem que fosse processado e que devesse ser enforcado no dia seguinte seria mais livre que um paxá na Turquia^{38 39}.

Nascido em Genebra em 1712, também Jean-Jacques Rousseau alternou momentos de reconhecimento e exílio, tendo inclusive sido abrigado por David Hume na Inglaterra, e faleceu em Ermenonville, ao norte de Paris, em 1778⁴⁰.

Entre os dominantes temas de sua vasta obra, encontram-se as relações entre a natureza e o corpo social, o contratualismo, a bondade natural do homem e uma moral libertária. A natureza, para ele, era a verdadeira fonte da felicidade humana, embora deturpada pelas sociedades civilizadas, estas objeto de críticas recorrentes. Via as relações sociais sempre a partir da noção de *liberdade*, “entendida por ele como direito e dever ao mesmo tempo”⁴¹, inalienável e irrenunciável, pois “exigência essencial da própria natureza espiritual do homem”⁴². Expandiu, portanto, a linha de pensamento iniciada pelo renascimento humanista e pela reforma protestante, e difundida pelo jusnaturalismo seiscentista – particularmente em Locke – que reivindicava os direitos à intimidade e à livre consciência religiosa individuais face ao princípio católico da autoridade⁴³. Porém, em Rousseau, diversamente, o princípio da liberdade deixa de ser fato, passando a se apresentar como norma: “como imperativo, e não como comprovação”⁴⁴.

(33) Idem, *ibidem*, p. 237.

(34) Idem, *ibidem*, p. 124.

(35) Idem, *ibidem*, p. 124. Observe-se que, ironicamente, essas lições, bastante depuradas posteriormente pela doutrina jurídico-penal, parecem incompreendidas pelos legisladores ainda nos dias de hoje.

(36) Idem, *ibidem*, p. 125.

(37) Idem, *ibidem*, p. 127.

(38) Idem, *ibidem*, p. 234 (grifo nosso). A Turquia é utilizada aqui, pelo autor, como exemplo de Estado que possui insegura legislação penal, logo temerária a qualquer cidadão.

(39) Note-se, nesta feita, a oportuna observação de ZAFFARONI e BATISTA, acerca de os teóricos daquele tempo haverem inserido a questão penal no âmbito de suas concepções do Estado: “a circunstância de que todos os que pensaram a política tenham se ocupado do poder punitivo, a partir da filosofia, comprovam que não erraram em seu diagnóstico quanto a considerá-lo uma questão central do poder político, o que contrasta marcadamente com a atitude dos cientistas políticos do século XX, que negligenciaram o tema e minimizaram-o [sic] até deixá-lo oculto, ao mesmo tempo que os penalistas também ocultavam a dimensão política básica de suas propostas”. *Direito penal... op. cit.*, p. 532.

(40) CHAUÍ, Marilena de Souza. “Rousseau...” *op. cit.*, p. 05-11.

(41) Idem, *ibidem*, p. 17.

(42) Idem, *ibidem*, p. 17.

(43) Idem, *ibidem*, p. 17.

(44) Idem, *ibidem*, p. 17. Vale lembrar que as noções rousseauianas de liberdade e igualdade política constituiriam, mais tarde, as bases teóricas dos movimentos mais radicais da Revolução Francesa, sendo que Robespierre era fervoroso seguidor seu. Idem, *ibidem*, p. 20.

Leitor voraz desde a infância, Rousseau estudou atentamente filósofos do direito e da política. Nestes, a que mais se deteve, criticou o sacrifício da liberdade em Hobbes e, embora admirasse a noção lockeana de liberdade, criticou o excessivo individualismo de seu autor, cujo contratualismo garantia, primacialmente, o usufruto da propriedade privada⁴⁵. Em Montesquieu, que admirava de modo especial, criticou a ausência de discussão sobre a legitimidade dos governos, cerne do contratualismo rousseauiano. Em sua obra capital, insiste na liberdade como qualidade natural humana – que, entretanto, fragiliza-se no estado de natureza pela desigualdade de forças entre os homens. Logo, uma vez que “a força não faz o direito”⁴⁶, um Estado se legitima somente através dos anseios de uma transcendente *vontade geral*, que não se revela pela soma das vontades particulares, mas pelo que de comum as interliga⁴⁷, de modo que a vontade geral jamais falha e, assim sendo, jamais atentará contra a liberdade de nenhum membro do corpo social. A imanência da liberdade ao homem aliada ao princípio que nega a força como fonte de direito também anula qualquer direito de escravidão, mesmo em caso de vitória bélica⁴⁸. A idéia de liberdade humana é, marcadamente, o eixo fundamental sobre o qual Rousseau desenvolve seu pensamento político; não é senão com vista à manutenção de sua liberdade que os indivíduos se unem em uma “forma de associação (...) pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”⁴⁹. Surge a *liberdade civil*, que submete todos, igualmente, à *lei* – expressão corporificada da vontade geral.

A legislação, por sua vez, deve sempre se ater à fixação de seus “dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade”⁵⁰. Todos são livres dentro dos limites impostos nas convenções gerais – que também limita o poder soberano, cuja atuação é ditada pelo interesse geral. Pode ele, inclusive, dispor da vida dos súditos, em caso de guerra, visando à defesa do corpo político e de todos – o que difere do caso da pena de morte para criminosos, justificável porquanto estes, através da conduta delitiva, colocam-se à margem do pacto social e tornam-se *inimigos*⁵¹ do Estado.

Recorre ao contrato: “é para não tornar-se vítima de um assassino que se consente em morrer, caso se venha a ser assassino. Em tal tratado, longe de dispor da própria vida, só se pensa em garanti-la”⁵².

Foi o contratualismo de Rousseau que mais forneceu subsídios para as reflexões de Beccaria acerca dos fundamentos do direito de punir, bem como para seu pensamento sobre a busca da *felicidade* humana e da necessidade de um Estado ético. Por outro lado, como se viu, o *propagandista* Voltaire já tratara de muito do que seria discutido em *Dos delitos...*, enquanto que Montesquieu mais pormenorizadamente cuidou de postulados político-criminais, muito semelhante àqueles que viriam a ser o marco da obra do jovem milanês. Diverge-se na doutrina, então, sobre qual deles teria influenciado mais fortemente o autor de *Dos delitos e das penas*, algo que nos parece infrutífero: importa, mesmo, observar o fato de todos os três haverem sido fundamentais referências suas, assim tantos outros que os precederam.

3. BECCARIA E OS VANGUARDISTAS DE MILÃO

Como é sabido, os escritos político-sociais do iluminismo apresentavam *proposições*, que, por óbvio, não possuíam o condão de serem acolhidas de maneira automática. Antes, no mais das vezes eram vigorosamente recriminadas pelas classes então dominantes – a aristocracia e o clero. Isso porque os pensadores ilustrados contestaram privilégios que, graças ao mencionado princípio da autoridade⁵³ – de origem metafísica, logo não racional – e à tradição nele baseada, encontravam-se profundamente arraigados naquelas sociedades.

Deste modo, a manutenção da autoridade dos reinantes para que impusessem aos súditos a sua vontade a qualquer custo, passou a ser cada vez mais questionada com o iluminismo e o conseqüente ocaso das teorias do direito divino dos reis⁵⁴. Autoridade que, convém mencionar, desde muito era deveras exercida através do direito penal, dada a umbilical ligação do poder punitivo com o poder

⁽⁴⁵⁾ ABRÃO, Bernadette S. História... op. cit., p. 287.

⁽⁴⁶⁾ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 60. Note-se, aqui, a crítica do autor ao contratualismo hobbesiano.

⁽⁴⁷⁾ MACHADO, Lourival G. “Introdução”. In ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato... op. cit., p. 39.

⁽⁴⁸⁾ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato... op. cit., p. 61-65.

⁽⁴⁹⁾ Idem, ibidem, p. 69-70.

⁽⁵⁰⁾ Idem, ibidem, p. 127.

⁽⁵¹⁾ Conquanto não interesse ao escopo fundamental deste trabalho, note-se a antecipação feita por Rousseau, em mais de dois séculos, da controversa doutrina do direito penal do inimigo de Günther Jakobs.

⁽⁵²⁾ Idem, ibidem, p. 102. De fato, seria apenas com Beccaria que a pena capital seria frontalmente atacada.

⁽⁵³⁾ Vide supra, nota 44.

⁽⁵⁴⁾ Teorias justificadoras das monarquias absolutas, segundo as quais o rei era o representante de Deus na terra, portanto de autoridade inquestionável, defendida por teóricos célebres como o político Jean Bodin (século XVI) e o bispo Jacques-Bénigne Bossuet (século XVII).

político, na medida em que este se apropria daquele conforme lembram Zaffaroni e Batista⁵⁵.

A contestação iluminista ao *ancien régime* ensejou, portanto, fortes reações. Grande parte de suas obras eram impressas discretamente, em locais distantes, e invariavelmente eram censuradas ao público, passando a fazer parte do *index* tão logo houvessem sido lançadas – caso da maioria das obras aqui citadas, o que também viria a ocorrer com *Dos delitos e das penas*. Em meio à reação do *status quo*, o processo penal e a execução da pena desempenhavam papel primordial, visando a espalhar o medo e o terror aos seus adversários e a potenciais seguidores destes. Com efeito, foi nos séculos XVII e XVIII que se deu o auge da ocorrência das penas cruéis em toda a Europa – tortura, galé, inquisição, degredo, etc., além do mórbido espetáculo da punição corporal pública para se obter a máxima intimidação⁵⁶, sempre com requintes de crueldade⁵⁷. Ademais, não obstante a prevalente aplicação da pena capital aos crimes de lesa-majestade⁵⁸, as modificações econômicas decorrentes do advento da nova ordem capitalista deram ensejo a que houvesse repressões em massa de grupos indesejáveis⁵⁹ caracterizados pela *improdutividade*, como ocorria com a mendicância, prostituição e vagabundagem em geral, rebotalhos do crescente processo de industrialização. Efetivamente, “as finalidades da pena eram traçadas segundo as necessidades dos grupos dominantes”⁶⁰, entre as quais, naquele momento, incluía-se o *terror* – como, de resto, em tantos outros momentos da história das civilizações.

Eis, portanto, a realidade que propiciou os postulados do iluminismo penal: as monarquias absolutas se utilizavam de

um direito gerador de desigualdades, carregado de privilégios, que julgava os homens conforme sua condição social; (...) heterogêneo, caótico, fundado em um enorme conglomerado de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; (...) continha

muitas arbitrariedades, acrescentadas tanto pelos juízes como pelo monarca; (...) era excessivamente rigoroso e cruel⁶¹.

O processo, outrossim, não era detentor de melhor sorte:

de caráter inquisitivo, era rigorosamente secreto e ignorava as garantias mais elementares dos direitos de defesa; a tirania da busca da verdade a qualquer preço, que consagrara (...) a obrigação de o acusado prestar juramento e a obtenção por qualquer meio da confissão, considerada a rainha das provas⁶².

Tratava-se, notadamente, de um direito e processo penal desigual, desorganizado e, como é óbvio, temerário. Beccaria se insurgiu contra essa realidade.

Durante a segunda metade do século XVIII, a vida cultural de Milão, a cidade onde nascera Cesare Bonesana em 1738, experimentava uma dissonância entre duas gerações de intelectuais: uma de conservadores homens maduros – patricios, burocratas e literatos da cidade – e outra de jovens vanguardistas que, malgrado fizessem parte das mesmas elites que os primeiros, colocavam-se atentos a novidades ideológicas que surgiam no exterior, e aspiravam a se desprender do ambiente patriarcal que os circundava. Este grupo não se limitava, como o primeiro, ao estudo literário, mas debatia apaixonadamente filosofia, política e economia, apoiando-se em princípios que atacavam a tradição, o passado, as injustiças da sociedade em que viviam, o antigo regime⁶³. Denominava-se *Accademia dei Pugni*, e publicava um jornal chamado *Il Caffè*, em cujas páginas expunham-se os temas tratados no âmbito da agremiação. Pietro Verri foi o membro de maior ascendência sobre o grupo do qual também se destacava seu irmão mais novo, Alessandro, e Beccaria, também bastante jovem. É atribuída a Alessandro Verri uma frase que bem ilustra os debates entre os colegas, para quem “verdade era tudo o

(55) Vide supra, nota 39.

(56) FIORE, Carlo. *Diritto penale...* op. cit., p. 25.

(57) Nossio, Da legalização das drogas como instrumento de política criminal. Tese de láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 47-48.

(58) Lembra FIORE, ainda, que o absolutismo francês chegava a permitir que o monarca infligisse diretamente a pena, através de uma ordem denominada *lettre de cachet*. Op. cit., p. 25.

(59) FIORE, Carlo. Op. cit., p. 25.

(60) SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2002, p. 38.

(61) Tradução livre de: “un Derecho generador de desigualdades, cargado de privilegios, que permitía juzgar a los hombres en atención a su condición social; (...) heterogêneo, caótico, cimentado sobre un conglomerado incontrolable de ordenanzas, leyes arcaicas, edictos reales e costumbres; (...) contenía múltiples arbitrariedades, que acrecentaban tanto los jueces como el Monarca; era además excesivamente riguroso y cruel”. SÁINZ CANTERO, José A. *La Ciencia...* op. cit., p. 46.

(62) Tradução livre de: “De carácter inquisitivo, era rigurosamente secreto e ignoraba las garantías más elementales de los derechos de la defensa. La tiranía de la investigación de la verdad a cualquier precio, que había consagrado (...) la obligación de prestar juramento, y a la obtención por cualquier medio de la confesión, que era considerada reina de las pruebas”. Idem, *ibidem*, p. 46.

(63) Idem, *ibidem*, p. 50.

que *não* haviam aprendido na escola” – com o quê negavam qualquer patrimônio do passado e, como bons seguidores do pensamento em ebulição na França, debitavam à racionalidade toda fonte do saber⁶⁴.

O jovem Cesare fora educado, tal como Pietro Verri, em um colégio jesuíta que formava a aristocracia milanese, de onde saiu para se graduar em leis⁶⁵. Era portador de um raciocínio lógico incomum que, associado à sua inclinação por trabalhar sobre fórmulas matemáticas, valera-lhe entre os colegas de colégio a alcunha de “*il Newtoncino*”⁶⁶ e seria impressivo em seus escritos. Em 1760 sofreria um revés pessoal que marcaria sua vida e obra: sua paixão por Teresa Blasco, filha de um coronel espanhol, fato que se mostrou indesejável às famílias de ambos os jovens – tendo havido, inclusive, providências judiciais com vistas a impedir o matrimônio e fazer valer a autoridade paterna. Como visse seus sentimentos vigorosamente tolhidos no amor que sentia por Teresa, passaria a abominar para sempre aquilo que lhe vitimara: o princípio da autoridade. Inadmitia que violentassem “a sua vontade e a sua consciência”⁶⁷. Superou a crise através de sua conversão à filosofia e ingresso na *Accademia*, momento em que o mundo das luzes, a cujos propósitos dedicar-se-ia com a mesma devoção e arrebatamento, passava a ser a sua grande ambição e o seu novo amor, segundo assevera Venturi⁶⁸.

Em meio à temática iluminista, indubitavelmente a desorganização e a crueldade das legislações criminais européias ocupavam um posto de destaque. Por conseguinte, não deixavam de ser eram objeto de recorrentes debates entre aqueles jovens acadêmicos de Milão. Deste modo, não tardou a que o líder do grupo procurasse o mais eloquente e passional membro deste, sugerindo-lhe sintetizar as idéias ali discutidas “em um livro ágil e combativo capaz de atingir o grande público”⁶⁹. *Dos delitos e das penas* haveria de se tratar, portanto, de um manifesto político – não podendo ser confundido com uma obra jurídica.

Beccaria, que ansiava por reconhecimento intelectual, naturalmente aceitou a sugestão de Pietro Verri e, em março de 1763 – mês em que completava 25 anos – pôs-se a escrever o livro secretamente editado em Livorno, que começaria a circular no início do verão seguinte. Apesar de haver sofrido significativa reação conservadora, o eco suscitado por *Dos delitos...* proporcionou ao seu autor uma verdadeira glória, rápida e repentina. Entretanto, o próprio Beccaria confessou em carta a Morellet, seu tradutor na França, que os destinos de Maquiavel, Galileu e outros o faziam pretender “defender a humanidade sem ser um mártir”⁷⁰. Com efeito, mesmo antes da inclusão do *pequeno grande livro* – conforme o classificou Faustin Hélie⁷¹ – no *index* da Igreja, havida em 3 de janeiro de 1766, o primeiro ataque por ele sofrido não careceu de rapidez e violência: o padre Ferdinando Facchinei publicou em Veneza, no início de 1765, suas *Notas e observações sobre o livro intitulado “Dos delitos e das penas”*, com que visava a combater, mais do que um ou outro postulado de Beccaria, sobretudo

o espírito mesmo da obra que lhe parecia ‘verdadeiro filhote (...) do *Contrato social* de Rousseau’: vontade igualitária, uma visão de sociedade fundada sobre o consenso de seus membros, tolerância e humanitarismo (...) que significavam falta, heresia e horror aos seus olhos⁷².

Para o *frade polemista*, qualquer pessoa que se ocupasse da natureza da sociedade deveria ter em conta que “opressão, violência, constrição, etc., eram as próprias bases da convivência humana”⁷³. Acerca de igualdade entre os homens, prossegue Facchinei: “Como? Ensinaria (Beccaria) por acaso que se deva castigar igualmente quem ataca um vil carregador e quem o faz a um general da armada?”⁷⁴, e, mais adiante, sobre a idéia de tolerância, mostra-se nostálgico de tempos em que, afirmou ele, “os ímpios eram chamados de hereges, e punidos como tais (...), (enquanto que) os ímpios de nossos dias são chamados de espíritos fortes”⁷⁵.

(64) Idem, *ibidem*, p. 51. Textualmente, conforme SÁINZ CANTERO: “era verdad todo lo que no habían aprendido en la escuela”.

(65) Idem, *ibidem*, p. 51.

(66) VENTURI, Franco. “Nota introdutiva”. In BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Arnoldo Mondadori, 1991, p. 04.

(67) “...la sua volontà e la sua coscienza”. Idem, *ibidem*, p. 03. Também: SÁINZ CANTERO, José A. *La Ciencia...* op. cit., p. 51.

(68) “Nota...” op. cit., p. 04.

(69) Tradução livre de: “...en un libro ágil y combativo; en una obra capaz de llegar al gran público”.

SÁINZ CANTERO, José A. *La Ciencia...* op. cit., p. 52.

(70) Tradução livre de: “defendre l’humanité sans être le martyr”. Apud VENTURI, Franco. “Nota...” op. cit., p. 07.

(71) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 144.

(72) Tradução livre de: “lo spirito stesso dell’opera che gli era parsa ‘vera figliola, dirò così, del Contratto sociale di Rousseau. Volontà egualitaria, visione d’una società fondata sul consenso dei suoi membri, tolleranza e umanitarismo, elementi tutti che stavano alla radice del libro di Beccaria, erano altrettante colpe, eresie ed orrori agli occhi del frate polemista”. VENTURI, Franco. *Op. cit.*, p. 07.

(73) VENTURI, Franco. *Ibidem*, p. 07.

(74) Tradução livre de: “Come? Insignerebbe per avventura che si debba gastigare ugualmente chi dà uno schiaffo ad un vil facchino che colui che commettesse un simile attentato contro un generale d’armata?”. FACCHINEI, Ferdinando. *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*. Apud VENTURI, Franco. *Ibidem*, p. 08.

(75) “gli empi... si chiamavano eretici, e si punivano come tali... (mentre) gli empi dei nostri giorni si chiamano spiriti forti”. Apud VENTURI, Franco. *Ibidem*, p. 08.

Igualmente, a resposta ao texto de Facchinei sobreveio sem demora, pelas mãos dos Verri – ainda que o próprio Beccaria tenha contribuído a que se acreditasse o texto como de autoria sua⁷⁶. Os irmãos habilmente planejaram a *Resposta a um escrito que se intitula: “Notas e observações...”*⁷⁷ de maneira a conquistar a simpatia de uma larga faixa moderada de público que, se não aceitavam por inteiro as bases rousseauianas ou utilitaristas presentes em *Dos delitos...*, colocavam-se favoráveis a reformas no sistema jurídico dos Estados italianos que poderiam ser deflagradas a partir do acolhimento do breve livro.

O sucesso internacional da obra também veio a cavalo. Ao tomar conhecimento, em meados de 1765, do texto ainda desconhecido em seu país, escreveu o enciclopedista D'Alembert:

Não se poderia estar mais encantado, mais entusiasmado do que eu estou com esta obra; fi-la ser lida por muitos grandes filósofos que fizeram o mesmo julgamento que eu a respeito. Este livro, embora pequeno, é suficiente para assegurar um reconhecimento imortal ao seu autor. Quanta filosofia, quanta veracidade, quanta lógica, quanta precisão e ao mesmo tempo sentimento e humanidade no interior deste livro!⁷⁸

E, imediatamente, anuiu a que o colega Morellet atendesse à já bastante autorizada solicitação de Malesherbes – o tolerante e reformista ministro da Justiça de Luís XVI, guilhotinado anos mais tarde pelo *terror* – e traduzisse-o para o idioma francês, possibilitando a aguda ressonância que o livro logo adquiriria em toda a Europa.

Beccaria experimentou enorme reconhecimento na capital da França e da filosofia das luzes, para onde viajara com Alessandro Verri em outubro de 1766, a fim de conhecer pessoalmente os *philosophes*. No entanto, permaneceu em Paris apenas por cerca de um mês, retornando a Milão antes do que previra, um tanto atordoado com a própria

glória⁷⁹. Recebeu, no ano seguinte, um convite assinado por Catarina II para que fosse a São Petersburgo, trabalhar em uma ampla reforma legislativa patrocinada pela imperatriz. Mas, em virtude da pressão de seus colegas franceses, e após meses de indecisão, esquivou-se⁸⁰.

Ao final da década de 1760, Beccaria começou a se desentender com os irmãos Verri: em decorrência do sucesso propiciado pelo livro, estes, enciumados, reivindicavam para si grande parte dos créditos pela autoria do mesmo – enquanto que aquele, vaidoso, não abria mão de sua posição de primazia sobre a obra. O litígio entre eles perduraria com os anos, sendo que nunca mais restabeleceram a amizade dos tempos da *Accademia*⁸¹.

O convite da imperatriz russa, porém, fez com que reacendesse, brevemente, a curiosidade sobre Beccaria na própria Milão. Declinou-se, perante as autoridades austríacas que governavam a Lombardia na época, da possibilidade de se tornar magistrado, visto que a toga não lhe parecia ser a sua vocação. Tornou-se catedrático de economia política, a partir de 1769; após algum sucesso inaugural, iniciaram-se, de fato, os anos que marcariam sua decadência pessoal até a sua morte, ocorrida em 1787, quando se tornara um obscuro professor – ao passo que as lutas e debates travados em torno de seu livro permaneciam ocorrendo, mas longe de sua presença⁸².

Dos delitos e das penas consiste em um conjunto de postulados que podem ser tidos como de ordem político-criminal, atinentes tanto ao direito penal material quanto ao direito processual – que, de resto, somente se dissociariam como ciências autônomas em meados do século XIX⁸³. Certamente, o impacto gerado pelo livro – que se tornou divisor de águas na história do direito penal – menos se deveu ao seu ineditismo do que à sua oportunidade. Muito do que ali escreveu Beccaria já fora manifestado por seus predecessores, conforme demonstramos neste texto; contudo, o autor revelou grande mérito em organizar sinteticamente proposições que se encontravam, até então,

(76) SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto... op. cit.*, p. 33.

(77) Há uma tradução em português para a *Risposta ad uno scritto che s'intitola: Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, publicada junto à tradução da obra da obra principal. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

(78) Tradução livre de: “On ne sauroit être plus enchanté, plus enthousiasmé même que je le suis de cet ouvrage, je l'ai fait lire à plusieurs bons philosophes qui en ont porté le même jugement que moi. Ce livre, quoique d'un petit volume, (est) suffit pour assurer à son auteur une réputation immortelle. Que de philosophie, que (de) vérité, que de logique, de précision et en même temps de sentiment et d'humanité dans son ouvrage!”. D'ALEMBERT, Jean Le Rond. Lettre au prêtre Frisi. Apud VENTURI, Franco. “Nota...” op. cit., p. 11.

(79) VENTURI, Franco. Op. cit., p. 13. A vaidade de Beccaria, a esta altura, fazia com que o mesmo sucesso que ele sempre buscara passasse a lhe incomodar profundamente; nesse aspecto, o gradativo crepúsculo de sua carreira faz-nos lembrar, o final da trajetória de Rousseau – que, tal como Beccaria, sofreu com momentos de isolamento e esquizofrenia, ocorridos em maior grau no pensador genebrês.

(80) Idem, ibidem, p. 18-19.

(81) Idem, ibidem, p. 21.

(82) Idem, ibidem, p. 21.

(83) CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 17a ed., 2001, p. 42.

rarefeitas, e ainda acrescentar outras – ciente do momento propício para a manifestação de suas idéias, o que fez através de um estilo ímpar, repleto de indignação e sentimento.

No que concerne às premissas filosóficas da obra, trata-se de um texto marcadamente eclético; um breviário das ideologias penais havidas no século XVIII somadas a alguns dos postulados centrais do jusnaturalismo moderno. Induvidosas são as influências do moralismo abstrato associado ao utilitarismo egoístico, que, conforme asseverou Spirito, pontuaram as concepções jurídicas iluministas em sua generalidade⁸⁴.

Já na introdução do livro, declara Beccaria que “as leis, que somente são, ou deveriam ser, acordos de homens livres, não têm sido mais que instrumento das paixões de alguns poucos, ou nascidas de uma fortuita e passageira necessidade”⁸⁵, com o quê explicitava a tônica de protesto do livro. Logo em seguida, ainda em sua introdução, o autor apresenta a sua fórmula *matemática*⁸⁶ para que se atingisse a qualidade ideal – que ele chamava de *bondade* – das leis positivas: através de um frio e abstrato racionalismo, deveriam os legisladores almejar, em cada texto legal a ser enunciado, “a máxima felicidade dividida pelo maior número”⁸⁷ de indivíduos, assertiva que se tornou clássica e de que se infere o ponto de partida utilitarístico-contratualista adotado por ele⁸⁸. A idéia da máxima felicidade humana deve ser, logo,

o fim essencial de toda a atividade social e o princípio informador de todas as leis, as quais, por isso

mesmo, não são mais que convenções que os homens obtêm para salvaguardar reciprocamente os seus direitos e as próprias respectivas esferas de ação⁸⁹.

O utilitarismo beccariano, à semelhança do que haviam teorizado predecessores como Locke e Pufendorf, deriva do conceito de sociedade atomizada e individualista, na qual o recurso ao contrato social se faz necessário para a garantia de uma harmoniosa convivência entre os homens. Mais: em última análise, torna-se o contrato, efetivamente, a garantia da própria liberdade humana. É aí que encontra o fundamento legítimo do direito punir, conforme explica:

foi, portanto, a necessidade que compeliu os homens a ceder parte da própria liberdade: (...) ninguém quer alojar no depósito público senão a mínima porção (de liberdade) possível, aquela que baste a induzir os outros a defenderem-na. A reunião dessas mínimas porções forma o direito de punir; tudo o mais é abuso, e não justiça; é fato, mas não direito. (...) As penas que ultrapassam a necessidade de conservar tal vínculo são injustas por natureza⁹⁰.

Verifica-se ser também sob um ponto de vista utilitarista que o autor estabelece limites ao direito de punir – o que, segundo Ferrajoli, não poderia ser diferente, vez que as bases utilitárias seriam “o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado”⁹¹.

Do mesmo utilitarismo contratualista decorre ainda a noção de finalidade da pena em Beccaria, *in verbis*:

⁽⁸⁴⁾ Vide supra, tópico 3.1.

⁽⁸⁵⁾ Tradução livre de: “le leggi, che pur sono, o dovrebbero esser patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo stromento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità”. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Arnoldo Mondadori, 1991, p. 32.

⁽⁸⁶⁾ Cumpre aqui lembrar que a influência de princípios lógicos e elaborações matemáticas na obra de Beccaria, somada ao conseqüente fato de ele haver se dedicado, anos depois, ao magistério em economia política, fez com que o austríaco tido como o último dos grandes economistas políticos da história traçasse interessante paralelo entre o intelectual milanês e Adam Smith, chegando mesmo a chamá-lo da “Adam Smith italiano”. SCHUMPETER, Joseph Alois. *History of economic analysis*. Apud CÂMARA, Guilherme C. Op. cit., p. 303. A esse respeito, outrossim, menciona VENTURI que Beccaria teve influência do pensamento liberal escocês, que o levou a uma concepção do homem e da sociedade de forte conteúdo econômico, e afirma que, em certa medida, a pesquisa beccariana voltava-se também para uma espécie de economia pública. “Nota...” op. cit., p. 15 et 18.

⁽⁸⁷⁾ Trad. livre de: “la massima felicità divisa nel maggior numero” (grifo do autor). Idem, ibidem, p. 32.

⁽⁸⁸⁾ FIORE, Carlo. *Diritto penale...* op. cit., p. 29.

⁽⁸⁹⁾ Tradução livre de: “il fine essenziale di tutta l'attività sociale e il principio informatore di tutte le leggi, le quali, perciò, non sono che convenzioni a cui gli uomini pervengono per salvaguardare reciprocamente i loro diritti e le proprie rispettive sfere d'azione”. SPIRITO, Ugo. *Storia del...* op. cit., p. 38. Trata-se, também aqui, de uma noção já teorizada modernamente – através de BACON, que, já no início do século XVII, sustentara que “a finalidade da lei, para a qual orienta as suas disposições e sanções, não é outra que a felicidade dos cidadãos”. *De dignitate et augmentis scientiarum libri IX*, livro VIII, afor. 5. Apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana P. Zomer et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 209. Registre-se que Beccaria era grande conhecedor e admirador da obra beconiana, sendo que, inclusive, abriu sua mensagem A chi legge (A quem lê) – incluída em *Dos delitti...* posteriormente ao lançamento da primeira edição – com uma epígrafe extraída da obra do filósofo inglês.

⁽⁹⁰⁾ “Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: (...) ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, mas non già diritto. (...) Le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura”. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* op. cit., § II, p. 35.

⁽⁹¹⁾ Direito e razão... op. cit., p. 209.

o fim da pena não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem de desfazer um delito já cometido. (...) O fim não é outro que o de impedir o réu de gerar novos danos a seus concidadãos e de demover os outros de fazer o mesmo⁹².

Isso porque o contrato denota a vontade de se assegurar a defesa dos próprios interesses através de um ente comum, e a partir da alienação daquela mínima parcela de liberdade confiada ao *depósito de salvação pública* – que, por seu turno, deve ser mantido a fim de se garantir a *felicidade* (entendida como a *utilidade* do contrato perante o indivíduo) do cidadão. Com isso, e visto que o réu igualmente possui uma individualidade a ser respeitada, a pena há que ser a menor possível, e estritamente necessária⁹³. Se se lhe impõe uma pena inútil, desnecessária, está-se cometendo uma lesão à justiça e ao contrato social⁹⁴. Consagra o autor, deste modo, os princípios da *necessidade* e da *utilidade social* das penas, que logo viriam a constar expressamente da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* inserida na Constituição francesa de 1793: “art. 15. A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias: as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”⁹⁵.

Dos delitos... completa, no plano teórico, o processo de secularização do direito penal iniciado por Grócio. A pena já não conservava nada de expiação de um pecado, mas apenas de prevenção do crime⁹⁶ – visto como um fato humano – tendo Beccaria negado qualquer conexão entre concepções religiosas do *mal* e a ciência da legislação penal. Contudo, tal evento ainda estava longe de ser verificado na legislação e na praxis judiciária⁹⁷.

Cumprir lembrar, ora, o desenvolvimento da idéia de proporcionalidade da pena, consequência direta do racionalismo iluminista transportado por Beccaria para o direito penal⁹⁸. Assevera ele que as penas devem ser obstáculos políticos a impedir o cometimento de crimes,

mas que, por outro lado, não podem ter o poder de destruir a sensibilidade humana⁹⁹; lamenta não ser possível estabelecer matematicamente um modo de se escalonar delitos e penas conforme sua lesividade social, e justifica a necessidade de proporção entre ambos em face da necessidade de se prevenir delitos, uma vez que penas iguais cominadas para crimes desiguais em sua ofensividade fatalmente levam a que se cometa o maior frequência o delito socialmente mais danoso, do qual seu autor tirará maior proveito¹⁰⁰. Estabelece, então, a correta maneira de se obter a medida de um delito – analisando-se o dano por este gerado à nação: para Beccaria, não se deve medi-lo através da intenção do agente, da qualidade do ofendido ou da gravidade de um pecado, pois qualquer dos três ensejaria insegurança e desproporcionalidade das sanções. O dano objetivo seria o único dado seguro para se obter a melhor medida da pena¹⁰¹.

Proporcionalidade e racionalidade das penas em Beccaria claramente remetem a influências do que propugnara Montesquieu. Porém, a maior influência deste no pensamento do autor italiano ocorreu no que se refere à legalidade. Seguindo a linha d’*O Espírito das leis*, o ilustre milanês identifica na legalidade a condição primeira da liberdade humana¹⁰², chegando a prenciar o princípio da *reserva legal*: “somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos, e esta autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida perante o contrato social”¹⁰³. Ao juiz, por sua parte, restaria a atribuição de tão somente aplicar a lei, vedando-se-lhe a interpretação normativa, aí incluída qualquer adaptação ou temperamento do texto legal; caber-lhe-ia apenas realizar um silogismo perfeito: a premissa maior seria a lei geral, a menor seria a ação conforme ou não a lei, e a consequência, a liberdade ou a pena¹⁰⁴. Lícita ao juiz seria a interpretação literal, não podendo sequer preencher lacunas – evitadas mediante a interpretação lógico-sistemática, visto que o

(92) “Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un esser sensibile, né di disfare un delitto già comesso. (...) il fine dunque non è altro che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali”. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* op. cit., § XII, p. 49.

(93) SPIRITO, Ugo. *Storia del...* op. cit., p. 39.

(94) SÁINZ CANTERO, José A. *La Ciencia...* op. cit., p. 53.

(95) COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação...* op. cit., p. 156. Cite-se que este autor, ao tratar da Revolução Francesa e das cartas de direito por ela geradas, considera a primeira delas, de 1789, o “atestado de óbito do ancién regime”. Idem, *ibidem*, p. 144.

(96) Note-se que a supremacia da prevenção fez com que a finalidade da pena passasse a ser mirada para o futuro, enquanto que a retribuição moral – e desmesurada – somente se voltava ao passado.

(97) FIORE, Carlo. *Diritto penale...* op. cit., p. 30.

(98) Registre-se não se tratar a proporcionalidade de uma idéia surgida com Beccaria: a Magna charta libertatum (1215) já fazia menção ao tema em sua cláusula de no. 20. Entretanto, não se deve reduzir a importância da obra beccariana no que tange ao assunto, posto que o autor lhe conferiu particular relevo ao se ocupar do desenvolvimento da noção de proporcionalidade, tratada por ele em dois parágrafos (VI e VII) de seu livro.

(99) BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* op. cit., § VI, p. 40-41.

(100) Idem, *ibidem*, § VI, p. 41-42.

(101) Idem, *ibidem*, § VII, p. 42-43.

(102) FIORE, Carlo. *Diritto penale...* op. cit., p. 29.

(103) Trad. livre de: “le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale”. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* op. cit., § II, p. 36.

(104) Idem, *ibidem*, § IV, p. 37.

sistema ideal conteria apenas leis simples e claras, responsáveis pela devida prevenção dos delitos¹⁰⁵. No mesmo sentido, critica igualmente a linguagem dos comentadores de sua época, rebuscada e pouco inteligível, que comprometiam a segurança do direito enquanto deveriam concorrer para a sua compreensão por todos¹⁰⁶.

Consoante já dito, outorga Beccaria especial relevância à prevenção – papel precípua de qualquer lei penal, e a finalidade mesma da pena. Introduce o parágrafo concernente ao tema manifestando-se pela primazia da prevenção sobre a punição, para depois declarar que os meios até então utilizados para se prevenir delitos eram “por demais falsos e opostos ao fim proposto”¹⁰⁷ – referindo-se às legislações severas, inseguras e desorganizadas de seu tempo. Sustenta que a proibição de ações potencialmente pouco danosas, antes de redundar na prevenção de eventuais delitos, artificialmente os cria, e discorre acerca da impossibilidade de se afastar tudo o que possa induzir ao cometimento de um crime, vez que a tensão entre interesses diversos é inerente à natureza humana¹⁰⁸. E, categoricamente, completa: “a maior parte das leis não são senão privilégios, isto é, um tributo de todos à conveniência de alguns poucos”¹⁰⁹. A melhor maneira de se prevenir delitos, para ele, é fazer com que as leis sejam – reiterar-se – *claras e simples*, logo acessíveis a todos os seus destinatários, e que elas favoreçam menos as *classes* de homens do que os *homens* em sua generalidade¹¹⁰.

Antes de finalizar, importa assinalar outros dois momentos essenciais do manifesto de Beccaria: suas objeções contra a tortura e a pena de morte. Opõe-se à primeira devido igualmente à sua crueldade e inutilidade:

ou o delito é certo ou é incerto; se certo, não lhe convém outra pena que a estabelecida em lei, e inúteis são os tormentos, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, então não se deve atormentar um inocente, porque o é segundo as leis um homem

cujos delitos não são provados. (...) Eis o meio seguro de absolver os robustos celerados e de condenar os débeis inocentes¹¹¹.

No que respeita à pena capital, Beccaria a repele com base no próprio contrato social, ao qual os homens confiam somente a *mínima* parcela de sua liberdade – que, naturalmente, não contém o direito à vida: “quem é aquele que jamais haja intentado deixar aos outros homens o arbítrio de matá-lo?”¹¹² – logo, tal pena é injusta por não estar contida do contrato. Outrossim, afirma crer na inutilidade preventiva da mesma, que gera um choque emocional insuscetível de se transmutar em prevenção perante os demais, mas apenas em horror e compaixão¹¹³. Ressalva, todavia, duas situações excepcionais que permitiriam a adoção da pena de morte: uma quando o indivíduo, ainda que privado de sua liberdade, mantenha relações que comprometam a harmonia social, e outra quando a sua existência mesma resulte em potencial instabilidade ao governo legitimamente constituído¹¹⁴ – ambas situações atentatórias ao que hoje chamar-se-ia de *segurança nacional*.

Por influência dos debates ensejados por sua obra, anos mais tarde, adviria a *Reforma da legislação criminal toscana de 30 de novembro de 1786*, que, em seu parágrafo 51, declarava

abolir para sempre a pena de morte contra qualquer réu, seja primário ou contumaz, e ainda que confesso e convicto de qualquer delito declarado capital pelas leis até aqui promulgadas, todas as quais ficam revogadas e abolidas no que a isso se refere¹¹⁵,

fato que significou a primeira experiência de abolição da pena de morte no mundo moderno. Na França pré-revolucionária, também Malesherbes promoveu a abolição da pena capital¹¹⁶. De outra parte, porém, tem-se que as hipóteses ressalvadas por Beccaria acabaram por conferir elementos para uma fundamentação racional ao indiscriminado abuso da pena capital contra dissidentes

⁽¹⁰⁵⁾ Idem, ibidem, § XLI, p. 99. Nota-se haver Beccaria sido adepto da idéia de separação de poderes tal qual concebera Montesquieu, segundo a qual o juiz, ao interpretar a lei, torna-se um legislador de fato, invadindo seara alheia – para a qual não possui investidura. Segundo Montesquieu, ao magistrado cumpre apenas a função de aplicador da norma, isto é, “la bouche de la loi” (a boca da lei).

⁽¹⁰⁶⁾ CÂMARA, Guilherme C. “Beccaria e...” op. cit., p. 325.

⁽¹⁰⁷⁾ Trad. livre de: “per lo più falsi ed opposti al fine proposto”. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti...* op. cit., § XLI, p. 98.

⁽¹⁰⁸⁾ Idem, ibidem, § XLI, p. 99.

⁽¹⁰⁹⁾ “la maggior parte delle leggi non sono che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcuni pochi”. Idem, ibidem, § XLI, p. 99. Neste trecho o autor menciona um dado que jamais parece ter se desligado do direito penal: sua utilização como instrumento de dominação, que o torna grave fator de marginalização social – vide as correntes leis penais atinentes à questão das drogas, que, de fato, pouco têm feito além de criminalizar a juventude pobre das grandes cidades – de que o Brasil é caso exemplar.

⁽¹¹⁰⁾ Idem, ibidem, § XLI, p. 99.

⁽¹¹¹⁾ “o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e’ non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati. (...) Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti”. Idem, ibidem, §XVI, p. 54-55.

⁽¹¹²⁾ “Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l’arbitrio di ucciderlo?”. Idem, ibidem, § XXVIII, p. 73.

⁽¹¹³⁾ Idem, ibidem, § XXVIII, p. 74-77.

⁽¹¹⁴⁾ Idem, ibidem, § XXVIII, p. 73.

⁽¹¹⁵⁾ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 1992, p. 164.

⁽¹¹⁶⁾ CÂMARA, Guilherme C. “Beccaria e...” op. cit., p. 312.

políticos, havido na Revolução Francesa e em outros conflitos que lhe sucederam¹¹⁷.

4. CONCLUSÃO

Constituiu, portanto, o iluminismo, momento cardinal da história do direito penal. E, de fato, o iluminismo penal dos setecentos não poderia ter existido sem que a filosofia jusnaturalista moderna não houvesse possibilitado, ao longo dos séculos XVI e XVII, a secularização das teorias do Estado. Ademais, o mesmo jusnaturalismo moderno ainda desempenhou a essencial função de elaborar um sistema jusracionalista autônomo, predecessor da ruptura moral e religiosa ensejada pelo iluminismo¹¹⁸. Por seu turno, necessário se faz recordar que o princípio contratualista sustentante de muito da ciência política do século das luzes subsistiu mais como fundamento lógico-racional hipotético do que como um improvável fato histórico¹¹⁹. E foi com base na necessidade de se defender a coletividade organizada através do contrato social que Beccaria, com claras influências rousseauianas, concebeu *Dos delitos e das penas* – reitere-se, obra mais coletiva que individual, resultante dos debates entre jovens entusiastas do racionalismo inglês e do iluminismo francês congregados na *Accademia dei Pugni*¹²⁰.

Com efeito, havendo logrado apartar, ao menos no campo teórico, da religião o direito penal, o iluminismo não apenas rompeu com a suposta inexorabilidade da relação crime-pecado¹²¹, mas permitiu que melhor se considerasse a tutela dos direitos individuais – algo até então inexistente, porque incompatível com a concepção teocrática do direito¹²².

Remarque-se, outrossim, o acerto da teoria política iluminista ao inserir a questão penal no seio de suas elaborações atinentes ao Estado e à sociedade, em decorrência do fato de o poder punitivo sempre haver sido instrumento de dominação requerido pelos mais variados governos para a consecução de seus objetivos – nem sempre

legítimos – algo que remanesce indissociável da práxis política, conquanto a doutrina penal dos tempos mais recentes haja se afastado dessa realidade¹²³.

Dos delitos e das penas significou o auge das contestações iluministas ao direito penal do *ancien régime*, e representou o momento de *fundação do direito penal moderno*. A obra de Beccaria, que sintetizava o pensamento de seu tempo sobre o tema, pautou-se pela clareza e organicidade na exposição das idéias e argumentos e pela intransigência na defesa de seus postulados. Possibilitou, com isso, que em um curto espaço de tempo se modificassem profundamente as doutrinas sobre a finalidade da pena, os fundamentos do direito de punir, o processo criminal, a prevenção, a origem e a própria legitimidade de cada pena, a racionalidade das leis – e inseriu definitivamente na teoria penal noções como a utilidade e a proporcionalidade das penas, além da consideração da dignidade do delinqüente. Protestou contra a tortura e a pena de morte como jamais se fizera e, mesmo em momentos polêmicos do texto, como quando excepciona a proibição da pena capital nos casos supracitados, ou quando defende a imprescritibilidade das penas para crimes atrozes¹²⁴, não deixou de ser progressista em vista da realidade que conhecia¹²⁵.

Indubitável foi, portanto, a contribuição beccariana para a *humanização* do direito penal material e processual. E, a respeito desta, se é verdade que ocorre desde os primórdios da história – conforme anota Reale Jr.¹²⁶ – foi com o iluminismo que adquiriu especial velocidade e relevância social. Ademais, se os pensadores iluministas não realizaram uma efetiva sistematização do direito penal em seu tempo, é certo que indicaram a estrada a percorrer para os reformadores que os sucederam¹²⁷.

O acolhimento das críticas de Beccaria fez com que restasse patente a necessidade de se realizar esforços de sistematização das normas jurídicas, o que resultou nas primeiras codificações modernas, havidas entre fins do século XVIII e início do século XIX, invariavelmente, cite-se, focadas na idéia de prevenção geral lançada por *Dos*

(117) BRAGA DA CRUZ, Guilherme. "Discurso proferido por ocasião do centenário da abolição da pena de morte em Portugal – 1967". Apud CÂMARA, Guilherme C. Ibidem, p. 312.

(118) CÂMARA, Guilherme C. "Beccaria e..." op. cit., p. 314-315.

(119) REALE JR., Miguel. Instituições... op. cit., p. 18.

(120) SÁINZ CANTERO, José A. La ciencia... op. cit., p. 52. A esse respeito, não podemos deixar de discordar da afirmação de SPIRITO segundo a qual *Dos delitos*... viria a ser apenas a "expressão da mentalidade dominante comum, de que Beccaria é quase instrumento" ("espressione della comune mentalità dominante, di cui il Beccaria è quasi uno strumento". Storia del... op. cit., p. 35 - grifo nosso). Consoante tratamos aqui, restou manifesta a dificuldade de introdução dos postulados iluministas nas sociedades daquele tempo, cujos reinantes e aristocratas eram ainda fortemente influenciados pelas teorias absolutistas da baixa Idade Média – não foi por outra razão, repita-se, que HOBBSAWM classificou o iluminismo como uma ideologia revolucionária (supra, nota 20).

(121) Fazendo, portanto, com que a pena deixasse de ser vista como mero castigo, ontologicamente considerado, o que ocorria havia séculos por força do predomínio do direito canônico na baixa Idade Média. Nosso, Da legalização... op. cit., p. 46.

(122) FIORE, Carlo. *Diritto penale*... op. cit., p. 23-24.

(123) Vide supra, nota 40.

(124) BECCARIA, Cesare. Dei delitti... op. cit., § XXX, p. 81-82.

(125) Particularmente acerca da pena de morte, observa BOBBIO, aparentemente com razão, que a discussão sobre sua abolição apenas teria começado, ora remanescendo incipiente, ainda, face à sua incontestada presença ao longo de milhares de anos de história da humanidade. A Era dos... op. cit., p. 161 et. seq.

(126) REALE JR., Miguel. Instituições de direito penal – vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 03.

(127) FIORE, Carlo. *Diritto penale*... op. cit., p. 31.

*delitos...*¹²⁸. Anos depois, o iluminismo penal inspiraria fortemente a escola penal liberal – ou clássica – que realizaria grandes avanços na teoria do delito e na teoria da pena. Mas suas influências não cessariam ali, sendo certo que seus princípios e postulados atravessaram toda a história do direito penal desde então, e, de fato, o *pequeno grande livro* constitui “um guia permanente para os estudiosos e profissionais do direito e do processo penal até os dias correntes”¹²⁹.

5. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Therezinha M. Deutsch; Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- BACON, Francis. *Novum organum*. Trad. José A. Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Arnoldo Mondadori, 1991.
- _____. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 1992.
- _____. ; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira et. al. São Paulo: Imprensa Oficial – UNB, 5ª ed., 2004.
- CÂMARA, Guilherme Costa. “Beccaria e o pensamento jurídico-criminal”. In *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 11, no. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301-335.
- CHAUÍ, Madalena de Souza. “Rousseau – vida e obra”. In ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 05-21.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana P. Zomer; Fauzi H. Choukr; Juarez Tavares; Luiz F. Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Diritto penale – parte generale*, vol. I, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2001.
- HOBBSBAWM, Eric John. *A Era das revoluções*. Trad. Maria Teresa L. Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 18ª ed., 2004.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *El Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- MACHADO, Lourival Gomes. “Introdução”. In ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 31-44.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Trad. Fernando H. Cardoso; Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Instituições de direito penal – parte geral, vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes S. Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. *Les Rêveries du promeneur solitaire*. Disponível [on-line] em: http://www.france.diplomatie.fr/culture/biblio/foire_aux_textes/textes/ROUSSEAU/R_VERIES/R_VERIES.RTF. Acesso em 05/07/2005.
- RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Trad. Laura Alves; Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio. *La Ciencia del derecho penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1970.
- SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano – da Cesare Beccaria ai giorni nostri*. Torino: Tipografia Carlo Accame, 2ª ed., 1932.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Da legalização das drogas como instrumento de política criminal*. Tese de láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.
- TRUC, Gonzague. “Introdução”. In MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Trad. Fernando H. Cardoso; Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 31-44.
- VENTURI, Franco. “Nota introdutiva”. In BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Arnoldo Mondadori, 1991, p. 03-31.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2003.

⁽¹²⁸⁾ FIORE, Carlo. *Diritto penale...* op. cit., p. 36.

⁽¹²⁹⁾ DOTTI, René Ariel. *Curso de...* op. cit., p. 145.

GIAMBATISTTA VICO

Sulla relazione di ideale e fattuale, di metafisica e storia nel passaggio dal *De Uno* alla *Scienza Nuova*

Marco VANZULLI*

RESUMO

O trabalho pretende analisar a trajetória do filósofo e jurista Giambattista Vico, em suas obras *De Uno* e *Scienza Nuova*, obra que promove o estudo das coisas humanas à esfera científica. *De Uno* expressa uma posição particular do autor a respeito da moderna teoria do direito natural e, em *Scienza Nuova*, Vico destaca o jusnaturalismo em seu aspecto estratégico e histórico. O diálogo das duas obras permite a compreensão mais aprofundada do pensamento jurídico de Vico.

Palavras-chave – Vico, ciências, filosofia.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the trajectory of Giambattista Vico, philosopher and jurist, based upon his two works *De Uno* and *Scienza Nuova*. This latter one promotes the study of humanities to scientific level. *De Uno* express the author's particular position about modern theory of natural right, whereas in *Scienza Nuova* Vico stands out Jusnaturalism in its strategic and historical aspect. The dialogue between these two works allows a deeper understanding of Vico's juridical thought.

Key-words – Vico, sciences, philosophy.

Per lo storico della filosofia costituisce un'impresa difficile, sovente vana, il rinvenimento di una precisa influenza o filiazione teoretica che si stagli chiaramente tra tutte le altre fonti che compongono il mosaico di confronti e rimandi di un testo, e che gli permetta di scoprire così un'effettiva e sicura continuità, l'illusione di essere sulle tracce della storia della filosofia in persona. Tanto più il reperimento di tali singole presenze è arduo e vano rispetto ad un'opera quale quella vichiana, così poco attenta agli autori e tutta incentrata sulle questioni, anche qualora i suoi riferimenti sembrino composti proprio *ad personam*, come nel celeberrimo caso dei «quattro auttori» o di Cartesio.

Nella impostazione e risoluzione delle concrete questioni teoriche, le diverse influenze si sommano, si confondono e si perdono, e ciò che ad un primo sguardo appariva semplice si è complicato, la determinazione storico-filosofica si è trasformata in un più vasto problema di conoscenza. Nel *De Uno*, Vico appare trovarsi in una posizione particolare rispetto alle moderne teorie del diritto naturale: influenzato fortemente da temi giusnaturalistici, in particolare groziani, eppure, al tempo stesso, già critico verso di essi. La presenza di Grozio, studiato solo pochi anni prima, in occasione della composizione del *De rebus gestis Antonj Caraphei*, è certo ancora consistente. Occorre ricordare, con Guido

^(*)Formado em Filosofia pela Universidade de Milão

Fassò, insieme insigne grozista e vichista, che Grozio non è, propriamente, a capo di nessuna scuola giusnaturalistica: «prima d'aver letto Tomasio o il Barbeyrac – e nel Seicento ovviamente nessuno li aveva letti – non era facile scorgere in Grozio più che un umanista ispirato, appunto, agli Stoici e a Cicerone, ricollegantesi a quella dottrina ciceroniana della *vera lex recta ratio naturae congruens* che proprio un Padre della Chiesa, Lattanzio, aveva salvato dalla dispersione del *De re publica* perché gli era apparsa enunciata da 'una voce quasi divina'». Le tesi filosofiche del *De iure belli ac pacis*, inoltre, «non facevano che riecheggiare tradizionali dottrine scolastiche»¹. Fassò non può però esimersi dal distinguere Grozio dalla scolastica, per il fatto che nel suo razionalismo è escluso qualsivoglia intervento divino, a sostegno o a modifica del diritto naturale². Certo, la distinzione, che poi passerà nel pensiero medievale, tra *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile* è opera dei giuristi romani, e per Vico era una materia di riflessione con cui aveva grande familiarità³. Nel *De Uno*, dunque, quella di Grozio è una presenza rilevante, come si può ravvisare a un primo sguardo dalla convergenza su alcuni temi: il *verum* definito *ratione dictatum*⁴, la contrapposizione di *diritto naturale* e *diritto civile*; il motivo della naturalità della società (in Grozio l'*appetitus societatis*, la ricerca della vita sociale *pro sui intellectus modo*⁵); i precetti del diritto naturale; poi la polemica contro l'utile, cioè contro la riduzione della giustizia a mera utilità, che in Grozio si rivolge, o meglio assume come simbolo, Carneade di Cirene, rappresentante, nel II sec. a.C. dell'Accademia platonica, in cui si era affermato già con Arcesilao un orientamento scettico⁶. Carneade come negatore della giustizia è simbolo peraltro mantenuto da Vico⁷. Grozio sostiene che l'utile non rende

conto pienamente neanche del comportamento animale o infantile – del primo perché gli animali moderano la ricerca del proprio utile individuale a vantaggio della prole o dei loro simili; dei secondi perché, prima di ogni educazione, i bambini rivelano una certa tendenza a fare del bene agli altri, e sentono la compassione –, tanto meno dell'uomo adulto, che è in grado, al di sopra dell'utile, di agire secondo principi generali⁸.

È dunque prendendo spunto dall'esigenza di Grozio di subordinare l'utilità alla giustizia che quest'ultima è definita nel *De Uno* come ciò che «utilitates dirigit et exaequat»⁹. Per ciò stesso, la società è il luogo in cui l'uomo, per natura, coltiva la propria razionalità, e in cui avviene la condivisione armonica delle utilità: «homo natura factus, non ad sua solius, ut ferae bestiae, sed ad communicandas cum aliis hominibus utilitates. Atqui natura imprimis est ad societatem veri rationisque colendam: igitur factus ad communicandas utilitates ex vero et ratione [...] homo natura factus ad communicandas cum aliis hominibus utilitates ex aequo bono. Societas est utilitatum communio, aequum bonum est ius naturae: igitur homo est natura socialis»¹⁰. Non si vive in modo conforme alla verità e alla ragione laddove non si vive socialmente¹¹. Vico avverte tuttavia l'esigenza di definire su quale fondamento poggi nell'uomo l'*utilitas*: «Utilitates [...], quae cupiditatem cient, corpore constant»¹². L'*utilitas* rimanda dunque alla *cupiditas*, al *corpo*. Ciò che muove la concupiscenza sono le cose finite relative al corpo: «Cupiditas excitatur rebus, quarum inopia laboramus, igitur rebus finitis: excitatur autem per sensus, qui corporis sunt. Quae autem corporis sunt a corpore moventur: igitur cupiditas excitatur rebus finitis corporeis»¹³. L'*utilitas* consiste allora nella soddisfazione

⁽¹⁾ G. Fassò, *Vico e Grozio*, Napoli, Guida, 1971, pp. 15-16.

⁽²⁾ «Per lui la legge naturale (o meglio il diritto naturale, giacché egli lo chiama sempre così, 'ius naturale') non deriva affatto da una *lex aeterna*, per mezzo della quale Dio abbia ideato, abbia creato e governi ogni cosa; questo lo affermavano gli Scolastici, seguendo San Tommaso, per il quale la *lex aeterna* è la ragione del governo di tutte le cose in Dio in quanto reggitore dell'universo, e la *lex naturalis* è la parte di tale legge eterna presente nell'uomo in quanto creatura razionale. Per Grozio, com'è fin troppo noto, il diritto naturale è dettato dalla ragione dell'uomo indipendentemente da ogni riferimento a Dio, e comunque senza nessuna relazione con una legge anteriore o superiore da cui esso derivi. L'idea di una 'lex naturalis inserta in animis hominum' che 'derivatur' da una 'lex aeterna primaque' con la quale Dio governi l'universo è caratteristicamente scolastica, non groziana. Meno che mai è groziana l'idea che il diritto naturale possa essere violato da Dio, sia pure 'ut Dominus' e non 'ut legislator'. Questa è una tesi tipica degli occamisti, per i quali Dio può derogare al diritto naturale ed alla ragione stessa *de potentia absoluta* (come Signore), anche se non *de potentia ordinata* (come legislatore): lo aveva insegnato l'Occam stesso, ed è quanto di più lontano si può pensare dalla posizione di Grozio, per il quale 'est autem ius naturale adeo immutabile ut ne a Deo quidem mutari queat' proprio perché 'quanquam enim immensa est Dei potentia, dici tamen quaedam possunt, ad quae se illa non extendit': affermazione chiaramente rivolta contro il volontarismo occamistico reviviscente nel calvinismo ed in particolare nel gommarismo» (ivi, pp. 24-25).

⁽³⁾ Su tale distinzione in Gaius, giurista del II secolo d.C., e sulla sua influenza su Vico, cfr. D.R. Kelley, *Vico and gaianism: perspectives on a paradigm*, in AA.VV., *Vico: Past and Present*, a cura di G. Tagliacozzo, Atlantic Highlands (N.J.), Humanities Press, 1981, vol. I, pp. 66-72.

⁽⁴⁾ G. Fassò, *Vico e Grozio cit.*, pp. 81-82. Cfr. Grozio, *De iure belli ac pacis*, I, I, X, 1 e *De uno*, p. 101. Con l'abbreviazione *De uno*, ci riferiremo al *De uno universi iuris principio et fine uno*, in G.B. Vico, *Opere giuridiche. Il Diritto Universale*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, Sansoni, 1974.

⁽⁵⁾ Grozio, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, § 6.

⁽⁶⁾ Ivi, Prolegomena, § 5.7 *De uno*, pp. 31 e 355.

⁽⁷⁾ Grozio, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, § 7.

⁽⁸⁾ *De uno*, p. 57.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 59.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 95.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 57.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 51.

delle cose finite relative al corpo¹⁴. La società è il terreno in cui si media l'egoismo individuale delle *utilitates* con il civismo universale della *ratio*. L'esigenza vichiana di definizione e comprensione dell'*utilitas* lo allontana notevolmente da Grozio. L'*utilitas* non è infatti mero termine negativo, accettato com'è nel senso corrente oppure ripreso immediatamente nei termini classici della contrapposizione di utilità e giustizia di cui si trova un modello eminente nella discussione tra Socrate e Trasimaco nel primo libro della *Repubblica*.

Le *utilitates* sono naturali, risiedono nel corpo, in quanto tali non sono per se stesse né *disoneste* né *oneste*. Ciò che è *disonesto* è la loro disuguaglianza, *onesta* al contrario la loro uguaglianza [*«earum inaequalitas est turpitudinis, aequalitas autem honestas»*]¹⁵. Onestà e disonestà si oppongono come l'*eterno vero* della mente e il *flusso temporale delle cose corporee*. È quanto qui Vico ritiene del giusnaturalismo mediato col platonismo. L'*eterno vero* a cui si rifà l'onestà è l'universale monito della ragione, eterno in quanto, sia pure in modi diversi – su questi *modi* diversi si costituirà la possibilità di comprendere la *sapienza poetica*, il *modo* per eccellenza studiato e scoperto da Vico –, vale *semper, ubique, omnibus*¹⁶. Si tratta dello *ius naturale immutabile* di Grozio, che neanche Dio potrebbe cambiare¹⁷. Esso deve regolare l'*utilitas* individuale e corporea, e corporea vuol dire non mentale, sulla base del dualismo di mente e corpo da Vico posto, nel *De Uno*, come premessa

metafisica¹⁸. Allora, come il corpo non è la causa, ma soltanto l'occasione del destarsi nell'uomo dell'idea di vero, così l'utilità non è la causa, ma soltanto l'occasione per cui nell'animo umano si desta la *volontà del giusto*, la verità, il desiderio sociale di *aequalitas*. Vico usa evidentemente la coppia malebranchiana di *causa* e *occasione*¹⁹ e conclude che: «societas aequi boni ex societate veri nascitur»²⁰, osservando, certo non troppo generosamente, che ciò non è stato visto da Grozio, ma soprattutto è stato negato da Epicuro, Machiavelli, Hobbes, Spinoza, Bayle, per i quali la società s'origina soltanto dalla necessità, dal timore, dal bisogno degli uomini isolati e asociali²¹. Le occasioni della comune utilità servono ad avvertire nascostamente [*submonere*] gli uomini del giusto e dell'ingiusto²².

Il generale dualismo metafisico di mente e corpo si riflette dunque, sul piano sociale e politico, come dualismo di giustizia e utilità. Il diritto, pertanto, non poggia affatto sull'utilità, corporea, ma su di un saldo principio razionale. Tuttavia, il *perché* e il *come* della razionalità e della socialità sembrano non coincidere integralmente. Se si prova una lettura del rapporto di fattualità e idealità fondata sulle relazioni dinamiche strutturanti il processo civilizzatore, si scorge che non è il fatto stesso del suo verificarsi a costituire la *ratio*, poiché la *ratio* dell'*exaequatio* civile delle utilità resta, in certa misura, esterna all'effettivo verificarsi di questo uguagliamento, che, sebbene informato da essa, sembra sfuggirle. La *ratio* appare, in questo senso, davvero

(14) Ivi, p. 53. «Ma vi è anche la sfera dell'utilità: e nella sfera dell'utilità nasce il diritto. L'utilità è, in questo primo schema della concezione vichiana, tutto quello che l'uomo prende dalle cose finite con la sua azione, per provvedere ai bisogni della sua azione, che nascono anch'essi dal suo essere finito» (G. Capograssi, *Dominio, libertà e tutela nel «De Uno»*, in *Opere*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1959, pp. 13-14).

(15) *De uno*, p. 61.

(16) Ivi, p. 35.

(17) *De iure belli ac pacis*, I, l. (5).

(18) *De uno*, p. 41.

(19) Per un'analisi del *De uno* rispetto alla *Recherche de la vérité* di Malebranche e alla filosofia di Cartesio, cfr. B. Billi, *Vico interprete di Descartes e Malebranche. Il problema delle verità eterne nel «De uno universi iuris principio et fine uno»*, in *L'interpretazione nei secoli XVI e XVII*, a cura di G. Canziani e Y.Ch. Zarka, Milano, Franco Angeli, 1993, pp. 209-223. Cfr. anche A. Del Noce, *Il problema dell'ateismo. Il concetto di ateismo e la storia della filosofia come problema*, Bologna, Il Mulino, 1964, pp. CIII, CVI, 207-208 e 267-298, e F. Botturi, *La sapienza della storia. Giambattista Vico e la filosofia pratica*, Milano, Vita e Pensiero, 1991, in particolare p. 350 sgg.

(20) *De uno*, p. 67.

(21) Cfr. ivi, p. 61. Abbiamo visto infatti che Grozio polemizza contro l'utilitarismo, da lui personificato in Carneade. Fassò commenta questa incongruenza in un modo che va pienamente nella direzione della tesi che anche noi sosteniamo sul rapporto tra *De Uno* e *Scienza Nuova*: «Certo non è prudente fondarsi, a qualunque proposito, sul *De Uno*, opera rispecchiante un momento della formazione del pensiero vichiano che, pur annunciando la *Scienza Nuova*, è ancora di transizione [...]. Importantissimo per riconoscere le diverse fasi dell'evoluzione del pensiero del Vico, il *Diritto Universale* non esprime tale pensiero nelle sue intuizioni più geniali, suggestionato ancora com'è, soprattutto nel *De Uno*, da dottrine tradizionali che nella *Scienza Nuova* appaiono totalmente superate. Anche i riferimenti a Grozio che vi si incontrano, anteriori di cinque e quattro anni a quanto il Vico dirà di lui nell'*Autobiografia* (contemporanea invece alla *Scienza nuova prima*), potrebbero non essere idonei a chiarire ciò di cui il Vico sentì debitrice a Grozio la propria dottrina definitiva» (G. Fassò, *Vico e Grozio*, cit., pp. 45-46).

(22) *De constantia iurisprudentis*, in G.B. Vico, *Opere giuridiche. Il Diritto Universale* cit., p. 419. «Nonostante quanto ha scritto il Croce, che nega la presenza di una concezione utilitaristica in Vico [...] bisogna invece precisare che se è vero che l'Autore non accoglie acriticamente l'utilitarismo di Epicuro, di Machiavelli, di Hobbes, è altrettanto vero, però, che questa sua critica alla riduzione della realtà umana e, quindi, delle sue manifestazioni in termini puramente utilitaristici, non esclude ma, anzi, implica l'accettazione della presenza del momento della utilità quale momento costitutivo e permanente della storia umana e, pertanto, delle sue varie manifestazioni [...] questo primato ideale della giustizia, quale *vis veri* diretta a regolare e ad equiparare le utilità, non implica affatto la negazione o la messa tra parentesi della ragion d'essere delle utilità, degli interessi umani e dei loro inesauribili e storicamente sempre vari e variabili contrasti sociali. Per il Vico, una giustizia senza il riferimento all'utilità sarebbe puramente vuota, sterile, perché la forza del vero, per agire, deve dirigersi ad un mondo reale, concreto, corposo, qual è, appunto, il mondo della realtà storico-sociale, cioè dell'utilità degli interessi individuali e sociali» (D. Pasini, *Diritto società e stato in Vico*, Napoli, Jovene, 1970).

la nottola di Minerva che vola al tramonto, poiché la sua costituzione è opera del processo stesso, il quale non la può però del tutto risolvere in sé, e in cui essa è comunque attiva. Cerchiamo di definire meglio questa relazione decisamente aporetica²³.

La *ratio* si esprime nell'eguaglianza degli uomini, verità latente alle origini delle società. Sarà, più tardi, nella terza età del corso socioculturale, l'eguaglianza di natura umana a costituire la base del consenso dato dagli uomini all'autorità che li governa. Vico sosterrà allora che la legge è espressione della volontà di tutti i cittadini, codificazione dell'equo civile sentito dalla volontà comune, che sostiene, col consenso, la legge stessa²⁴. La *ratio civilis* della legge è la *pubblica utilità*, e tale *ratio* la fa partecipe della ragione naturale²⁵. Ora, nella società, la *utilitatum communio*, la giustizia come regolazione, direzione e uguagliamento delle *utilitates*, non si dà per una diretta e pacifica conversione razionale dei rapporti interindividuali, ma attraverso un processo graduale, mediato e conflittuale. Le *repubbliche* nascono col costituirsi dell'ordine patrizio, ossia quando i *patres*, coloro che stanno a capo della propria famiglia e dispongono di clienti, cioè di servi che devono loro opere ed ossequio, si uniscono e si riconoscono come eguali. Essi si riconoscono con ciò stesso uguaglianza di diritti, e qui è il primo nucleo della parità giuridica – sia pure limitata allo strato sociale dominante –, conforme alla eguaglianza umana sancita dalla ragione. Vico scrive come titolo di capitolo: «*Rerumpublicarum caussa et occasio*», laddove la causa della formazione dello stato è la *natura sociale* degli uomini, mentre l'occasione è costituita dalla necessità di unirsi contro le sollevazioni della plebe. La plebe è infatti la massa dei clienti in rivolta, dei servi privi di diritti che si sollevano²⁶. L'unirsi e il *riconoscersi come uguali* dei *patres* è allora il riflesso *organizzato* della sollevazione spontanea delle plebi, che in questa unione si scoprono uguali in senso *universale*, perché non si riconoscono semplicemente uguali tra di loro, ma uguali *de jure* anche ai loro signori. Questo riconoscimento dipende proprio, secondo Vico, da una percezione dell'uguaglianza di natura umana tra uomini di ceti diversi, per cui essi giungono gradualmente ad avvertire la *turpitudine* della *inaequalitas* delle *utilitates*. Tale percezione dell'uguaglianza umana avviene però indirettamente, attraverso la rivendicazione di differenti istanze utilitarie.

La lotta sempre carica di idealità non è mai soltanto tale, lotta ideale, ma è sempre concretamente diretta a strappare all'ordine patrizio delle concessioni giuridiche relative alla proprietà, all'esercizio della cittadinanza e del potere politico. Ciò però non è possibile all'individuo, ma all'uomo associato, all'uomo come membro dell'ordine plebeo, al plebeo che si sente membro della patria romana, che avverte l'inadeguatezza della propria condizione di cittadino. La sollevazione plebea conoscerà delle tregue, corrispondenti alle leggi agrarie e alle ulteriori concessioni giuridiche da parte degli aristocratici, ma non si arresterà fino all'affermazione sociale dell'uguaglianza degli uomini, col formarsi dei governi popolari. La lotta per l'estensione dei diritti civili e politici costituisce infatti il filo unitario su cui si snoda la narrazione vichiana della storia romana fino al principato.

I patrizi dunque formano sì lo Stato sulla base della natura razionale dell'uomo, ma per difendersi dal nemico di classe, la plebe, che ha cominciato a sollevarsi unita. È la *paura*, dunque, che sta a fondamento dello Stato come delle sue leggi, che ne è, se si vuole, l'occasione, ma che ne è comunque anche il motore di sviluppo²⁷. La coppia causa/occasione funziona dunque così: il bisogno è ciò che mette gli uomini in condizione di attuare la loro naturale socievolezza, la quale appare, sulla scorta di Grozio, come un dato ultimo, non più investigabile, perché è un dato antropologico costitutivo, è ciò che fa gli uomini uomini. L'occasione permette così di abbandonare ciò che a questa socievolezza naturale si contrappone come il lato oscuro dell'umanità, il piano dell'ostilità naturale (spontanea) e animale delle precedenti fasi (condizione ferina eslege, stato delle famiglie e formazione delle clientele, questi ultimi due momenti chiamati appunto da Vico «*rudimenta rerumpublicarum*»²⁸) per dar vita alle repubbliche oligarchiche e con ciò stesso alla società, trasponendo la condizione di primitiva naturalità verso un piano pienamente socio-culturale d'esistenza. L'occasione permette allora di abbandonare l'ostilità naturale, ma non del tutto, sia perché l'ostilità rimane l'atteggiamento dominante, all'esterno, i rapporti con gli altri popoli (dato, questo, comune a tutte le nazioni antiche), sia soprattutto perché viene mantenuta – benché trasfigurata e carica di valori ideali, talvolta coincidenti nelle opposte intenzionalità

(23) Peraltro, tale relazione aporetica sarebbe superata soltanto nell'ultima *Scienza Nuova*, perché anche nella *Scienza Nuova prima* sembrava «che la provvidenza di Dio, fonte metafisica del diritto naturale da cui si parte il senso comune delle nazioni, sovrapponesse la sua legge alla forza che sviluppa la storia umana» (N. Badaloni, *Il problema della grazia e della provvidenza nella filosofia di G.B. Vico*, «Società», II (1946) 7-8, p. 675).

(24) *De uno*, pp. 80, 89 e 131.

(25) *Ivi*, p. 101.

(26) *Ivi*, p. 127.

(27) Su ciò cfr. N. Badaloni, *Introduzione a G.B. Vico, Opere filosofiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, Sansoni, 1971, pp. XXXIX e LIV.

(28) *De uno*, pp. 117-119.

politiche –, all'interno di una società ordinata dalle leggi, come lotta di classe. Anche l'ostilità naturale, come il suo luminoso contraltare, la naturale socievolezza, appare così come un dato antropologico ultimo, inoppugnabile, di cui va appunto studiata la *dynamis*, la trasformazione, l'insita portata civilizzatrice. Il diritto delle *gentes minores*, cioè delle civiltà costituite e dei governi fondati, proviene dunque dal diritto della forza, con la differenza che la violenza da privata diventa pubblica, e la prima diventa illegittima, la seconda legittima e prerogativa del potere civile²⁹. Le repubbliche, infatti, nascono come unione di *patres* per meglio difendere la proprietà e i diritti famigliari e clientelari di ciascuno, le *utilitates*: lo stato è «*omnium civilium utilitatum communio*»³⁰. Allora, ciò che è *occasione*, l'utilità, non scompare affatto una volta compiuta la funzione di permettere la realizzazione della ragionevole socievolezza degli uomini, ma ne resta a fondamento. Si può supporre così che i due fattori che Vico articola in modo dialettico, la relazione dinamica dell'occasione e della causa, possano anche avere vita indipendente, e costituire due discorsi autonomi se espressi con altro linguaggio, o, il che è lo stesso, fondersi in un unico discorso. La socievolezza degli uomini sarebbe allora sì la ragione, la giustizia, qualcosa che sta a fondamento, ma che si conosce solo nell'indissolubile unione, al limite anche statica, con il suo opposto, l'egoismo delle *utilitates*, che trova la propria ragion d'essere in un piano di bisogni non oltrepassabile dialetticamente. Socialità e individualità sono allora complementari ed anche esprimibili l'una attraverso l'altra. La terminologia di causa e occasione, che Vico prende dalla metafisica malebranchiana, inganna sul reale contenuto del pensiero sociale vichiano. La società non è da intendersi meramente come l'unione degli interessi operata da una ragione *super partes*, e neanche come la piena espressione di una socievolezza che sta al di sopra delle differenze (individualità, classe, etnia ecc.). La società è costitutivamente mediazione di queste due istanze di fatto inestricabili, di cui Vico dà conto utilizzando le nozioni

metafisiche di *causa* e *occasione*, come se fossero opposte, non soltanto sul piano logico, ma anche su quello storico effettivo³¹. In questo secondo senso, l'unità è quella nota della provvidenza come eterogenesi dei fini, in cui gli esiti civili hanno appunto una *genesì* *altra* da quella della pura idealità dirigente il processo socioculturale, e si profila l'apparente spontaneismo di un passaggio per cui «l'uomo nello stato bestiale ama solamente la sua salvezza; presa moglie e fatti figliuoli, ama la sua salvezza con la salvezza delle famiglie; venuto a vita civile, ama la sua salvezza con la salvezza delle città; distesi gl'imperi sopra più popoli, ama la sua salvezza con la salvezza delle nazioni; unite le nazioni in guerre, paci, alleanze, commerci, ama la sua salvezza con la salvezza di tutto il gener umano: l'uomo in tutte queste circostanze ama principalmente l'utilità propria»³². Bene, l'apparente spontaneismo di questo passaggio dall'amore della propria salvezza individuale a quella di tutto il genere umano è invece la risultante di una complessa estensione della socialità umana, dell'inclusione delle *utilitates* nella socievolezza, di una partecipazione sempre più generale dell'individualità all'universale sociale. Per chiarire questo punto abbiamo fatto ricorso, non a caso, alla *Scienza Nuova*. La provvidenza, tuttavia, nello stesso *De uno*, opera «*'rebus ipsis dictantibus' [...] hoc est ipsarum sponte rerum*»³³. Con l'estensione delle leggi generali al mondo storico si toglie alla provvidenza ogni capacità operativa indipendente dalle *occasioni*³⁴. Vico dunque sa benissimo che l'occasione è tanto importante quanto la causa: è per questo che il suo pensiero si rivela subito critico dell'orientamento giusnaturalistico. Certo, rispetto all'ordine oligarchico costituito dai *patres* a difesa comune contro le rivendicazioni della plebe, lo sviluppo sociale, in quanto sviluppo della lotta e nella lotta per la condivisione, il pareggiamento [*exaequatio*] delle *utilitates*, tende all'estensione dell'universalità, però ciò non implica mai il venir meno dell'*utilitas*. Dal punto di vista giuridico-economico, la prima universalità è la proprietà dell'individuo, poi quella del *pater familias*, ma in terzo luogo è lo stato

(29) Ivi, p. 159.

(30) Ivi, p. 127.

(31) Per una lettura del pensiero vichiano attraverso la categoria della medietà, cfr. E. Paci, *Ingens sylva*, Milano, Bompiani, 1994² (Mondadori, 1949).

(32) *Sn44*, in G.B. Vico, *Opere*, a cura di A. Battistini, Milano, Mondadori, 1990, p. 548.

(33) *De uno*, p. 61. Cfr. però Badaloni: «nel *De Uno* il concetto di provvidenza era il risultato e la conclusione di un processo di ricerca che dalla molteplicità dei fatti giungeva alla unicità del principio. Qui [nella *Scienza Nuova*] invece il Vico, attinta coscienza di questa unicità, sente la necessità di stabilire e giustificare dialetticamente il rapporto, presupponendo quasi dogmaticamente il concetto di provvidenza ma cercando di dimostrare il suo contatto col senso comune della umanità; anzi più che rapporto si potrebbe parlare di spezzettamento del concetto di provvidenza nel senso comune dei popoli e delle nazioni a cui, si ricordi, si riduce ogni pensare umano. Il concetto di provvidenza è sorto nel *De Uno* per rispondere alla esigenza di dare un carattere di oggettività al pensare dell'uomo; ora questo carattere di oggettività vuole riportarsi e ricalarsi in quel pensare umano di cui costituisce la oggettività; non nel pensare individuale, che come tale è al di fuori della oggettività, ma nel pensare sociale che accomuna un popolo ed una nazione, e che sprigiona da sé una sua sicura oggettività» (N. Badaloni, *Il problema della grazia e della provvidenza nella filosofia di G.B. Vico* cit., p. 674).

(34) Cfr. N. Badaloni, *Introduzione* a G.B. Vico, *Opere filosofiche*, cit., p. XXXVII: «L'ordo, infatti, per la sua stessa interna necessità, per la ripetibilità (attraverso il tema del *recursus*) non è più utilizzabile ai fini di una dimostrazione di provvidenzialità, che prescinde dalle cause generali attraverso cui opera, cioè dalla necessità naturale» (*ibidem*).

(*respublica*), che nasce come unione dei patrimoni di tutti i *patres*. Se l'uomo avesse continuato a vivere isolato, come il bestione eslege, forse in breve tempo si sarebbe spento il genere umano³⁵. L'equità non comporta l'abbandono del piano dell'utilità individuale, la quale conosce appunto questa estensione nel senso della coincidenza *de facto* col piano dell'universalità per cui l'individuo congiunge il proprio utile con quello di una comunità sempre più grande³⁶. Ma è al consorzio sociale che si debbono infine tutti i beni della vita³⁷. La degenerazione socioculturale consiste proprio nel ritorno delle civiltà più raffinate al primigenio egoismo dei bestioni, poiché, per una serie di condizioni peraltro non ineluttabili, «tai popoli a guisa di bestie si erano accostumati di non ad altro pensare che alle particolari proprie utilità di ciascuno [...] nella loro maggiore celebrità o folla de' corpi, vissero come bestie immani in una somma solitudine d'animi e di voleri»³⁸. Ciò che accade qui, nella barbarie della riflessione, è ancora una coincidenza di *ratio* e *utilitas*, ma di segno opposto rispetto a quella originaria, nella misura in cui una *ratio* emersa del tutto dalla sua latenza senso-fantastica – staccatasi dalle componenti sensibili e fantastiche della personalità umana, e perciò divenuta sterile – sostiene una *utilitas individuale* tornata essa stessa a uno stato di latenza rispetto alla sua piena inclusione nella socialità.

È significativo che nel *De Uno* si utilizzi anche il concetto di *occasione* da solo, disgiunto da quello di causa. Vi si dice che i romani sfruttarono nel modo migliore le proprie *occasioni*. Innanzitutto, il fatto di sorgere presso il potentissimo regno etrusco, ma circondati da tante piccole eppur valorose repubbliche oligarchiche. Fu determinante poi la capacità di trasformare la loro interna lotta sociale in potenza di conquista. Seppero infatti mantenere in equilibrio il conflitto sociale, ordinandolo con le leggi, evitando sia la tirannide che la libertà popolare, e scongiurando così l'uso interno della forza, la guerra civile, dovendo però continuamente utilizzare la forza medesima in guerre di

conquista che ne determinarono la grandezza tra i popoli. Si tratta di *occasioni* congiuntesi e prudentemente amministrate. Non c'è altro che l'*occasio*, l'incontro delle condizioni favorevoli, della *fortuna* machiavelliana, a dare la *ratio* del fenomeno studiato, in questo caso le ragioni del successo dei romani nel conquistare l'*orbis terrarum*³⁹. La *ratio* della storia sociale è data dall'incontro di *occasioni* e *natura* delle cose, vale a dire dalla *spiegazione logico-storica* che dispone una costellazione di fattori in una relazione causale di valore generale. Vale a maggior ragione l'esempio dei campani, dei numantini e dei cartaginesi. Si tratta di popoli che Vico usa citare insieme, perché sono quelli che avrebbero potuto fermare la nascente potenza romana e sostituirsi ad essa. Ed è proprio questo il punto. Perché ciò non accadde? Nella *Scienza Nuova*, Vico fornisce delle motivazioni poco soddisfacenti dal punto di vista storico: i capuani «furono prevenuti dalla mollezza del cielo e dall'abbondanza della Campagna felice»; i cartaginesi «furono prevenuti dalla natia acutezza africana che più aguzzarono coi commerci marittimi»; più interessante, perché tocca il tema della relazione tra differenti corsi storici, la ragione addotta per i Numantini, che «sul loro primo fiorire dell'eroismo furono oppressi dalla romana potenza»⁴⁰, e ciò li fa un *analogon* degli americani conquistati dagli europei⁴¹. Nel *De Uno*, il discorso è più generale, Vico non si dà la pena di ricercare il motivo specifico della sconfitta con i romani subito da ciascuna di queste civiltà, ma osserva soltanto che se esse avessero avuto le stesse occasioni dei loro avversari, ci sarebbe rimasto oggi il diritto campano, quello numantino o quello cartaginese⁴². Furono infatti le leggi con cui i patrizi romani ordinarono il conflitto sociale che resero possibile l'affermazione politico-militare della potenza imperiale. Le leggi ordinate dai patrizi hanno del resto lo scopo di mantenere il più possibile gli antichi costumi – i costumi sono sempre più antichi delle leggi –, il fondamento del loro potere, e ciò costituisce la loro specifica *utilitas*. Se il mutamento non si produsse mai per iniziativa dei *patres*, fu però la capacità dei patrizi

⁽³⁵⁾ *De uno*, p. 129.

⁽³⁶⁾ «It must be emphasised that this involves no appeal to some absolute or ahistorical standard of justice. On the contrary, the people of any historical period will have inherited, in their positive law, the embodiment of an historicised ideal of the equitable. If that no longer seems adequate to the situation, any new changes must start from that point and be seen to be more equitable in the new circumstances [...] it would seem that Vico holds that all nations will have a history in which their legal structures exhibit a common pattern of development in response to a common set of ideas about what is just or equitable in the circumstances at any given stage. It might, indeed, look as though this ideal exists as some sort of historicised Platonic Idea, becoming ever more accessible as men grow more rational and more capable of grasping it. This is not, however, what Vico means» (L. Pompa, *Vico. A Study of the «New Science»*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990² (1975), pp. 189-190).

⁽³⁷⁾ *De uno*, p. 129.

⁽³⁸⁾ *Sn44*, p. 967.

⁽³⁹⁾ *De uno*, p. 147. Cfr. ugualmente, a proposito della *Scienza Nuova prima* N. Badaloni, *Il problema del factum nel mondo vichiano*, «Clio» IV (1968) 3-4, p. 391.

⁽⁴⁰⁾ *Sn44*, pp. 953-954.

⁽⁴¹⁾ G.B. Vico, *Principj d'una Scienza Nuova, d'intorno alla comune natura delle nazioni*, a cura di M. Sanna e F. Tessitore, Napoli, Morano, 1991, § 448 (si tratta della ristampa anastatica dell'edizione del 1730). Cfr. anche *Sn44*, p. 956.

⁽⁴²⁾ *De uno*, pp. 147-149.

romani di preservare le antiche condizioni del loro potere, a costituire a sua volta il principale presupposto della potenza romana⁴³. Nella misura in cui lo stesso tentativo aristocratico di mantenimento dello statu quo si scontra con le esigenze di eguaglianza sollevate dalla plebe, si forma una sorta di equilibrio interno – equilibrio instabile, lo si è già accennato, composto di tregue che segnano dei passi avanti verso l'eguaglianza giuridica –, in cui la violenza primigenia, trasformata adesso in lotta sociale e carica delle opposte rivendicazioni delle due parti in lotta, diventa forza di conquista, patriottismo, ansia di emancipazione e d'inclusione. La politica estera è per i cittadini di secondo livello di Roma il campo in cui poter fare avanzare ulteriormente l'*exaequatio* a cui tende il conflitto, mentre la lungimiranza dei cittadini di primo livello, che conducono la guerra stessa, nei confronti dei popoli conquistati, è anch'essa un'estensione provvidenziale in funzione del contenimento e del raffreddamento della guerra interna. Si potrebbe, attraverso logiche argomentative che fanno un po' il verso a Hegel, mostrare il carattere simmetrico della tensione di politica estera e politica interna nei due ceti contrapposti, così come la presenza in entrambi del momento della *ratio* e di quello dell'*utilitas*. La *ratio* conservatrice della socialità dei *patres* uniti in ordine si oppone all'interesse delle *utilitates* plebee, le quali tendono però verso un'estensione della socialità di contro al mantenimento dei privilegi, delle inveterate *utilitates* dei padri. Non è questo il testo in cui mettere in luce come una tale simmetria sia più apparente che reale, perché la logica principale, anziché essere quella hegeliana della riflessione, è piuttosto la logica dell'estensione della *ratio* sociale contro la conservazione, e perciò non è, in fin dei conti, pienamente dialettizzabile⁴⁴. Qui ci preme invece far vedere come sia stretto l'intreccio di *ratio* e *utilitates*, di *causa* e *occasiones*, la cui idealità peraltro non viene meno per il fatto di essere in tutto e per tutto risolvibile nei termini del conflitto, nelle contraddizioni del processo che la fa emergere⁴⁵.

A questo punto, l'argomento giusnaturalistico groziano della razionale natura socievole dell'uomo è scomparso come riferimento teorico, non perché in se stesso non vero, ma perché non valido a spiegare le *ragioni* storiche dei fenomeni; perché *soltanto vero*, è inutile a dar conto

dell'*universale* nesso di fattori che sta alla base della formazione degli imperi. Per far ciò occorre unire il *vero* e il *certo*, dove il *certo* è, in questo caso, la tradizione storica relativa a Roma, e il *vero* è proprio la *regola* di questo accadere come combinatoria logico-storica delle *occasiones*, da cui si desume il *fattore universale* (il *vero* appunto, la *storia ideal eterna*), ovvero la storia socio-culturale *ideale*, data in questo caso dal rapporto tra la lotta di classe interna e la sua parziale soluzione attraverso le leggi (le leggi agrarie innanzitutto). Soluzione *parziale*, perché richiede *al tempo stesso* che queste forze vengano sviarate nella guerra di conquista. Di qui la grandezza di Roma (il *certo*, il *particolare*) è spiegata attraverso la determinazione di un fattore socio-culturale universale (il *vero*, l'*eterno*). *Causa* e *occasiones* giungono adesso davvero a coincidere. È, per esempio, il conflitto sociale, ovvero la lotta delle *utilitates*, a determinare, nel modo del *pactum*, il mutamento della forma di governo. Il *pactum* è un contratto in cui gli interessi sociali si fissano come nuovi rapporti di potere. Esso comprende innumerevoli casi, potendo dar vita a moltissime combinazioni di governi misti⁴⁶. Certo, è evidente che l'occasione non è la causa. L'occasione è ciò che dà alla determinazione dello sviluppo sociale quella specifica espressione di una forza o potenzialità. Tuttavia, in Vico l'uso di tale coppia non risponde alla medesima strategia malebranchiana. Si tratta qui di due differenti livelli dell'agire sociale – individuale e collettivo, utilitaristico e civilizzatore –, e non di due differenti piani ontologici. Senza contare il fatto che la società non è l'esecuzione di un piano razionale, ma qualcosa che si produce spontaneamente, con *leggi proprie*, rispetto al piano delle intenzioni umane, rispetto al mero piano delle utilità, che una «divina mente legislatrice» trasporta dal piano immediato delle solitudini bestiali a quello degli ordini civili⁴⁷. La distinzione malebranchiana del *De Uno* tra causa e occasione viene dunque pian piano abbandonata. La teleologia di una ragione latente che si deve affermare, di una *vis veri* che è causa, occasionata dal movimento della società, decade quando l'opera di Vico, a partire dalla sua base giuridico-giusnaturalistica, assume a proprio oggetto fondamentale la *dynamis* sociale (le *nazioni*). Ne è segno una concezione che nega il progresso, l'emergere della ragione è sempre esposto al rischio del suo venir meno. Se, ad esempio, da un lato il diritto dei popoli tende ad

(43) Ivi, p. 171.

(44) Abbiamo provato a trattare di questo aspetto della questione in M. Vanzulli, *Leggi e conflitto sociale in Vico* «Quaderni Materialisti» 2 (2003), pp. 155-164.

(45) «Per il Vico, la realtà giuridica è una realtà complessa, risultante dalla compresenza dei tre termini o elementi costitutivi: quello fattuale (utilità contrastanti, forza, autorità), quello normativo-imperativo (*certum*) e quello assiologico-teleologico (*verum*). E tra questi tre termini non solo esiste un rapporto dialettico per cui solo astrattamente si può pensare ad uno di essi senza, al tempo stesso, riferirsi agli altri, ma c'è anche una reciproca tensione per cui la prevalenza di un termine sull'altro determina una diversa forma storica, specifica, peculiare del diritto. La realtà giuridica, infatti, oltre che realtà complessa, è realtà antinomica: il *nomos* è figlio di antinomie» (D. Pasini, *Diritto, società e stato in Vico*, Napoli, Jovene, 1970, pp. 47-48).

(46) Cfr. *De uno*, pp. 213-215.

(47) Cfr. *Sn44*, p. 497.

avvicinarsi al diritto naturale, in virtù dello sviluppo verso un'età della «ragion umana tutta spiegata»⁴⁸, è vero altresì che il rischio del venir meno della ragione è tanto più forte e verosimile non quando la ragione è agli albori e ancora prossima al mondo fantastico, ma quando perviene al suo raffinamento e raggiunge il culmine del processo civilizzatore di un popolo. Il massimo d'incivilimento si tocca e si rovescia nella peggior barbarie, quella della riflessione. Di qui sono aperte più strade, tre esattamente⁴⁹, ma tutte indicano la necessità di un ristabilimento di condizioni in cui alla ragione si accompagnino le determinazioni sensibili-fantastiche. L'ideale vichiano è quello di un'unità armonica delle qualità umane, che non si dà come epifania alla fine del ciclo. Il ciclo poi, è bene ricordarlo, non è quello della storia universale, ma quello della storia particolare di ciascuna nazione. Non vale per Vico quanto scriveva Condorcet nell'*Esquisse*: «la natura non ha posto alcun limite al perfezionamento delle facoltà umane [...] la perfettibilità dell'uomo è realmente indefinita [...] i progressi di questa perfettibilità [...] non hanno altro limite che la durata del globo sul quale la natura ci ha gettato. Senza dubbio, questi progressi potranno seguire un cammino più o meno rapido, ma esso dovrà essere continuo e mai retrogrado»⁵⁰.

Il prodursi della *ratio* come estensione progressiva della socialità conservativa delle *utilitates* in una più ampia prospettiva civile è compatibile con l'impianto filosofico del *De uno*? Non lo inficiano forse le *degnità* genealogiche de *La Scienza Nuova*? «*Natura* di cose altro non è che il *nascimento* di esse in certi tempi e con certe guise»: le condizioni sono costitutive, determinano cioè il carattere ontologico delle *cose*, non ne sono meramente l'occasione; «*le proprietà inseparabili da' subbietti devon essere produtte dalla modificazione o guisa con che le cose son nate*; per lo che esse ci posson averre tale e non altra essere la natura o nascimento di esse cose»⁵¹. Non vi può certo essere una piena compatibilità tra questi assiomi e un'opera in cui ancora è sostenuta una posizione innatistica⁵². Le *degnità* genealogiche costituiscono il banco di prova, il punto forte o debole di ogni interpretazione vichiana, ciò che in qualche modo la rende valida. Usando una concettualizzazione cara a Bachelard e ad Althusser, esse costituiscono in Vico l'asse della *rottura*, ciò attorno a cui si costituisce da un punto di

vista epistemologico la novità de *La Scienza Nuova*. Basti ricordare l'imbarazzo di Croce nel darne conto, la confusione di elemento filosofico ed empirico che vi ritrovava⁵³. La *natura* si vien formando nel *modo*, nella *guisa* del suo nascimento, e ciò significa che il *giusto* non può essere effettivamente premesso alle *utilitates* né la causa può essere premessa – e, beninteso, neanche logicamente – alle *occasiones*: la *natura* è nella *guisa*, la *ratio* nella *utilitas*, la *causa* nella *occasio*. Nel *De Uno*, utilità si contrappone a giustizia, occasione a causa. La fragilità di quest'opera sta nell'inconsistenza del suo tentativo di mediazione delle opposte istanze; benché abbia già colto il principio dell'implicazione di *verum* e *certum*, Vico non ha ancora assimilato in esso gli strumenti filosofici di cui si vale per pensare la sua materia⁵⁴. Le premesse filosofiche si oppongono nel *De Uno* alla ricostruzione storico-antropologica, che invece proprio qui viene delineata e poi sarà sostanzialmente mantenuta nella *Scienza Nuova*. La filosofia, in quanto premessa metafisica, non può più sopportare l'accelerazione provocata dalla nuova definizione dell'ontologia della razionalità sociale, quale la stabiliscono le *degnità* XIV, XV e CVI della *Scienza Nuova* del 1744. Il *De Uno* appare allora un'opera di transizione, in cui la ricezione dei contenuti giusnaturalistici e occasionalistici si trova come a un primo momento rispetto all'elaborazione dello status epistemologico del nuovo oggetto della riflessione vichiana, le *nazioni*. Questi temi non saranno poi abbandonati, ma pienamente adeguati, trasformati e assimilati alla reale natura del discorso vichiano, profondamente innovatore sotto molti rispetti e spesso proprio là dove sembra maggiormente ancorato nel linguaggio a motivi tradizionali. Ha visto con lucidità il carattere dualistico del *De Uno* Giuseppe Capograssi, di cui riportiamo questo lungo passo: «Questa strana coesistenza di un platonismo tradizionale, e di una intuizione, che reclama che l'azione diventi il centro della ricerca e della conoscenza, rende il *De uno* stranamente squilibrato. Malgrado la apparente definitività, in quella sua architettura solenne e romana, il libro oscilla tra un'esigenza non soddisfatta di spiegare la nascita del diritto nell'azione e risalire quindi ai primordi dell'azione, e l'esposizione e la teoria di un'attività giuridica arrivata al suo compimento, al

⁽⁴⁸⁾ *De uno*, p. 163.

⁽⁴⁹⁾ *Sn44*, pp. 961-968.

⁽⁵⁰⁾ J.A.N. Caritat de Condorcet, *Saggio di un quadro storico dei progressi dello spirito umano*, tr. it. a cura di G. Calvi, Roma, Editori Riuniti, 1995, p. 48.

⁽⁵¹⁾ Si tratta, rispettivamente, della *degnità* XIV e XV della *Scienza Nuova* (*Opere*, p. 500). Corsivo mio.

⁽⁵²⁾ «*Sive rectius dixeris [...] mentemque humanam ingenita habere genera, quae a nobis pueris primulum sua sponte explicantur*» (*De uno*, p. 765).

⁽⁵³⁾ Cfr. B. Croce, *La filosofia di Giambattista Vico* Bari, Laterza, 1980⁴ (1911), p. 145.

⁽⁵⁴⁾ Il *De Uno* è, per Stefano Velotti, «l'opera più ottusamente dogmatica di Vico», che, «per la 'durezza' ontologica e metafisica del suo impianto, incrina irrimediabilmente l'ordine circolare del sapere e dell'essere, quel *divinae et humanae eruditionis circulus* che era suo scopo saldare» (S. Velotti, *Sapienti e bestioni. Saggio sull'ignoranza, il sapere e la poesia in Giambattista Vico*, Parma, Pratiche Editrice, 1995, p. 35).

suo ultimo termine in una rivelazione piena ed intera del diritto naturale tutto spiegato. Per questo profondo squilibrio si sente, sotto il bello e freddo latino del libro, battere la profonda ansia del pensatore preso oramai, a mezzo della sua costruzione, dalla nuova grande idea e tormentato dalla necessità di passare, prima di esprimerla, attraverso una via crucis di tentativi crudelmente provvisori. Il *De uno* porta in definitiva una conclusione senza motivazione, ed una esigenza senza soluzione. Grozio spiega tutto, ed in certo modo soddisfa, perché in lui almeno manca del tutto la radicale esigenza vichiana, della quale egli, col suo tempo, non ha nemmeno il sospetto. Vico tenta anch'egli nel *De uno* una filosofia del diritto (una conclusione definitiva sul diritto), ma sente che essa non spiega la vita del diritto, la vita degli uomini, la società, la civiltà: si riporta sino a Dio, ma veramente lascia Dio al di fuori della storia; si riporta all'idea, alle idee umane, ma lascia l'idea anch'essa al di fuori della realtà che è utilità⁵⁵.

Nella *Scienza Nuova* acquisterà allora piena chiarezza teoretica il distacco dal giusnaturalismo, con la sua astrattezza e la sua astoricità. Il giusnaturalismo è, in sostanza, una filosofia coscienzialistica, che assume come data la naturalità della coscienza individuale, partendo dalla quale specifica i mezzi giuridici e politici per giustificare o promuovere una determinata forma di governo. Trascura quindi lo studio delle strutture economiche, giuridiche e sociali, anche intese in senso sincronico⁵⁶. La naturalità della coscienza individuale è un presupposto da Vico rifiutato, sostituito da quello della sua storicità, ove con «storia» s'intende proprio la costituzione sociale attraverso l'opera delle istanze di ordine economico, giuridico e politico nella loro complessa relazionalità. Come ha notato Fassò, nel *De Uno* Vico oscilla ancora tra una concezione storica e una sovrastorica del diritto, e ciò presta il fianco

all'interpretazione platonica e teistica⁵⁷. Nel *De Uno* si sostiene che i filosofi ateniesi si appoggiavano sul diritto naturale, e non sul diritto positivo⁵⁸. Nella *Scienza Nuova*, la trattazione della natura del sapere filosofico risulta più nettamente svincolata dall'astrattezza dei *diritti naturali* giusnaturalistici, e il pensiero dei filosofi, pur esprimendo certo la ragione naturale, corrispondente alla *giurisprudenza benigna* e alla piena equità giuridica, appare *in toto* risolto nel proprio processo socioculturale, il senso filosofico ricondotto alla propria fonte nella genesi civile. È il caso delle dottrine morali e metafisiche di Solone, Socrate e Platone⁵⁹. Vi è un'applicazione dei nuovi principi metodologici, per cui finora «i filosofi han meditato sulla natura umana incivilita già dalle religioni e dalle leggi, dalle quali, e non d'altronde, erano essi provenuti filosofi, e non meditarono sulla natura umana, dalla quale eran provenute le religioni e le leggi, in mezzo alle quali provennero essi filosofi»⁶⁰. La filosofia appare così come documento etnografico, che indica un livello della realtà sociale, connesso al mondo civile con la sua lotta socio-politica, da cui non può essere separata, pur potendosi ammettere una certa sua autonomia, per così dire di secondo grado. In generale, la filosofia è senz'altro da interpretare come la parte finale del movimento storico dalla sapienza volgare alla sapienza riposta, nel cui legame indissolubile Vico vede la fecondità del sapere⁶¹. Tra *De Uno* e *Scienza Nuova*, non vi è dunque contrasto, ma si verifica una transizione da un'opera in cui l'influenza giusnaturalistica è in parte ancora non ricomposta e in cui è dominante l'impostazione giuridica a un'opera in cui gli stessi contenuti sono riorganizzati e collocati su di un piano antropologico, di più ampio respiro conoscitivo, in cui si stabiliscono distintamente i livelli delle scienze nelle loro connessioni

(55) G. Capograssi, *Dominio, libertà e tutela nel «De Uno»* cit., p. 27.

(56) Vico si accorgerebbe dell'astrattismo e dell'antistoricismo di Grozio dopo la lettura di Selden e Pufendorf, avvenuta tra il *Diritto Universale* e la *Scienza Nuova prima* (e dopo la lettura dei giusnaturalisti a pieno titolo Barbeyrac, Buddeus e Tomasius). Allora il diritto naturale di Grozio gli appare «non un diritto naturale che si realizza negli istituti storici dei popoli, ma un sistema di norme extrastoriche che si contrappongono alle norme storicamente osservate, vissute, praticate dalle nazioni, non che si incarnano in esse; un diritto naturale dei filosofi, non un diritto naturale delle genti» (G. Fassò, *Vico e Grozio*, cit., pp. 96-97). Cfr., ancora, il giudizio di Capograssi, che considera il *De Uno* come opera ancora rinchiusa «in una specie di impalcatura astratta, e si tormenta ancora nelle aride distinzioni della scuola, che, più che aiutare, non facevano che fermare la spinta della sua meditazione» (G. Capograssi, *Dominio, libertà e tutela nel «De Uno»* cit., p. 11).

(57) G. Fassò, *Genesi storica e genesi logica della filosofia della «Scienza Nuova»*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» 25 (1948), fasc. III-IV, p. 332. Il *De Uno* è per il Fassò un'opera di transizione, propria di un momento di crisi, ma di una crisi particolarmente feconda, perché in essa Vico vienesce scoprendo la natura del nesso di *verum* e *certum* (cfr. G. Fassò, *I «quattro autori» del Vico. Saggio sulla genesi della «Scienza Nuova»*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 57).

(58) *De Uno*, p. 287.

(59) Cfr. *Sn44*, pp. 594-595.

(60) *Sn25*, in G.B. Vico, *Opere* cit., p. 990.

(61) Cfr. su ciò il seguente giudizio di Franco Amerio: «C'è dunque una sapienza riflessa o riposta che si sviluppa sulla base della riflessione e della critica e c'è una sapienza volgare o spontanea in cui si dispiega immediatamente e naturalmente l'umana ragione [...]. C'è una sapienza filosofica e una sapienza volgare. E tra le due più importante questa di quella [...] deve la sapienza riflessa seguire la sapienza spontanea; e, poiché questa ha fatto la civiltà dei popoli, quella, ove se ne scosti, non potrà che farne l'imbarbarimento e l'inciviltà [...]. Compito della filosofia è quello di confermare e sviluppare, secondo l'esigenza critica, il contenuto della sapienza volgare» (F. Amerio, *Introduzione allo studio di G.B. Vico*, Torino, SEI, 1947, pp. 114-125).

strutturali⁶². Anche nel *Diritto Universale*, infatti, il sapere filosofico è il sapere ultimo, che raccoglie e razionalizza la tradizione civile, ma la disposizione del materiale cambia: quella trattazione teologico-morale, i principi filosofici, come trattazione a sé stante è sostituita, nella *Scienza Nuova*, dalle *degnità*, principi di carattere storico-antropologico. Si compie allora un nuovo sistema della conoscenza, la cui fondazione è costituita dalla nuova scienza delle *nazioni*, e i cui i diversi ambiti, con la loro autonomia relativa, si collegano come parti di un unico sapere. Nel *De Uno* vediamo spesso agire una griglia schematica di tipo giusnaturalistico, in cui si ha, rispetto alla *Scienza Nuova*, più una diversa disposizione dell'ordine logico del contenuto che una sostanziale differenza del contenuto stesso, a indicare la principale differenza delle due opere nel taglio epistemologico: dove gli aristocratici non sono più prudenti, temperanti, forti, e dunque «*optimi facti sunt nomina sine re*», all'*ordo naturalis* succede un mero *ordo civilis*, al *verum* il *certum*⁶³. Nonostante la definizione di vero come «*quod rerum ordini respondet*»⁶⁴, questa contrapposizione tra il *verum* e il *certum*, tra la ragione e il suo ordine da un lato, e le istituzioni positive, i governi reali, appare come il risultato di una prima, e ancora un po' astratta e scolastica, applicazione vichiana delle tematiche giusnaturalistiche. Non si darà più una contrapposizione di questo tipo nella *Scienza Nuova*, in cui, anche il venir meno di una siffatta identificazione con l'*ordo naturalis* – che in questo caso è rappresentato dal principio che i migliori devono governare –, non sarà inteso tanto come uno scadimento rispetto a un ordine eterno separato dalle vicende civili dei governi, ma sarà compreso in un ordine civile concepito in senso processuale. L'ordine eterno diventerà allora l'ordine dello sviluppo tipico delle cose civili secondo l'alternanza di epoche dalle caratteristiche differenti. Il principio

metodologico dell'unione del *certum* e del *verum* – della storia quale effettivamente si svolge e degli ordinamenti civili quali effettivamente esistono e sono esistiti da un lato, e della razionalità in essi espressa dall'altro – è tuttavia già formulato con nettezza, ma non è ancora spinto fino in fondo in tutte le sue conseguenze. Scrive infatti Vico subito dopo il passo indicato che occorre però tenere a mente che il *certum* è parte del *verum*, e la *ratio civilis* sgorga dalla stessa *ratio naturalis*, e perciò anche le «*corruptissimae civitates*» in forza dell'ordine civile stesso si conservano⁶⁵. Ciò, nella *Scienza Nuova*, entrerà pienamente a far parte di una dialettica tutta interna all'*ordo civilis* medesimo, che raggiungerà così dei momenti culminanti, il cui equilibrio sarà peraltro difficilmente mantenibile. La *Scienza Nuova prima* porta ancora nel titolo traccia del passaggio dalla questione giusnaturalistica e romanistica, che Vico affronta congiuntamente e non separa, del diritto naturale delle genti alla più ampia impostazione antropologica finale. Il suo titolo è infatti: *Principi di una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritrovano i principi di altro sistema del diritto naturale delle genti*. Ma è appunto già un «altro sistema», una «scienza nuova»⁶⁶.

La trasformazione in senso antropologico dell'impresa iniziata col *Diritto Universale* ha il suo fulcro nell'elaborazione dell'*età poetica*, della *sapienza poetica*. È questo il carattere che nelle opere giuridiche non riveste ancora la rilevanza e la centralità che avrà nella *Scienza Nuova*, dove assume la funzione trasformatrice, dal punto di vista della riorganizzazione del materiale già presente, verso la scienza della «comune natura delle nazioni». La sua azione sintetica consiste proprio in quella capacità di fusione di universale e individuale che il *De Uno* non riusciva in nessun ambito a comporre pienamente⁶⁷. Rispetto al

⁽⁶²⁾ Cfr. V. Hösle, *Recht und Geschichte bei Giambattista Vico*, in AA.VV., *Zur Rekonstruktion der praktischen Philosophie. Gedenkschrift für Karl-Heinz Ilting*, hg. von K.O. Apel, Stuttgart-Bad Canstatt, Frommann-Holzboog, 1990, pp. 389-417, in cui si rileva la crescita epistemologica dal *Diritto Universale* alla *Scienza Nuova* sia dal punto di vista giuridico che dello studio delle civiltà. Mark Lilla vede nel *De Uno* il carattere tipico di molti dei primi trattati moderni sul diritto naturale, cioè lo stare in modo poco armonico tra la tradizione metafisica della legge naturale cattolica e il nuovo realismo della scienza moderna. Cfr. M. Lilla, *Vico: the making of an anti-modern*, Cambridge (Massachusetts)-London, Harvard University Press, 1993, p. 104. Il mutamento che avviene tra *Diritto Universale* e *Scienza Nuova* è stato anche rilevato, sotto il profilo linguistico, da Mario Fubini, che rilevava che al latino del *Diritto Universale* non mancavano chiarezza e didascalicità, ma «l'oscurità dell'opera è un'oscurità intrinseca ad una speculazione ancora imperfetta, ed è piuttosto nell'insieme che nella singola pagina». Il passaggio all'italiano comporterà l'elaborazione di uno stile personalissimo – cosa che non poteva dirsi del suo latino, facente parte di una tradizione linguistica stabilita –, «che subito ci colpisce per un carattere fortemente personale, e nel quale la parola sembra, al confronto con la corrispondente parola latina, acquistare un nuovo valore [...a proposito della descrizione del vagare ferino]: quel che in latino era una descrizione letteraria comincia a trasformarsi in un dramma potente» (M. Fubini, *Stile e umanità di Giambattista Vico* (seconda edizione con un'appendice di nuovi saggi), Milano-Napoli, Ricciardi, 1965 (Laterza, 1945), pp. 11-14 e 42).

⁽⁶³⁾ *De uno*, pp. 199-201.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 199.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 201.

⁽⁶⁶⁾ Riccardo Caporali ha notato la nitidezza di questo passaggio e ha stigmatizzato il tentativo, da parte cattolica, di sovrapporre alla *Scienza Nuova* la griglia teoretica che regge il *Diritto Universale*: «risolta nel *diritto Universale* la teoria, alla *Scienza nuova* non resta che l'originalità della pratica; là la metafisica, qui la storia» (R. Caporali, *Heroes gentium. Sapienza politica in Vico*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 148-152).

⁽⁶⁷⁾ Secondo Stefano Velotti, l'«arte critica» vichiana, che sta in mezzo tra la necessità della ragione e la contingenza della storia nasce dal cuore della difficoltà su cui era fallito il *Diritto Universale*: essa «non potrà più contare sulla distinzione netta tra fatti e principi, né sulla loro identità, né infine sulla disponibilità di un 'regolo eterno', e dovrà tuttavia mettere in atto un proprio rigore un proprio 'criterio'», che si costruirà attorno alla «chiave maestra» della *Scienza Nuova*, la dottrina degli universali fantastici, la «sapienza poetica» (S. Velotti, *Sapienti e bestioni. Saggio sull'ignoranza, il sapere e la poesia in Giambattista Vico* cit., pp. 69-70 e 106-107). Cfr. anche N. Badaloni, *Il problema della grazia e della provvidenza nella filosofia di G.B. Vico* cit., p. 676.

nuovo piano raggiunto, appare non più congrua un'affermazione quale quella per cui l'essenza eterna della ragione, lo *ius naturae*, non può essere smentita dai «barbarorum gentium absurdi mores». Agisce qui ancora un'influenza giusnaturalistica, che poi dovrà attenuarsi ed essere risolta nel nuovo ordine di discorso. È comunque vero che le premesse della nuova scienza sono già tutte presenti nel *Diritto Universale*: se da un lato, infatti, lo *ius naturale* è metastorico, il principio della scienza giuridica è ricercato sia per deduzione, dalle norme del diritto razionale, sia per induzione, attraverso gli ordinamenti storici. È questa la strada che prevale infine nel *De Uno*, la cui caratteristica è di ricercare lo *jus naturale vel gentium* nella *natura delle nazioni*, partendo dai *costumi umani*, dalle *umane necessità* o *utilità*, del *sensu comune* delle nazioni⁶⁸.

Nel *De Uno*, Vico tende a vedere principalmente nella *legge*, nell'*ordine politico*, come unione degli ordini civile e naturale, l'incontro, il compromesso, tra *verum* e *certum*⁶⁹. Il diritto è allora la chiave che dà accesso al mondo civile nella sua pienezza, come è attestato ancora chiaramente nella *Scienza Nuova prima*: «se avessimo la storia delle antiche leggi de' popoli, avremmo la storia de' fatti antichi delle nazioni», se ne può infatti fare il centro di una ricostruzione, una volta stabilito che: «dalla natura degli uomini uscendo i loro costumi, da' costumi i governi, da'

governi le leggi, dalle leggi gli abiti civili, dagli abiti civili i fatti costanti pubblici delle nazioni»⁷⁰. Però la nuova scienza vichiana – pur avendo avuto nella riflessione giuridica una delle sue fonti generatrici –, in quanto scienza delle scienze umane, scienza ordinante il materiale *filologico*, nell'accezione amplissima che il termine *filologia* ricopre in Vico, scienza fondatrice, contenente i *principi primi* delle discipline del suo dominio, comprende in sé i principi stessi della scienza giuridica. In effetti, l'impianto giuridico del *Diritto universale* riceverà concretezza venendo ampliato e trasformato in senso antropologico⁷¹. Il contenuto delle due opere – parliamo qui di *Scienza Nuova* come di un'opera sola, benché non lo sia, per comodità rispetto alla contrapposizione tra il blocco delle diverse redazioni della *Scienza Nuova* da un lato e il *De Uno* dall'altro, così come abbiamo trascurato di trattare del *De constantia iurisprudentialis*, momento ulteriore della trasformazione epistemologica dell'opera vichiana – è, ripetiamo, in buona parte, il medesimo, diverso il modo in cui, nell'una e nell'altra, è trattato questo stesso materiale: le medesime «cose civili» non sono più viste a partire da una prospettiva giuridica (che rimarrà, beninteso, centrale anche nella *Scienza Nuova*), ma organizzate in un sistema come principi di una nuova scienza intorno alla «comune natura delle nazioni»

(68) Cfr. B. Donati, pp. 428-430. Mentre nella *Scienza Nuova* Vico sceglie di ricostruire la storia sulla base delle lotte sociali (cfr. N. Badaloni, *Introduzione a Vico* Bari, Laterza, 2001(1984), pp. 61-62). Cfr. però Giarrizzo che ritiene il *Diritto Universale* «l'esito imponente di un travaglio intellettuale complesso, che attende ancora il suo storico», così come contesta la «tesi balorda del 'superamento' vichiano del Grozio» (G. Giarrizzo, *La politica di Vico*, in *Vico, la politica e la storia*, Napoli, Guida, 1981, pp. 98-99). Cfr. anche R. Caporali, *Heroes gentium. Sapienza e politica in Vico* cit., pp. 69-72 e 147-154. È comunque da tenere in qualche conto ciò che Vico dice nell'*Autobiografia*: «Gli dispiacciono i libri del *Diritto universale*, perché in quelli dalla mente di Platone ed altri chiari filosofi tentava di scendere nelle menti balorde e scempie degli autori della gentilità, quando doveva tener il cammino tutto contrario, onde ivi prese errore in alquante materie [...] Tutto ciò fu nella *Scienza nuova seconda* emendato» (G.B. Vico, *Opere* cit., p. 79).

(69) *De uno*, p. 201.

(70) *Sn25*, p. 1083.

(71) Si veda a tale proposito anche quanto scriveva Benvenuto Donati: «Il *Diritto Universale* [...] è una ricostruzione dei sistemi etico-sociali sotto la particolare luce della esperienza giuridica [...]. Il *Diritto Universale* sarebbe un'opera incompiuta, se non trovasse la sua integrazione in una scienza sulla natura delle nazioni; che sappia risalire ai principi dell'umanità, espressi in un diritto naturale delle genti. Tale il tema della vichiana *Scienza Nuova*; che è dunque distinto, e insieme coordinato, rispetto al tema del *Diritto Universale*. In una visione del processo storico e della sua legge di sviluppo si insinua la presentazione di un diritto, chiamato a una funzione correlativa alle necessità della vita in comune; e pertanto conviene determinare la direttiva, più piena e ideale, nell'adempimento di questa funzione» (B. Donati, *Nuovi studi sulla filosofia civile di G.B. Vico*, Firenze, Le Monnier, 1936, pp. 8-10).

SOBRE SOBERANIA, HEGEMONIAS E DIREITOS HUMANOS

Renan Severo Teixeira da CUNHA*

Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam. - Hannah Arendt

RESUMO

O artigo analisa três apreensões possíveis do fenômeno direito: (1) a norma como resultado da (2) valoração dos (3) fatos sociais, na dimensão de sua operacionalidade, para com isso compreender algumas questões decorrentes da mudança nas relações internacionais e que se refletem no direito interno dos Estados. O trabalho procura indagar em que medida a nova situação das relações internacionais afeta conquistas que custaram muito tempo e sofrimento para assumirem forma jurídica.

Palavras-chave – Fenômeno jurídico, relações internacionais, soberania.

ABSTRACT

This article reflects upon three possible understandings of juridical phenomenon, (1) the norm, as a result of (2) valuation of (3) social facts, in its operational dimension, in order to comprehend some questions issued from changes in international relations, which reach States' home law. This paper measures the point in which international relations affects juridical conquests long and hard pursued.

Key-words – juridical phenomenon, international relations, sovereignty.

INTRODUÇÃO

Dentre as possíveis apreensões do fenômeno *direito*, há aquela que o vê integrado por três elementos ou dimensões, interagindo dialeticamente: (1) a norma, como resultado da (2) **valoração** de (3) fatos sociais. Não se alimenta aqui a ilusão de que tal perspectiva esgote a verdade, fechando a porta para outras maneiras de ver o jurídico. Bem pelo contrário. Mas, dado seu caráter aberto, não se pode negar sua operacionalidade como instrumento de análise. Assim, no presente artigo, buscarei salientar

alguns problemas – bastante graves – gerados por novas situações de fato que vem, com preocupante velocidade, colocando em crise categorias de Teoria Geral do Direito e em pontos extremamente importantes, fazendo-o parcialmente com aquele critério de análise que, pela mencionada abertura, parece-me mais substancial que algumas visões estritamente *processualistas*, tão em voga.

Pretendo pontuar algumas questões decorrentes da mudança clara nas relações internacionais e que se refletem, por um lado, no direito interno dos Estados,

* Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

formalmente soberanos e, por outro, na própria possibilidade de as relações internacionais serem, de maneira real e efetiva, reguladas juridicamente. Procuro, ainda, indagar em que medida a nova situação das relações internacionais acaba por afetar especificamente conquistas, ao menos da cultura ocidental, que custaram muito tempo e sofrimento para assumirem forma jurídica. Tomo, como primeiro ponto de reflexão, o ramo do direito (objeto) que busca trazer alguma ordem às relações internacionais e nelas encontra sua razão de ser: o Direito Internacional Público.

Não se constitui em novidade a profunda interferência destas relações internacionais no âmbito do direito interno e, em razão disto, também na própria ciência do direito. A novidade reside: a) na presença original – quando comparada com situações análogas do passado – de uma potência hegemônica com uma força militar sem precedentes na história; b) a postura desta potência hegemônica no cenário internacional e, c) fenômenos diversos, agrupados em uma palavra única e, consequentemente vaga: a *globalização*. O conjunto destes fatores vem forçando o pensamento jurídico a constantes adaptações, que podem ser examinadas à luz de diferentes critérios, entre os quais, o de perspectivas axiológicas conflitantes.

Nesse quadro, portanto, há interesse em refletir sobre *algum* Direito Internacional, como ponto de partida; mas não da exclusiva ótica do internacionalista, para o que não sou competente, mas sim, da Teoria Geral do Direito.

1. O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O direito internacional (*Droit Des Gens*, *Volkerrecht*, *Law of Nations*, *International Law*) é *constituído de regras consuetudinárias e pactuadas que regem as relações entre Estados soberanos, impondo-lhes também o respeito aos direitos humanos* (GUSMÃO, 2002, p. 151, destaques do original).

Escolhi, de propósito, um conceito dado por estudioso da teoria geral e não de um especialista. Portanto, o direito internacional, diversamente do direito interno, não prescreve, diretamente, condutas a pessoas físicas, mas sim, a Estados. Penso possível decompor o conceito acima em um pressuposto e duas partes: o pressuposto é o da soberania da comunidade de Estados; quanto às duas partes, primeiramente, há clara referência às fontes normativas tradicionais (regras consuetudinárias e regras decorrentes de tratados e, portanto, pactuadas); em segundo lugar, menciona-se objetivo historicamente novo: impor a defesa dos direitos humanos. Tanto no que se refere ao pressuposto

e às fontes, como no concernente ao escopo de proteção aos direitos humanos, há crise.

Causa relevante desta crise reside precisamente no mencionado acima: no momento histórico que atravessamos, as relações internacionais assumem novas formas (ou velhas formas são exacerbadas): enfatiza-se muito a interpenetração de interesses (frequentemente apelidada com o eufemismo *interdependência*), ao mesmo tempo em que politólogos, economistas, sociólogos e juristas abusam do termo *globalização*, impreciso e ambíguo, para justificar restrições à competência normativa interna. Restrições que, por afetarem o direito interno, interferem em nossas vidas. Assim, o Direito Internacional Público, por via reflexa, nos condiciona como qualquer outro setor do direito. Tudo isto tem – ou teria – a ver com a problemática de *algum* direito internacional que, por acomodar-se ao que se aceita como direito – exatamente o oposto do arbítrio – contivesse além de regras de cunho realmente jurídico, mecanismos aptos a fazê-las cumprir, por *qualquer* Estado recalcitrante. Temos realmente isto? Estamos mesmo em face de um *direito*? As perguntas não são novas, mas devem ser uma vez mais formuladas.

Não são raros os autores que, exageradamente, negam o caráter de *direito* àquilo que chamamos de direito internacional, vendo-o apenas como um ideal a ser alcançado: é que alguns problemas se colocam, como, por exemplo, a inexistência de um sistema formal, ou, em nossa terminologia, um ordenamento jurídico internacional apto a fornecer unidade às regras, bem como a mencionada precariedade de órgãos para resolução de conflitos com necessária e indiscutível imparcialidade.

Por outro lado, há realmente setores em que, tranquilamente, pode-se vislumbrar a existência de um autêntico *direito*, ainda que *em formação*, digamos assim. Há muita matéria relevante e que ostenta construção jurídica sofisticada: tratados de cooperação econômica, cultural, convenções no campo ambiental, no do comércio e assim por diante. E tudo isto, por um lado, gera regras consensuais e, por outro, reclama por normas e principalmente meios que garantam seu cumprimento. O problema são as contradições factuais a se refletirem, por diversidade de valorações, na construção jurídica.

Inacio Ramonet, em artigo para o *Le Monde Diplomatique* (2006, p. 14) acentua, segundo sua expressão, três tabuleiros sobre os quais se joga nosso futuro: o militar, o econômico/comercial e, por fim, o ecológico e social. O primeiro corresponde propriamente aos Estados e mostra inquestionável supremacia dos Estados Unidos; o segundo, no qual atua a lógica da globalização, definida pelo Banco Mundial, pelo Fundo Monetário Internacional e pela OMC,

no campo de influência dos setores privados e financeiros, aponta para “um mundo multipolar”; finalmente o plano ecológico e social, com problemas em três níveis: o do meio ambiente (efeito estufa, problema da água, biodiversidade, etc.), o da ambição por regras internacionais que enfrentem os problemas da injustiça da ordem mundial, além de reger os problemas das migrações, da propriedade industrial, entre outros temas igualmente relevantes; por fim o *locus* da pobreza, da desordem, a miséria e o caos. O autor chama atenção, ainda, para a articulação confusa e aleatória dessas variáveis, o que se afigura muito importante. Tudo isto aponta para intenso trabalho pré-jurídico – ou seja, político – no sentido do reforço de um real Direito Internacional Público. O que desejo salientar, neste momento, é a notória relação direito internacional/direito interno implicada em tal problemática.

2. RELAÇÕES INTERNACIONAIS X DIREITO INTERNO

Há evidente vinculação entre relações internacionais e o direito interno, fenômeno exacerbado na contemporaneidade. Neste pequeno artigo não é possível levantar mais que alguns tópicos, com objetivo de instigar, abordando alguns dos problemas que inquietam nossos espíritos, mormente dos que se não refugiam em um formalismo idealista que não leva muito longe.

A questão do Direito Internacional, em primeiro lugar e nos dias atuais, esbarra na crise de um de seus principais pressupostos: o da soberania dos Estados que integram a sociedade internacional. Com efeito, os autores costumam arrolar como condições do Direito Internacional a aceitação pelos Estados que integram a sociedade internacional, de sua vinculação a certos princípios basilares: respeito à soberania, aos acordos celebrados e às regras que disciplinam o uso da força. Poderíamos juntar: também àquelas, da mais diversa natureza, produzidas por organismos internacionais, o mais importante deles, a Organização das Nações Unidas (ONU).

Se não desejarmos nos escudar, como já disse, em um idealismo absoluto e atentarmos para a força dos *factos*, elemento do próprio objeto direito, verificaremos que em nossa quadra histórica, a presença de Estados hegemônicos interfere fortemente na realização prática do Direito Internacional Público como um autêntico **direito**. Ainda no tempo da extinta União Soviética, quando não havia um único Estado hegemônico, um especialista na matéria escreveu: “Em nome de uma ou de outra ideologia os supergrandes adotam políticas expansionistas e procuram

manter as relações internacionais dentro de uma ordem já existente que lhes é favorável” (MELLO, 1980: 246).

Penso que, nos dias atuais, a situação está mais grave. O mesmo internacionalista acima citado, em trabalho mais recente e escrito dezoito anos depois daquele, além de salientar a grande dificuldade para construção de um Direito Internacional que venha a atender os países ricos e pobres ao mesmo tempo, sublinha ser a noção de soberania um conceito jurídico indeterminado, variável de acordo com as circunstâncias (MELLO, 1998: 365).

Reside aqui a enorme gravidade da situação contemporânea. Há uma potência hegemônica, irrecusavelmente a mais forte de que se tem notícia. Paulatinamente, os Estados Unidos vêm tomando atitudes que abrem as portas para – além de outros aspectos a serem salientados mais adiante – ferir seriamente a soberania dos demais Estados.

Dois acontecimentos têm aspecto simbólico nas mudanças profundas da relação dos Estados Unidos com o resto do mundo e, particularmente, com os Estados mais fracos: a queda do Muro de Berlim – emblema do desaparecimento da União Soviética, força contrastante da potência americana e que, de certa forma, a continha – e o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. O primeiro revela de vez a existência de uma única *superpotência*. O segundo, brutal e repulsivo, cria o ambiente propício – principalmente no interior do próprio Estado agredido – para a proclamação explícita de uma política externa conseqüente, não com os objetivos de uma paz mundial, mas sim com a concepção norte-americana desta paz.

Em documento enviado por George W. Bush ao Congresso dos Estados Unidos em 20 de setembro de 2002 e intitulado *A Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América* há importantes afirmações que, implícita ou explicitamente, revelam o intento de não submissão aos organismos internacionais e ao conceito jurídico de soberania, o que, virtualmente, atinge todos os demais Estados (no próprio momento em que escrevo estas linhas são assinadas novas leis internas naquele País que apenas agravam a situação). Merece especial destaque um dos tópicos daquele documento, que transcrevo na íntegra:

(...) Defesa dos Estados Unidos, do povo americano e dos nossos interesses, dentro e fora de nosso território, identificando e destruindo a ameaça antes que ela chegue às nossas fronteiras. Os Estados Unidos irão se empenhar incessantemente para angariar apoio da comunidade internacional; no entanto, não hesitaremos em agir sozinhos, se necessário, para exercer nosso direito de autodefesa, agindo de forma preventiva contra esses terroristas,

para evitar que eles causem danos a nosso povo e a nosso país. (BUSH, 2003).

A idéia é clara e nem mesmo se oculta em eufemismos usuais neste tipo de documento. Dois aspectos são bastante graves: a menção explícita aos *nostros interesses* (deles, é óbvio) e a enfática proclamação de que pretendem – se necessário – *agir sozinhos*. Absolutamente dispensáveis quaisquer considerações, aqui, sobre duas conseqüências gravíssimas: o abalo à soberania dos demais Estados e o enfraquecimento dos já débeis organismos internacionais, em especial o mais importante deles, a ONU.

3. SOBERANIA

Costuma-se distinguir a soberania externa da interna. Esta última diria respeito à possibilidade de os Estados regularem seu direito sem ingerências, pertencendo ao povo – não em um acanhado sentido étnico; este, o povo, passa a ser o verdadeiro soberano a partir de certa quadra histórica: “Soberania interna pressupõe a capacidade de imposição da ordem jurídica estatal; soberania externa, a capacidade de auto-afirmação em meio à concorrência ‘anárquica’ pelo poder entre os Estados” (HABERMAS, 2002, p. 125). Fala-se também, com mais operacionalidade, em uma soberania negativa e outra positiva.

A primeira – formal e estática – tem a ver com a igualdade entre Estados e tem como requisito apenas o respeito dos outros Estados que integram o sistema internacional. É vista como fundamento legal do próprio sistema. A segunda, na síntese de Amaral Junior, “mais que um conceito legal, constitui um atributo político, que se resume na aptidão de declarar e implementar políticas públicas no âmbito doméstico e internacional” (1998, p 161). Óbvio a relação entre ambas.

A declaração unilateral do poder de intervenção abala, simultaneamente, as duas faces da soberania, tanto a negativa como a positiva. Com isto, quem o afirma desiguala Estados e assumindo, formal e substantivamente, posição de preponderância, por certo coloca em crise uma idéia de *Direito* Internacional e, sem meias medidas, retoma aspectos da vingança privada, fase pré-jurídica.

Nem há como confundir, estender ou identificar este abalo da soberania, como querem alguns, com as limitações decorrentes da pertença a organizações regionais, como a União Européia, o Mercosul e outras mais. Bem ao contrário: é no exercício de sua soberania que os Estados aceitam, sem ingerências, limitações a seu poder, tanto que, até mediante plebiscitos o *soberano* é chamado a pronunciar-se, como no caso do Tratado de Maastricht. Há clara

diferença na aceitação voluntária de limitação de poder, em nome de objetivos maiores, e a submissão à força, imposta unilateralmente e à margem de normas e organismos internacionais. Na primeira hipótese, não há coerção, mas consentimento.

Os internacionalistas não se cansam de enfatizar a importância do *consensus* como fonte do direito internacional e não se pode negar que, neste momento, as atitudes da potência hegemônica não favorecem – antes afetam de forma gravíssima – o incremento desta forma de convivência internacional. O historiador Boris Fausto, em artigo escrito em 2002, manifestava a esperança de que o unilateralismo, que privilegia a coerção em detrimento do consenso, fosse transitório e conjuntural (2003, p. 49). Será que, três anos depois, os fatos confirmam suas esperanças?

Em suma: os indícios de uma hegemonia fundada na coerção, cujo uso é decidido unilateralmente, abalam profundamente a construção de uma ordem internacional baseada no respeito à soberania, fragiliza os organismos internacionais e corrói a fonte jurídica do consenso. Estão claramente em crise não só pressupostos da própria existência do Direito Internacional, como suas mais reconhecidas fontes.

Ramonet anota a variável econômica como elemento em que, reinando o setor privado e reunido em organismos internacionais, apontaria para um mundo multipolar. Mas multipolar em que sentido? É insuficiente perceber a grande capacidade de influência de tais organismos internacionais, em especial a OMC, na política interna dos Estados pela via de sanções legítimas; necessário notar ainda que os setores privados referidos por Ramonet possuem seus interesses próprios e não coincidentes, necessariamente, com os de todas as coletividades do planeta.

Então temos como conceitos em crise, não só o pressuposto da soberania – tanto na face positiva, como na negativa, como também a da fonte consensual do Direito Internacional. Resta-nos o exame do terceiro elemento conceitual, a saber, o que envolve o próprio objetivo do Direito Internacional contemporâneo: a defesa dos Direitos Humanos.

4. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Como se sabe, costuma-se distinguir os *direitos humanos*, dos fundamentais. Como ensina Canotilho (1999), fundado em doutrina germânica, “os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional” (CANOTILHO, 1999,

p. 353). Em suma, são os direitos humanos constitucionalmente positivados. Sem aprofundar criticamente a distinção, limitar-me-ei aqui aos direitos fundamentais. Cabe levantar – com as limitações impostas por um artigo – os seguintes aspectos: a) a contradição entre a obrigação imposta aos Estados de respeito aos Direitos Humanos e os obstáculos a esta mesma realização (em especial dos direitos sociais), decorrentes das relações internacionais assimétricas, projetando-se na sua *efetividade*; b) os problemas de seu conteúdo e c) a questão do chamado *direito de ingerência*.

Se assumirmos, para efeito de análise, dois conceitos de Teoria Geral do Direito – o de *vigência*, como a validade formal e o da *eficácia social* ou *efetividade*, como o da realização no plano dos fatos do normativamente estabelecido – encontraremos, no pertinente aos Direitos Fundamentais, uma contradição profunda: por um lado, notável progresso em seu reconhecimento formal e em sua *vigência*, por outro, sua progressiva perda de *efetividade*.

5. VIGÊNCIA X EFETIVIDADE

Os Direitos Humanos, hoje constantes de diversos documentos internacionais capitaneados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 apresentam uma auspiciosa novidade, no sentir de Bobbio:

Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (BOBBIO, 2004, p. 48).

Ainda mais enfático, no que toca à vigência dos direitos humanos, é a posição de Comparato, em sua excelente obra *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, para quem a vigência dos direitos humanos firma-se, para além das organizações estatais, na consciência ética da coletividade e nas exigências de respeito a determinados valores. O reconhecimento de tais direitos é imposto pela dignidade intrínseca à condição humana, ainda quando não estatuidos em documentos normativos internos ou internacionais (COMPARATO, 2005, p. 59). Por essa razão, nega tenham mero caráter de *recomendação* os ditames da Declaração de 1948.

Não pretendo discutir, neste local, tais posições, anotando, não obstante, que inúmeras Constituições no Ocidente, incorporam na íntegra os preceitos desta e de

outras declarações. O problema não está, portanto, na vigência, ainda que para ela busquemos fundamentos outros que os aqui resumidos.

O que está se tornando cada vez mais problemática é a própria efetividade de tais direitos. Esta não efetividade tanto pode assumir a forma de violações claras, como pura e simplesmente a do não reconhecimento, ou o que é ainda pior, a da *supressão* de tais direitos. O primeiro aspecto (violações) até pouco tempo interessava mais aos direitos de primeira dimensão – direitos políticos e de cidadania, de liberdade – enquanto que o segundo (não reconhecimento, supressão), vinha tendo pertinência com os chamados direitos sociais e econômicos, os da segunda dimensão.

Com a perspectiva adotada e abrangida sob o vago conceito de globalização, por um lado, e pela denominada guerra permanente ao terrorismo, por outro, a distinção perdeu sua força: embora por razões diferentes, em ambos os tipos de direitos as violações e supressões entram em preocupante processo.

De acordo com o resumo de Philip S. Golub:¹

(...) nos países ‘avançados’ (as aspas são do texto) executivos fracamente legitimados vem governando sem, ou até mesmo contra o assentimento popular: “na França, no Reino Unido, nos Estados Unidos e em outros lugares, o poder executivo se autonomiza da sociedade, impondo-lhe, em um avanço neoconservador e neoliberal cego, “reformas” sociais regressivas, assim como medidas disciplinares e de segurança as mais repressivas.” (GOLUB, 2006, p. 18).

Como se percebe, nada de muito diferente, por um lado. No entanto, a preocupante novidade vem depois: autor menciona as medidas restritivas tomadas desde então no Reino Unido: *Criminal Justice Act*, *Prevention of Terrorism Act*, *Enquires Act*, leis que limitam o poder de juízes em favor de agentes do executivo, permitem ao Ministro do Interior aplicar restrições à liberdade a simples *suspeitos* de envolvimento com terrorismo, além de gravíssimas ameaças ao direito de *habeas corpus*. (2006, p. 18 - traduzi livremente). Desnecessário lembrar, porque fartamente divulgadas, as restrições constantes do norte-americano *Patriot Act* e suas “atualizações”, alvo de sérias críticas no próprio seio da sociedade norte-americana. O retrocesso aqui toca aos direitos de primeira dimensão.

A efetividade dos direitos de segunda dimensão, ou de caráter predominantemente social sempre foi problemática nos países mais fracos. Até mesmo conceitos jurídicos eram convocados para “justificar tecnicamente” a

⁽¹⁾ Professor Associado da Universidade de Paris VII.

ineficácia no plano dogmático, como o nebuloso conceito de “norma programática”, objeto da áspera crítica de Bobbio:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são estas, que não ordenam, proibem, ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido (...)? E sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem?” (BOBBIO, 2004, p. 92).

No entanto, exatamente a partir da perspectiva denominada neoliberal, praticamente imposta como decorrência da assimetria nas relações internacionais e que empobreceu o debate político por toda a parte, algo de mais grave vem ocorrendo com tais direitos fundamentais: sua paulatina supressão, em nome de uma problemática *modernização*. Neste campo, portanto, à perda de efetividade, soma-se mesmo a perda de vigência. Sucede que uma das funções de tais direitos é a de *materializar* a democracia meramente formal.

Os direitos de primeira dimensão, limitativos do poder dos agentes estatais e basicamente voltados para as chamadas liberdades, não vinham tendo sua vigência ameaçada, embora sua efetividade, mormente nos países periféricos, sempre tenha sofrido bastante, inclusive pela ineficácia dos direitos sociais e por razões outras que não podem ser desenvolvidas aqui. Mas não se questionava sua vigência formal, o que não é destituído de significado.

A limitação qualitativa do conteúdo de tais direitos nos países centrais pode tender, como de costume, para sua difusão (*mimetismo* cultural) entre os outros, os chamados emergentes. Ou – o que é mais grave – com a proclamação unilateral de possibilidade de intervenção, à margem das regras internacionais, há o risco da imposição *de fora* de tais limitações.

Há, portanto, claras contradições jurídico/políticas: por um lado, por força de tratados e convenções internacionais, os Estados estão obrigados a respeitar os direitos humanos, positivados (direitos fundamentais), ou não. Por outro, no campo dos direitos fundamentais – primeiramente de segunda dimensão – as estruturas internacionais perseguem tenazmente descaracterizá-los, tarefa facilitada pelo enfraquecimento da soberania, tanto a positiva, como a negativa. E os direitos humanos de primeira dimensão, exatamente os garantidores da liberdade e do mínimo de dignidade, passam já a sofrer, no próprio núcleo do sistema de nações, séria ameaça. Por fim, a contradição máxima: a invocação dos direitos pode, paradoxalmente, ser destrutiva e instrumental, por força do caráter relativamente vago do conteúdo de suas proclamações e do

afastamento de pronunciamento **consensual** a respeito de violações. Examinemos um pouco mais de perto tais aspectos.

6. O PROBLEMA DOS CONTEÚDOS E A INGERÊNCIA

O documento mencionado acima – Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América – pontua oito objetivos, o primeiro dos quais é : “defender as aspirações de dignidade humana.” É este o único tópico que se relaciona, isenta e diretamente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; os demais, ainda que respeitáveis alguns, revelam apenas a perspectiva da atual política externa estadunidense. Ao desenvolver o que é entendido com tal proposição, evidencia-se certa percepção unilateral para o conceito de dignidade humana, certo fundamentalismo mesmo, o que pode afetar seriamente as já combalidas relações internacionais. Na perspectiva mais generosa, é importante não esquecer a percuciente observação de Landmann, falando de cultura e valores: “(...) Muitos, ingenuamente, consideram absoluto, o que lhes é próprio e actual, etc.” (LANDMANN, 1993, destaquei). Outros, não tão ingenuamente...

A hipótese menos generosa decorre da leitura deste (e de outros) objetivos em cotejo com as intenções expressas da potência hegemônica, em especial a ameaça de *agir sozinhos* e certas proclamações políticas de suas lideranças. Ai cabem indagações: não há o sério risco da defesa de direitos humanos ser indevidamente invocada para justificar a “ação solitária”? Feita a intervenção, qual a garantia que o princípio da dignidade humana será respeitado? Ou o direito de liberdade? Ou os direitos humanos em geral? Acontecimentos contemporâneos não são tranquilizadores.

O problema da convivência de diferentes perspectivas axiológicas e de diversos conteúdos para os direitos humanos não está, absolutamente, resolvido e é de extrema complexidade. Mas a prudência elementar está do lado do Direito Internacional: o chamado **direito de ingerência** somente pode ser aprovado onde prevaleça a relativa impessoalidade e o consenso.

Se filosoficamente pode-se admitir como não resolvido o problema do conteúdo dos direitos humanos (excluída, obviamente os de uma mesma cultura) podem eles encontrar fundamento político no *consenso*. Como escreve Bobbio (2004) “o terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito” (BOBBIO, 2004, p. 47).

Se o consenso presidiu a elaboração da Declaração Universal, somente pelo consenso – e não pela indevida

ação unilateral do mais forte – há de ser definido o conteúdo do direito humano e se há ou não, no caso concreto, razão para a intervenção.

Por outro lado, alternativas outras ferem claramente o princípio da autodeterminação, acolhido enfaticamente pela Carta das Nações Unidas, já em seu artigo 1º. Como sublinha Budislav Vukas,

(...) não se pode esquecer que a autodeterminação está ligada, na Carta, à igualdade de direitos. Tal ligação significa que os redatores da carta desejaram enfatizar que todos os povos estavam habilitados à autodeterminação, i.é., que não há povos superiores em virtude de suas dimensões, história, nível de desenvolvimento econômico ou político, raça, etc. (VUKAS, 1998, p. 168 - traduzi livremente).

E podemos projetar para a comunidade internacional a observação que Habermas faz a respeito das sociedades nacionais: “soberania popular e direitos humanos, democracia e Estado de direito estão conceptualmente interligados”. O resto é a desordem, não importa a natureza do discurso que a queira justificar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JR., Alberto. Entre Ordem e Desordem: O Direito Internacional em Face da Multiplicidade de Culturas. **In** BATISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Orgs.). *Direito Internacional no Terceiro Milênio*. São Paulo: LTr, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BUSH, George W. A Estratégia de Segurança Nacional dos EUA. *Revista Política Externa*. São Paulo: USP/Paz e Terra, vol.11, nº 3. dez/jan./fev. 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedida, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. S. Paulo: Saraiva, 2005.
- FAUSTO, Boris. Hegemonia: consenso e coerção. *Revista Política Externa*. São Paulo, USP/Paz e Terra, vol.11, 45/49, dez jan./fev./2002/2003.
- GOLUB, Philip S. Etat d'urgence permanent. *Le Monde Diplomatique*. Paris, setembro de 2006.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Trad. Paulo Astor Soethe. **In**: HABERMAS, Jürgen (coletânea de ensaios). São Paulo: Edições Loyola: 2002.
- LANDMANN, Michael. *A Filosofia no Século XX*. Trad. Alexandre F. Morujão. **In** HEINEMANN, Fritz (org.). Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1993.
- MELLO, Celso de Albuquerque. A Norma Jurídica no Direito Internacional Público. **In** FERRAZ, Sérgio (org.) *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- _____. Direito de Ingerência. **In** BATISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. (Orgs.). *Direito Internacional no Terceiro Milênio*. São Paulo: LTr, 1998.
- RAMONET, Inacio. Un nouvel état du monde. *Le Monde Diplomatique*. Paris, setembro de 2006.
- VUKAS, Budislav. Some Recent Aspects of the Implementation of the Right of Peoples to Self-Determination. **In** BATISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. (Orgs.). *Direito Internacional no Terceiro Milênio*. São Paulo: LTr, 1998.

A CONVENÇÃO DE GENEBRA REVISITADA NOS SEUS 140 ANOS: COTEJO À GUERRA NO IRAQUE.

Rogério Duarte Fernandes dos PASSOS*

RESUMO

Tendo como pano de fundo o aniversário de 140 anos da Convenção de Genebra, completados em 2004, o trabalho analisa os pressupostos acolhidos por aquele texto que tem por objetivo garantir a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos de campanha, e os episódios recentes da guerra do Iraque, que culminaram com a tortura de presos de guerra do exército iraquiano. Analisa a interpretação dada pelo estado americano ao texto da Convenção de Genebra para facilitar o interrogatório de presos.

Palavras-chave – Convenção de Genebra, direitos humanos, relações internacionais.

ABSTRACT

Over the 140th anniversary of the Geneva Convention, held in 2004, this present work analyzes the postulates once accepted on that text, which have by task guaranteeing for military wounded in campaign armies the improvement of their conditions. Also, this paper approaches recent events on Iraq war, which led to torture of war prisoners from Iraqi army. In this sense, this work argues US State's interpretation of Geneva Convention text towards the accomplishment of prisoner's interrogation.

Key-words – Geneva Convention, human rights, international relations.

1. JUSTIFICATIVA

(...)

Ora, nos sucessos guerreiros entra, como elemento paradoxal, a preocupação da derrota. Está nela o melhor estímulo dos que vence. A história militar é toda feita de contrastes singulares. Além disso, a guerra é uma coisa monstruosa e ilógica em tudo.

Na sua maneira atual é uma organização técnica superior. Mas inquinam-na todos os estigmas do banditismo original. Sobranceiras ao rigorismo da estratégia, aos preceitos da tática, à segurança dos aparelhos sinistros, a toda a altitude de uma arte sombria, que põe dentro da frieza de uma fórmula matemática o arrebatamento de um sharpnell e subordina a parábolas invioláveis o curso violento das balas, permanecem – intactas – todas as

^(*) Advogado e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor do Centro Universitário Nove de Julho (UNINOVE), em São Paulo, e do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (CEETEPS). Secretário do Instituto Hugo Grotius de Direito e Relações Internacionais (IHG).

brutalidades do homem primitivo. E estas ao, a vis a tergo dos combates.

A natureza do perigo estimula-as. A certeza da vitória deprime-as. (...)

Euclides da Cunha. Os Sertões (1902)¹

No ano de 2004, foram celebrados os 140 anos da primeira *Convenção de Genebra para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha*, de 22 de agosto de 1864, o tema veio à baila de forma estupefata com a revelação da tortura de prisioneiros de guerra do exército iraquiano por soldados da força de coalizão estadunidense e britânica que invadiu o Iraque em 2003, depondo o governo de Saddam Houssein e estabelecendo uma segunda guerra no Golfo Pérsico.

2. HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES DE GENEBRA E DA CRUZ VERMELHA INTERNACIONAL².

As origens da primeira *Convenção de Genebra* de 1864, *para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha*, teve origem na Batalha de Solferino.

Antes dela, registra a história em 4 de junho de 1859 a Batalha de Magenta, na Lombardia (norte da Itália), travada entre franco-piemonteses e o exército austríaco, durante a Segunda Guerra de Independência da Itália. Naquela época, o norte da Itália (Piemonte) estava sob o domínio do Império Austríaco. A situação não agradava aos italianos, causando várias revoltas. Os países vizinhos tomaram posições, a ponto da França enviar tropas em auxílio dos revoltosos. A vitória dos franceses obrigou os austríacos ao recuo, auxiliando e consistindo em importante etapa para a independência da Itália, uma vez que muitos distritos e cidades foram excluídos daquela órbita para se juntar à causa da unidade italiana.

Após o recuo dos austríacos a leste, em 24 de junho de 1859 houve um inesperado encontro com o exército aliado comandado por Napoleão III (*Charles-Louis-Napoléon Bonaparte*) (*Le Petit*) e Vítor Emmanuel II (*Vittorio Emanuele*) (primeiro rei da Itália, 1861-1878). Deu-se a histórica Batalha de Solferino – cidade no atual norte da Itália –, que se desenvolveu de forma confusa até que os franceses quebraram a linha central austríaca. No entanto, vigorosas ações retardatárias do adversário deixaram o exército aliado exausto demais para perseguir os derrotados. Acredita-se que a batalha de 15 horas deixou 14.000 austríacos e 15.000 franceses e piemonteses mortos ou feridos. Por fim, a dolorosa batalha influenciou Napoleão III a buscar um armistício (Paz de Villafranca), o qual contribuiu para a unificação da Itália.

Jean-Henri Dunant (1828-1910), um jovem comerciante genebrino constituiu em 1858 a *Sociedade Anônima dos Moinhos di Mons-Djemila*, na Argélia, então colônia francesa. Devido à morosidade administrativa, Dunant, então com 31 anos, decide expor pessoalmente ao Imperador Napoleão III suas idéias sobre fertilização. Ao viajar até Solferino e dirigir-se rumo ao quartel-general francês com o intuito de contatar o monarca, deparou-se com o palco da batalha, presenciando o doloroso e terrível espetáculo proporcionado pelo desamparo dos feridos, naquele que seria o fato que mudaria a sua vida. Ao invés de evadir-se do local, o que naturalmente seria mais fácil, Dunant improvisou uma equipe de socorro, uma vez que os serviços de saúde militares, deveras sobrecarregados, não podiam ajudar, repetindo o gesto de Florence Nightingale durante a Guerra da Criméia (1854-1856)³.

Erika SEGUCHI lembra que Dunant, mesmo não possuindo formação médica, sensibilizado com o espetáculo de horror, recrutou mulheres do Vilarejo de Castiglioni como auxiliares e dois cavaleiros ingleses que passavam pelo local como turistas para a obtenção de vendas e outros materiais necessários para atendimento de feridos de guerra austríaco e franco-piemonteses, sendo ainda necessários 3 dias e 3 noites para o sepultamento dos cadáveres que restaram no campo de batalha⁴.

⁽¹⁾ CUNHA, Euclides da. Os Sertões (1902). São Paulo: Martin Claret, p. 235, 2002, 560 p.

⁽²⁾ Um histórico completo da Cruz Vermelha Internacional pode ser encontrado em SEGUCHI, Erika. A História da Cruz Vermelha Internacional. In: Cadernos de Direito. Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Piracicaba: Gráfica UNIMEP, vol. 1, nº 2, p. 199-216, 2002, 259 p.

⁽³⁾ É ainda digno de nota o trabalho desenvolvido por Florence Nightingale (1820-1910). A enfermeira teve atuação destacada na Guerra da Criméia, quando, integrando o corpo de enfermagem britânico em Scutari, Turquia, teve em 1854 dois hospitais a seu serviço com a quantidade de 4000 feridos, ficando conhecida como a "dama da lanterna", por seu hábito de percorrer as enfermarias durante a noite com uma nas mãos. Seu trabalho de assistência aos enfermos e de organização de infra-estrutura hospitalar tornou-a bastante conhecida, deveras que o fato tornou-se significativo na medida que, fundando em 1860 a primeira escola de enfermagem do mundo, até o século XIX, era praticamente nula a assistência aos enfermos nos hospitais de campanha, e quando feita, realizava-se em condição de grande insalubridade, proporcionando o aumento do número de mortos. Por fim, lançando base para os modernos serviços de enfermagem, defendia que o dinheiro público deveria custear a formação de enfermeiras e os serviços por elas prestados. Cf. MELLO, Rubens Ferreira de. Textos de Direito Internacional e de História Diplomática de 1815-1949. Rio de Janeiro: Coelho Branco, vol. I, p. 32, 1950, 432 p.

⁽⁴⁾ SEGUCHI, Erika. Op. cit., p. 201.

O fato foi tão significativo que, inobstante a origem da profissão de instrumentador cirúrgico remontar à Idade Média (quando lhes eram confiados a confecção, o aperfeiçoamento, a guarda e o transporte do instrumental necessário às manobras cirúrgicas), é nesta ocasião que oficialmente se considera a verificação do primeiro registro da atuação filantrópica de alguém desta área num campo de batalha.

Dessas recordações Dunant publica, em novembro de 1862, um curto, porém denso livro, intitulado *Un Souvenir de Solferino* (Recordações de Solferino), de grande repercussão, advogando a criação de sociedades de socorro de caráter nacional, numa ação embrionária de regras humanitárias para os militares feridos em combate. Ainda neste ano, a obra é enviada a soberanos e chefes de Estado da Europa.

A partir daí, buscaram-se ações que colocassem em prática princípios que mitigassem a realidade dos campos de batalha, culminando em fevereiro de 1863 com a criação de uma comissão especial com essa finalidade dentro da *Sociedade Genebrina de Utilidade Pública* que, além de Dunant, era composta pelos médicos Louis Appia (1818-1898) e Théodore Maunoir (1806-1869), além do general suíço Guillaume H. Dufour (1787-1875) e do advogado e banqueiro Gustave Moynier (1826-1910).

Assim, durante os meses de setembro e outubro, Dunant percorre em viagem a Europa Central divulgando seus princípios, solicitando audiências e conseguindo despertar o interesse de reis, príncipes e chefes militares a respeito de seus projetos. Como lembra Rubens Ferreira de MELLO, os esforços de Dunant – que recebeu o primeiro Prêmio Nobel da Paz, em dezembro de 1901 – foram coroados do mais pleno êxito, de tal sorte que ainda naquele mês de outubro, entre os dias 26 e 29, reunia-se em Genebra uma assembléia composta de representantes de 16 países europeus, sob a presidência de Moynier, onde o projeto, com poucas modificações, tornou-se o estatuto básico da nova instituição que nascia: o *Comitê Internacional da Cruz Vermelha* (*International Committee of the Red Cross*, ICRC, *Comité International de la Croix-Rouge*, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, CICR)⁵. Na ocasião foram adotadas 10 resoluções e 3 moções, que, além de dar origem à nova organização, previam, dentre outras medidas: 1) A criação em cada país de um *Comitê de Socorro*, que ajudaria em tempo de guerra o serviço de saúde dos exércitos; 2) A formação de enfermeiras voluntárias em tempo de paz; 3) A neutralização das ambulâncias, dos hospitais militares e do pessoal de saúde; 4) A adoção de um símbolo distintivo

uniforme, consistente numa braçadeira branca com uma cruz vermelha, que se tornaria o símbolo da organização, invertendo as cores da bandeira suíça, de fundo vermelho e cruz branca para fundo branco e cruz vermelha, em homenagem ao país sede, cujo governo é depositário das Convenções de Genebra, e que, atualmente, tem a responsabilidade convocar a conferência diplomática e assistir o movimento enquanto consultor.

Em 1864, novamente em Genebra, foi convocada pelo Conselho Federal Suíço uma nova conferência internacional que contou com 24 delegados de 16 países, adotando e assinando a convenção conhecida como *Convenção de Genebra destinada a melhoria da sorte dos militares feridos em campanha*, incorporando idéias das resoluções e moções da assembléia de outubro de 1863 e baseando-se no projeto elaborado com tal fim por Moynier e Dufour⁶. Esta Convenção de Genebra de 1864 foi substituída por uma nova de 1906, sendo esta igualmente substituída por uma de 1929, com o intuito de atualizar o texto primitivo, adaptando-o sucessivamente aos processos de guerra modernos, tendo o Brasil aderido à 1ª Convenção, assinando e ratificando as outras duas⁷.

A importância da Convenção de Genebra reside no fato que, histórica e juridicamente, ela inaugura uma nova era e um novo capítulo no direito internacional público e até mesmo no capítulo dos direitos humanos durante conflitos armados na esfera internacional, estabelecendo o início da codificação e sistematização das normas consuetudinárias e legais em matéria humanitária. Como lembra Fábio Konder COMPARATO,

Ela inaugura o que se convencionou chamar direito humanitário, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio [ou Hugo Grotius, em sua versão latinizada] em sua obra seminal no início do século XVII (*Ius Belli ac Pacis*), passou, desde então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes⁸. (observação nossa)

(5) MELLO, Rubens Ferreira de. Op. cit., p. 32.

(6) MELLO, Rubens Ferreira de. Op. cit., p. 32.

(7) MELLO, Rubens Ferreira de. Op. cit., p. 32.

(8) COMPARATO, Fábio Konder. Convenção de Genebra (1864): Direito Internacional Humanitário. Documento eletrônico obtido na rede mundial de computadores (internet), disponível no endereço eletrônico <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1864.htm>>. Acesso em 20-05-2004.

Anota ainda MELLO que os princípios contidos nas Convenções de Genebra de 1864 e 1906 foram consagrados, respectivamente, nos princípios das Convenções de Haia, de 1899 e 1907, *relativas às leis e costumes de guerra, terrestre e marítima*, tendo ainda a conferência diplomática reunida por mais uma vez em Genebra, de 21 de abril e 12 de agosto de 1949, revisto a Convenção de 1929, aprovando uma *convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra*, e 11 resoluções, com a participação do Brasil e a aprovação por nosso país de todos os seus atos, deixando a assinatura dela – a exemplo da maioria dos países participantes – para a sessão especial que se reuniu para este fim, em Genebra, realizada em 8 de dezembro de 1949⁹, promulgando-as pelo Decreto nº 4212, de 21 de agosto de 1957.

Dessa forma, apesar da história e o direito registrarem inúmeros antecedentes¹⁰, como a Declaração de São Petersburgo – que procurou regular os métodos e meios de combate – considerada como o *enunciando* do direito consuetudinário existente – proibindo o ataque a não combatentes, a utilização de armas que agravassem inutilmente o sofrimento dos feridos ou que tornassem a sua morte inevitável, além do emprego de projéteis com menos de 400 g contendo carga explosiva ou substâncias incendiárias¹¹ –, o direito internacional humanitário formou-se a partir de 3 vertentes, o chamados *direito de Genebra*, *direito de Haia* e *direito de Nova Iorque*:

O *direito de Genebra* formado pelas 4 Convenções de Genebra de 1949 para a proteção das vítimas de guerra e

dos seus 2 Protocolos Adicionais de 1977, perfazendo cerca de 660 artigos de normas de codificação da proteção da pessoa humana durante conflitos armados, sejam militares fora de combate, sejam pessoas que não participem das operações militares¹².

O *direito de Haia* – o direito da guerra propriamente dito –, isto é, o conjunto dos princípios das operações militares, com vista às necessidades dos direitos e deveres dos militares participantes da campanha e os limites dos meios de ferir o inimigo – sem esquecer princípios de humanidade –, sendo formado em sua maior parte pelas regras da Convenção de Haia de 1899, posteriormente revistas pela Convenção de Haia de 1907, e também presente em algumas regras do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949¹³.

O *direito de Nova Iorque*, mais recente, sendo aquele com vista à proteção dos direitos humanos durante conflitos armados, sendo classificados como de Nova Iorque por serem fulcrados na atividade desenvolvida pela Organização das Nações Unidas (ONU), que tem sua sede justamente naquela cidade. A própria Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 2444 (XXIII), cujo título é *Respeito dos direitos humanos em período de conflito armado*, que se constituiu num marco da organização no que tange ao trato do direito humanitário, uma vez que desde 1945, quando de sua criação, ela não se ocupava desde braço do direito internacional público sob a justificativa que tal iniciativa seria uma falta de confiança em si própria enquanto instrumento de garantia da paz. Assim, com a referida resolução, o ano de 1968 se

⁽⁹⁾ MELLO, Rubens Ferreira de. Op. cit., p. 32-33. O Ministério das Relações Exteriores (MRE) da República Federativa do Brasil, porém, dá como data oficial de assinatura a de 12 de agosto de 1949.

⁽¹⁰⁾ Catarina ALBUQUERQUE e Isabel Marto MARTINS registram uma série de antecedentes a respeito do direito da guerra. Se, nas origens, a guerra se caracterizava pela ausência de qualquer regra, predominando a lei do mais forte, os vencidos eram massacrados ou, com melhor sorte, escravizados. Na esteira do progresso das idéias, na necessidade de preservação do potencial humano e no caráter inútil e economicamente prejudicial de destruições totais, os beligerantes, gradativamente, mudaram de postura. As Leis de Manou, na Índia, proibiam a utilização de flechas envenenadas, exigindo que o vencedor poupasse os feridos e que respeitasse as leis das nações conquistadas. Na China, Se-Ma, pensador do século IV a. C. (um dos comentadores do primeiro tratado militar que se tem notícia, “A Arte da Guerra”, de Sun Tzu, referido adiante no corpo do texto com mais detalhes), condenava as destruições inúteis, recomendando que não se atacasse pessoas que não pudessem se defender, bem como a necessidade do tratamento de feridos. Na América pré-colombiana, os Incas tinham uma conduta paternal com os povos vencidos, especialmente aos estrangeiros, tentando a reconciliação. Na Europa e zona do Mar Mediterrâneo, essas regras estiveram sob a influência do Cristianismo e do Islamismo. Apesar de sua violência característica no período com os tribunais do Santo Ofício e da Inquisição – e sem falar nas Cruzadas –, em certas ocasiões a Igreja Católica pugnou pela humanização das regras de guerra, de forma que Santo Agostinho declarava que o inimigo combatente não deveria morrer, e que se isso acontecesse, que fosse por necessidade e não por vontade, de sorte que o vencido ou o capturado teria direito à compaixão. Já no século X, d. C., em vários Concílios é proclamada a inviolabilidade das igrejas, de mosteiros, dos pobres, mercadores, peregrinos, dos agricultores e de seus bens, constituindo esses princípios nas “Regras da Paz de Deus”, cuja violação era punida com a excomunhão. Igualmente, o Islamismo condena o crime, as mutilações, a tortura, objetivando ainda a proteção dos velhos, das mulheres, de crianças, dos mosteiros muçulmanos e seus bens dos efeitos da guerra, numa demonstração de raízes comuns, tanto a essa religião quanto ao Cristianismo. Por fim, as autoras evocam o ensinamento de Jean-Jacques Rousseau, no seu “Contrato Social”, de 1762, donde se lê que a guerra não consiste numa relação de homem para homem, mas na verdade, de Estado para Estado, na qual os indivíduos só acidentalmente são inimigos. Assim, com o fim da guerra, os antigos inimigos, novamente simples homens, devem respeito pelos soldados feridos e por aqueles que se encontrem em poder do inimigo. In: ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. O Que é Direito Internacional Humanitário? Documento eletrônico obtido na rede mundial de computadores (internet), disponível no endereço eletrônico <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dihuman/dih1.htm>>. Acesso em 20-05-2004.

⁽¹¹⁾ ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. Op. cit.

⁽¹²⁾ ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. Op. cit.

⁽¹³⁾ ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. Op. cit.

tornou como o do nascimento deste novo foco de interesse, inaugurando um grande envolvimento da ONU em tratar de questões relativas às guerras de libertação nacional e à interdição ou limitação da utilização de certas armas clássicas¹⁴.

Assim, o *direito da guerra*, do ponto de vista convencional, tem como arcabouço jurídico a estrutura formada pelas seguintes convenções: 1) *1ª Convenção de Genebra* de 1864, ratificada entre 1864 e 1907 por 57 Estados (um recorde para a época); 2) Pela *Declaração de São Petersburgo* de 1868; 3) *Pelas Convenções e Declarações de Haia* de 1899; 4) *Pelas 13 Convenções de Haia* de 1907, relativas, entre outros temas, às *leis e costumes da guerra, aos direitos e deveres das potências neutras em caso de guerra terrestre, ao regime dos navios de comércio no início das hostilidades, à transformação dos navios de comércio em navios de guerra, à colocação de minas submarinas automáticas de contato, ao bombardeamento por forças navais em tempo de guerra, e à adaptação dos princípios da Convenção de Genebra à guerra marítima e à proibição de lançar projéteis e explosivos a partir de balões*; 5) *Pela Convenção de Genebra de 1906 sobre os feridos e doentes nos exércitos*; 6) *Pelo Protocolo de Genebra de 17 de junho de 1925 relativo à proibição de utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares na guerra*; 7) *Pelas duas Convenções de Genebra sobre os feridos e doentes em campanha (I) e sobre os prisioneiros de guerra (II)*, de 1929; 8) *Pelas 4 Convenções de Genebra de 1949*, a saber: a *Convenção para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha* (Convenção I); a *Convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar* (Convenção II); a *Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra* (Convenção III); a *Convenção de Genebra relativa à proteção das pessoas civis em tempo de guerra* (Convenção IV); 9) *Pela Convenção e Protocolo de Haia para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado*, de 1954; 10) E também pelos *Protocolos de 1977 Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949*, a saber: *Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais* (Protocolo I); *Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais* (Protocolo II); 10) Ainda, pela *Convenção das Nações Unidas sobre a proibição ou a limitação da utilização de certas armas clássicas que podem ser*

consideradas como produzindo efeitos traumáticos excessivos ou como atingindo sem discriminação, de 1981, que era composta de 3 Protocolos anexos; 11) E, finalmente, pela *Conferência para Exame da Convenção* que aprovou alterações ao *Protocolo II relativo a minas, armadilhas e outros dispositivos* e um *Protocolo IV relativo às armas que provocam a cegueira*, de 1996. Ressalte-se ainda que em 1923 foram estabelecidas as *Regras de Haia sobre a guerra aérea*, que nunca se concretizaram numa Convenção¹⁵.

Como visto supra, além dos protocolos, a conferência que se reuniu em Genebra em 1949 aprovou outras 3 convenções. Além da já mencionada revisão da Convenção de 1929, que culminou com a aprovação da *convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra*, tivemos a *revisão da convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha*, e a *celebração das convenções para a melhoria dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar*, e a *relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra*, que ora cotejaremos com o conflito originário da invasão ao Iraque.

A *Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949* é, portanto, uma das quatro convenções assinadas naquele ano sobre a proteção das vítimas de guerra, determinando às potências em conflito os direitos e deveres em relação aos prisioneiros.

O artigo 4º da convenção define com precisão o *status* de quem são os que se encontram na condição de *prisioneiro de guerra*: 1) Membros das forças armadas de uma das partes do conflito, assim como membros das milícias e corpos de voluntários que façam parte das forças armadas; 2) Membros de outras milícias e de outros corpos de voluntários, pertencentes a uma das partes do conflito, agindo fora ou no interior do próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, e que preencham as seguintes condições: a) Possuírem uma pessoa responsável; b) Tiverem um sinal distinto e reconhecível à distância, e; c) Possuírem armas; 3) Membros das forças armadas regulares que reclamam de um governo ou de uma autoridade não-reconhecida pela potência dominante; 4) Pessoas que seguem as forças armadas, mesmo que não façam parte diretamente delas, tais como tripulantes civis de aviões militares, correspondentes de guerra; 5) A população de um território que, com a aproximação do inimigo, pega espontaneamente em armas para combater as tropas invasoras sem ter tido tempo de constituir um exército regular.

⁽¹⁴⁾ ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. Op. cit.

⁽¹⁵⁾ ALBUQUERQUE, Catarina et MARTINS, Isabel Marto. Op. cit.

Com relação a eles, em linhas gerais, estipula a convenção que os prisioneiros de guerra devem ser tratados sempre com *humanidade* e que os mesmos não podem ser submetidos a tratamentos perigosos, humilhantes ou degradantes. Ademais, sua saúde não deve ser *colocada gravemente em perigo* de nenhuma forma, devendo ser protegidos contra qualquer ato de *violência ou de intimidação, contra insultos e a curiosidade pública*, consoante se lê de seu artigo 13. O artigo 14, por sua vez, reza que *os prisioneiros de guerra têm direito, em todas as circunstâncias, ao respeito à sua pessoa e à sua honra*, isto é, apesar da condição de prisioneiros, não perderam a condição humana e a sua integridade física e moral. Por fim, o artigo 17 destaca que os prisioneiros que se recusarem a responder a questões *não poderão ser nem ameaçados, nem insultados, nem expostos a situações de desvantagem de qualquer natureza* e muito menos a *qualquer tortura física ou moral* para serem obrigados a dar informações.

Dessa forma, o direito da guerra teve força propulsora principal no trabalho realizado nas Conferências de Genebra, e pela atuação da Cruz Vermelha Internacional (também chamada de Crescente Vermelho, em virtude da utilização de outro de seus símbolos, de uma lua crescente vermelha em fundo branco, usado predominantemente no mundo muçulmano), que se estendeu por todos os cantos do mundo. Apesar da existência de todo um corpo normativo relativo ao direito da guerra e ao direito internacional humanitário, as dificuldades da Cruz Vermelha são muito grandes na consecução de seus objetivos institucionais. Culturas, ideologias e a situação política dos territórios em conflito são obstáculos deveras relevantes para a concretização dos ideais preconizados por Dunant e seu grupo.

Atualmente, além de uma postura de sigilo e neutralidade acerca das condições em que se encontram feridos e prisioneiros no *front* de batalha (deveras necessária para garantir condições de trabalho), como dito, as dificuldades institucionais são de magnitude tal, a ponto de, a partir da verificação do conteúdo de seu sítio na rede mundial de computadores (internet)¹⁶, encontrarmos dificuldades dessa natureza até mesmo com relação seus símbolos distintivos, onde além dos atuais ícones da cruz vermelha em fundo branco, do crescente vermelho referido anteriormente (que são descrições que lhe emprestam as duas denominações), há ainda um emblema de um leão e sol vermelhos sobre fundo branco, que não é utilizado pelas sociedades nacionais da organização em nenhum país membro desde 1980.

Anote-se que esses símbolos são necessários, como previsto nos artigos 1º e 7º da Convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864, para a proteção de seu pessoal, de forma que os mesmos não sejam alvos das forças militares em combate, apesar do fato ser verificado com frequência, como aconteceu na campanha do Afeganistão, em 2002, quando um galpão de material da organização foi bombardeado por engano pela força aérea norte-americana, segundo a versão oficial.

Os dois primeiros emblemas, da cruz vermelha e do crescente vermelho respectivamente (veja-se os símbolos no anexo), apesar da inexistência de conotações políticas, ideológicas ou religiosas da organização – e que, apesar de ter o *status* de sujeito de direito internacional público, é de caráter privado, não vinculada a nenhum Estado –, criaram alguns obstáculos à universalidade de sua atuação. Isto se dá porque alguns Estados e mesmo algumas Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha não os reconhecem ou aceitam, como ocorreu, por exemplo, com a admissão das sociedades humanitárias nacionais de Israel – que declarou a sua inabilidade no uso do emblema –, e do Cazaquistão – que reivindica a adoção de um ícone que englobe os outros dois –, inobstante os atuais emblemas terem sido reconhecidos pelas Convenções de Genebra de 1949 e também pelos respectivos Protocolos Adicionais de 1977.

Assim, pugna-se atualmente pela adoção de um terceiro emblema, de caráter universal, que, englobando os atuais, seja potencialmente desvinculado e capaz de não ser associado a conotações políticas ou religiosas, de forma trazer uma rápida e ágil solução contra a adoção de ícones passíveis de associação com símbolos que trazem dor e ressentimento aos membros de sociedades nacionais da organização, visto que a ausência de qualquer identificação nos seus membros inevitavelmente os levará a morte e ao estado de desproteção jurídica e pessoal que convencionalmente devem deter.

A questão se torna ainda mais grave nos epicentros de conflito de causa étnica e religiosa, onde os próprios membros e agentes da Cruz Vermelha poderiam ser potencial e hipoteticamente associados aos inimigos, ficando sem proteção e tornando-se alvos fáceis.

A Federação Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que congrega as Sociedades Nacionais do movimento, considerando o assunto prioritário, através de sua Conferência Internacional – seu órgão deliberativo máximo –, da Comissão Permanente e de um grupo de trabalho, composto de 16 Estados, incluídos os 5 membros

⁽¹⁶⁾ CRUZ VERMELHA INTERNACIONAL. Endereço na rede mundial de computadores (internet) disponível no endereço eletrônico <<http://www.icrc.org/>>. Acesso em 21-5-2004.

permanentes do Conselho de Segurança da ONU e mais 8 representantes de dentro da própria organização, consentiram o intento da adição de um terceiro emblema através de um 3º Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, em reuniões preparatórias verificadas nos dias 13 e 14 de abril e 13 e 14 de junho de 2000. Foi decidido também que o novo emblema estará sujeito às mesmas condições de utilização previstas nas Convenções de Genebra de 1949 e nos Protocolos Adicionais de 1977, no mesmo contexto e nos mesmos objetivos e espírito que norteiam a atuação da organização.

Em nova reunião de consulta e preparação realizada em Genebra, em 5 e 6 de setembro do mesmo ano de 2000, com a presença de 360 representantes de mais de 100 Estados e de mais de 60 Sociedades Nacionais – em convite que foi enviado a todos os 189 Estados-Partes –, buscou-se um consenso sobre todo este processo, de forma a evitar a proliferação de emblemas.

No momento está concluído um protocolo preparatório, pendente de aprovação dos Estados, propondo a criação do emblema adicional neutro, como a preparação do trabalho de base para a realização de uma futura conferência diplomática com esta finalidade, que será adicionada ao corpo normativo do direito de Genebra, e por que não dizer, aos próprios direitos da guerra e internacional humanitário.

3. COTEJO DO CONTEÚDO DO DIREITO DA GUERRA E DA CONVENÇÃO DE GENEBRA SOBRE PRISONEIROS DE GUERRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949 COM O CONFLITO NO IRAQUE

Após sair de uma guerra sem vencedores com o Irã que durou 8 anos (1980-1988) e endividado com seus credores externos, o Iraque dependida fundamentalmente do petróleo, que enfrentava preços baixos no mercado internacional, impossibilitando o país de solver parte do que devia e de continuar com seu programa armamentista.

Governado por Saddam Houssein desde 1979, o Iraque acusou o Kuwait de forçar a baixa dos preços do

petróleo no mercado internacional para aumentar as suas cotas de venda. No tempero de tudo isto, em julho de 1990 o Iraque reivindicou partes do território do Kuwait, invadindo o país em agosto do mesmo ano.

Os Estados Unidos da América (EUA) então governados por George Bush, pai, e que apoiaram o Iraque na guerra contra o Irã, tendo em conta o clamor internacional que pairava contra o país, lhes impuseram um bloqueio econômico e formaram uma coalizão de tropas de 28 países – contando inclusive com o apoio da Argentina –, enviada para a luta no Golfo Pérsico, numa operação intitulada “tempestade no deserto”.

Considerando possíveis consequências na economia mundial – visto que o Oriente Médio é uma das maiores regiões produtoras de petróleo do planeta –, os EUA deram um prazo para o Iraque deixar o Kuwait, o que não aconteceu. Contando inclusive com o então inédito apoio da União Soviética, em janeiro de 1991 o Iraque foi atacado, o Kuwait libertado e a guerra terminada, com a capital Bagdá destruída e o incêndio de vários poços de petróleo, inobstante Houssein permanecer no poder.

A partir de 2002, durante aproximadamente 1 ano, o governo dos EUA, agora presidido por George Walker Bush, filho, ameaçou publicamente o Iraque de invasão, o que acabou acontecendo em março de 2003, com o apoio da Inglaterra e de uma coalizão de países europeus, dentre os quais Portugal, Espanha e Polônia. Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e Washington, Bush e suas teorias de segurança nacional estabeleceram ligações entre o presidente iraquiano, Saddam Houssein, com Osama Bin Laden, membro da organização terrorista Al-Qaeda e suposto mentor dos atentados. Iniciou-se a declarada “guerra ao terror”, cujo nome inicial da operação teve a denominação de “justiça infinita”. Apesar do sueco Hans Blix, funcionário da ONU inspecionar o país e nada encontrar, repetindo o pai George Bush (outro também presidente dos EUA), George Walker Bush, acusando ainda o Iraque – sem provas e indícios – de possuir armas químicas e de destruição em massa, lançou o país em nova guerra¹⁷.

Ainda durante o curto período de luta em que o governo de Saddam Houssein não havia caído, o exército

⁽¹⁷⁾ Muito se fala do fundamentalismo (radicalismo) islâmico. Mas pouco se fala do radicalismo (ou fundamentalismo) cristão. Célio A. ROLIM relata entrevista concedida pela psicanalista e escritora judia Jacqueline Rose ao repórter Sílvia Boccanera, exibida no programa “Milênio”, exibido pelo canal fechado de televisão Globosat, das Organizações Globo, no final de 2003. Especialista em eventos internacionais, dando a entrevistada a impressão de querer sair da segurança dos academicismos, ela tentou explicar a “bizarra realidade transcendental que parece permeiar a cúpula do governo Bush”: Além do apoio à política de Israel ante ao povo palestino, numa leitura bíblica fundamentalista cristã, se coloca a convicção religiosa transportada para a política, fulcrada no apoio ao povo escolhido por Deus, bem na linha de uma visão apocalíptica em que “aqueles que ficarem contra Israel serão destruídos”. Dentre outras “pérolas” de Bush, se deduz que, após esse fato (a destruição dos inimigos de Israel), haveria a conversão final dos judeus em cristãos. ROLIM, Célio A. *Bush Fundamentalista?* Gazeta de Piracicaba, p. 2, 20-5-2004.

iraquiano aprisionou soldados norte-americanos e os expôs à curiosidade pública através das câmeras de televisão, violando o artigo 13 da Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra. Evidentemente e com acerto, invocou-se a violação que estava ocorrendo.

Vencido o inimigo, pelo menos oficialmente, os norte-americanos tiveram que enfrentar a guerra de guerrilhas. A resistência sunita concentrou-se pelo interior do país e principalmente na cidade de Fallujah, prolongando o conflito e fazendo mais baixas de soldados da coalizão do que em todo o período de guerra oficial.

Veio a prisão de Saddam Houssein, inclusive visitado pela Cruz Vermelha Internacional. A seguir, sobreveio a prisão de vários soldados iraquianos. E então, aos poucos, mesmo com as notórias e públicas tentativas do governo estadunidense de censurar as fotos das centenas de caixões de corpos de soldados mortos em combate retornando a bordo de aviões cobertos com a bandeira norte-americana, veio à tona uma realidade que nem o poder econômico e a imprensa comprometida com o grande capital puderam esconder: as torturas de prisioneiros.

Inicialmente foram divulgadas pela rede de televisão CBS, dos EUA, fotos tiradas em 2003 na prisão de Abu Ghraib, onde prisioneiros iraquianos estão nus e simulando atos sexuais. Em outra, coberto com capuz e uma espécie de manta, o prisioneiro, exposto ao ridículo, está com fios elétricos acoplados às mãos. Pelo lado inglês, o tablóide *Daily Mirror*, na sua edição de 1º de março de 2004, publicou em sua capa a foto de um soldado britânico urinando no rosto de um prisioneiro encapuzado e com as mãos atadas às costas. Na ocasião, a Anistia Internacional (*Amnesty International*) oficialmente declarou que o fato não era isolado, e a Cruz Vermelha Internacional, visivelmente preocupada com a repercussão que possíveis declarações oficiais teriam em impedir ou dificultar seu trabalho no *front*, qualificou as fotos de perturbadoras e preocupantes, em fatos posteriormente aventados por setores da imprensa dos EUA, denunciando que oficiais norte-americanos reagiram às denúncias de maus-tratos a prisioneiros tentando bloquear o acesso da organização à referida prisão, em virtude justamente desses fatos serem narrados em um relatório por ela entregue às autoridades estadunidenses já no final do ano de 2003.

A reação oficial norte-americana foi a mais próxima o possível da politicamente correta, pugnando por investigações e punições. A palavra “tortura” não foi mencionada uma única vez, e sim, o termo “abuso”. Do

lado dos ingleses, o primeiro-ministro Tony Blair reagiu de forma semelhante, mas depois, afirmou a falsidade das fotos.

Ao escândalo e aos clamores da sociedade internacional, como os da Comissão Internacional de Juristas (CIJ, *International Commission of Jurists*, ICJ)¹⁸, igualmente com sede em Genebra, na pessoa de seu secretário-geral, Nicholas Howen – que exigiu uma investigação independente e imparcial das torturas e a respectiva instauração de processos contra os torturadores, bem como a investigação sobre quem ordenou ou tolerou tais práticas e até que em ponto os interrogatórios refletiam uma política expressa ou implícita dos comandos militares –, e de forma pouco diferente de Blair que buscou o caminho da negativa pura e simples no tocante à veracidade das fotografias, o secretário de defesa dos EUA, Donald Rumsfeld, em termos práticos e em título de providências, concretamente apenas ordenou a proibição de telefones celulares com dispositivos de câmeras fotográficas no Iraque, de forma a coibir a divulgação de novas fotografias, que foram justamente registradas por esses aparelhos, e que permitiram que a comunidade internacional tivesse ciência de como, no quê e de quê forma parte dos recursos do contribuinte norte-americano estão sendo utilizados na campanha do Iraque.

Por fim, uma investigação conduzida por militares norte-americanos entre outubro e dezembro de 2003, produziu um relatório, no qual, onde além das sodomizações, estupros, espancamentos e surras, os soldados eram atacados nus por cães e alguns deles, ao estarem atados, envoltos em gelo e celofane.

Havia rumores que as torturas refletiam um programa já iniciado no Afeganistão, invadido pelos EUA em 2001, como ação de sua política antiterrorista iniciada posteriormente aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, justamente após várias tentativas frustradas de capturar líderes da organização terrorista Al-Qaeda, que estariam escondidos naquele país. Assim, a tortura foi um mecanismo incentivado para a obtenção de informações necessárias aos serviços de inteligência, de forma a enfraquecer psicologicamente os detidos para os interrogatórios, repetindo práticas que marcaram o regime de Saddam Houssein no Iraque, e que os norte-americanos insistiam em afirmar que iriam libertar, trazendo valores de justiça e democracia.

Rafael e Margaret Chaiken, interrogadores treinados pelo exército dos EUA, além dos conhecidos métodos de colocar presos em situações humilhantes, situações de estresse e de privação de sono como forma de subjugação,

⁽¹⁸⁾ COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. Disponível na rede mundial de computadores no endereço eletrônico <<http://www.icj.org/>>. Acesso em 20-5-2004.

igualmente afirmaram ter recebido treinamento específico para interrogatórios sem “ferir” as disposições contidas na Convenção de Genebra, em atos como a simulação da dificuldade de se “pegar” uma veia para aplicação de soro, que pode tanto ser feita por apenas 3, como por 12 vezes.

Num segundo momento, porém, descobriu-se que a situação era mais grave. A soldada Lynndie England, flagrada em fotografias junto com outro soldado norte-americano, então seu namorado, tirando fotos de detidos encapuzados se masturbando e formando pilhas de corpos nus ou estando nus em posições aviltantes, assistida por seus advogados declarou à imprensa que o fizera porque a situação parecia engraçada e divertida, e o que é pior, quase nunca sem oposição superior e até em cumprimento de ordens de seu comando. Ao relatar que uma corda foi envolta ao pescoço de um prisioneiro de forma a forçá-lo, junto com outros presos, a correr e se arrastar animalescamente por cerca de quatro a seis horas, que bolas foram atiradas nos encapuzados para assustá-los, que os mesmos foram chutados até lhes abrir chagas e feridas que seriam pessoalmente costuradas pelo agressor se a ferida não estivesse – a critério do torturador – “tão ruim”, e, com relação aos seus atos, atar uma coleira a um soldado atirado ao chão de forma a arrastá-lo, bem como querer fotografar um prisioneiro com a inscrição “eu sou um estuprador” que fizera no peito de um deles, aparecendo nas fotos com ar de indiferença, com os braços cruzados, com cigarro postado ao canto da boca e com poses de sinal de positivo e sorrisos quase publicitários de quem vende entusiasticamente um produto, revelam a necessidade psicológica de trazer de um conflito juridicamente inglório e sem sentido os troféus de uma guerra de agressão e indigna¹⁹.

Se por um lado o general norte-americano Geoffrey D. Miller, negando que suas recomendações tenham contribuído para os maus-tratos dos presos de guerra, declarou entender que o uso do capuz e a prática de impedir o sono dos prisioneiros e a ação de obrigá-los a ficar em posições estressantes, dentre outras 50 “técnicas de interrogatórios coercitivas contra inimigos detidos” são

legítimas, desde que utilizadas com autorização, por outro, o general Mark Kimmitt, vice-chefe de operações dos EUA no Iraque, mais realista e humilde, demonstrou ser impossível qualquer legitimação de atos dessa natureza, declarando que se os EUA não são capazes de se mostrar como um exemplo de como tratar pessoas com dignidade e respeito, não podem pedir a outras nações que ajam assim com os seus soldados. Outrossim, não havia mais como supostamente legitimar que um exército e seus soldados – em atitudes comprovadas por imagens, inclusive de vídeo –, em outras, novas e recentes sessões de tortura pudessem ser os algozes de prisioneiros espancados de maneira selvagem, forçados a caminhar como cães e imitá-los sob a ameaça de golpes no peito e no rosto, e, sob algemas e surras, com soldados brandindo cassetetes, observando presos nus, cobertos por uma substância marrom e estirados no corredor da prisão com os braços esticados e algemas nos tornozelos, empilhando-se, adotando posturas obscenas e masturbação pública na frente de soldadas norte-americanas, com outros detentos ajoelhados aos seus pés, além de outras humilhações sexuais, quase sempre praticadas durante a ronda noturna da prisão de Abu Ghraib. Observe-se ainda que durante o mês do Ramadã, além de tudo disso, os prisioneiros foram obrigados a ingerir bebidas alcoólicas, comer carne de porco, e negar o Islã. De fotografias desse período, presos estiveram encolhidos e acuados por cães ferozes. Outros, encapuzados, cobertos e algemados às grades dos corredores. Registrou-se que um prisioneiro, com algemas flexíveis, sendo coagido a usar uma banana para simular uma sevícia. Outros dois, algemados um ao outro, estando um deles nu, sendo pendurado de cabeça para baixo do alto de uma cama beliche. Os presos, relataram ainda durante as investigações do exército norte-americano que vazaram à imprensa, que eram “cavalgados” como animais e obrigados a retirar sua comida de vasos sanitários. Nas pirâmides formadas por prisioneiros, as imagens mostram os soldados dos EUA com os punhos erguidos em sinal de glória e vitória, exibindo e flexionando os músculos dos braços como super-heróis, sorrindo e parecendo se

⁽¹⁹⁾ João FRANZIN qualifica, em antecedentes, a situação de um exército que atua numa guerra sem motivos, onde as causas para a sua deflagração foram artificiais. Diz ele: Os soldados na frente de batalha sabem que o presidente da República mentiu e que seus comandantes encenam uma farsa. Que moral pode ter essa tropa? Que comportamento pode adotar um soldado no deserto, longe de casa, de tudo e de todos, lutando uma guerra injusta, que serve a interesses privados? Nessas condições, não há como conter abusos. Nesta e em todas as guerras injustas. Não foi diferente no Vietnã, quando as crianças saíam às ruas vendendo as suas irmãs ao soldado invasor e onde em certas regiões, após tantas bombas, não se poderá plantar nada por décadas. Sobre essa guerra, vale registrar uma atrocidade cometida em 18 de novembro de 1966. Uma patrulha norte-americana saiu à caça de uma mulher. Os rapazes encontraram numa cabana mãe e filha: raptaram a filha. A mãe lhe deu um chulé. Enfiaram o chulé na boca da moça. Levaram-na para uma palhoça e vários a violentaram. A moça, em choque, teve febre alta. Entre matá-la e esperar que recuperassem as forças, para novo estupro, preferiram a segunda opção. Na manhã seguinte, dois a esfaquearam: pela frente e pelas costas. A moça saiu cambaleando: a patrulha descarregou sobre ela. O soldado Eriksson, que denunciou o fato aos superiores e não mirou na moça na hora do extermínio, contou essa história, levando os demais na corte marcial. Antes, tentaram se livrar dele com o fogo amigo. Eriksson teve de se submeter a acusações de insanidade mental, falta de patriotismo e perseguições, acabando, de todo modo, a se readaptar à profissão de carpinteiro. Os demais foram logo reabilitados, sendo alguns promovidos. In: FRANZIN, João. Guerra no Iraque: demência e negócios. O Liberal, Americana-SP, p. 2, 16-05-2004.

divertir. Os soldados também voltaram suas câmeras para si próprios, registrando cenas de sexo consensual entre eles, em demonstração da ausência de qualquer disciplina militar.

A prática dos maltratos, ressalte-se, já tinha sido verificada nos cerca de 650 prisioneiros originários de 40 países, na maioria capturados durante a guerra em curso no Afeganistão iniciada em 2001 e recolhidos na base norte-americana de detenção (ou concentração?) de Guantánamo, em Cuba, onde foram vítimas de sevícias, justificadas pelo mesmo general Miller como fruto de uma “direção forte”, enquanto a Suprema Corte dos EUA decide se a prisão desses, sem culpa formada e por tempo indeterminado, é válida ou não. Sem esquecermos que existem presos em território continental norte-americano nessa situação de prisão sem acusação formal e detenção indefinida, por mais que aceitemos e ponderemos a existência de uma imprensa sensacionalista e oposicionista a Bush nos EUA, fica difícil concluir, como o primeiro-ministro inglês Tony Blair, que as imagens venham a ser falsas e que os fatos não estejam acontecendo²⁰.

Não é difícil entender porque os EUA, que sempre esfraldaram a bandeira dos direitos humanos em sua política externa, não retaliaram um aliado histórico como Israel, por exemplo, em que sua Suprema Corte cogitou de considerar válidas práticas de tortura contra cidadãos palestinos na defesa do Estado sionista. Mesmo sendo reformada, o caráter da decisão parece ter sido aceito e preservado ao vermos a ação do governo de Ariel Sharon derrubando casas de palestinos como represália aos atos terroristas que o país sofre, e efetuando a prisão de pessoas anos há fio sem julgamento formal. Isto é: os princípios dos direitos humanos e da própria Convenção de Genebra são lidos e interpretados de acordo com os interesses de Washington.

Os fatos nos lembram um triste passado recente, em que os EUA fomentaram e apoiaram golpes militares em toda a América Latina instituindo governos sanguinários, inclusive no Brasil²¹, dando até mesmo o apoio logístico,

como envio de instrutores de tortura, a exemplo do que foi com o torturador Dan Mitrione, seqüestrado e morto pelo movimento Tupamaros, em Montevideu, no Uruguai, e estranhamente homenageado como nome de rua na cidade de Belo Horizonte (retirada após o fim da ditadura). Se pela dor, esses são fatos que todos tentam esquecer, por outro lado, a história os registra e perpetua, para que nunca mais voltem a se repetir. Mas eles se repetem. Mesmo sendo de conhecimento público e notório os fatos que nortearam a atuação do exército norte-americano nas Guerras da Coreia (1950-1953) e do Vietnã (1965-1975), não deixa de soar paradoxal que milhares de soldados norte-americanos tenham perdido a vida na Segunda Mundial justamente para lutar contra o que oficialmente tudo isto representou, isto é, justamente contra o nazismo. Ainda que permeados pelos clichês de superioridade, heroísmo e nacionalismo característicos de sua indústria cinematográfica, são importantes as cenas do filme *O Resgate do Soldado Ryan* (*Saving Private Ryan*, 1998)²² onde os soldados norte-americanos desembarcam – e muitos morrem – nas praias da Normandia (França), no chamado *Dia D* (6 de junho de 1944), para lutar na Europa. Se de fato, como acusou-se na imprensa, os soldados torturadores dos EUA agiram sob o cumprimento de ordens, sob a responsabilidade de superiores hierárquicos e até mesmo do secretário de defesa Donald Rumsfeld, será que não são capazes de uma postura crítica diante de ordens manifestamente ilegais em face do direito internacional humanitário? Igualmente, não seriam capazes de identificar excessos e abusos nos procedimentos dos interrogatórios em cotejo com o estrito cumprimento de dever legal e regulamentar? Será que a lembrança histórica daqueles soldados que morreram no *Dia D* e em toda a Segunda Guerra Mundial e que, implicitamente, dentre outras coisas, lutavam contra tudo o que representava o nazismo, não se faz presente na consciência dos soldados? Como dito anteriormente, apesar de fatos nada admiráveis, em que a reação natural da maioria dos seres humanos é a de afastamento e repulsa, as torturas foram aqui descritas com o objetivo de se constituírem num testemunho de sua

⁽²⁰⁾ Para o primeiro-ministro inglês, que simplesmente pugnou pela falsidade das fotografias que envolviam soldados britânicos torturando prisioneiros no Iraque, vale lembrar que há a necessidade de desmentir um outro fato que veio a público. A Anistia Internacional vem denunciando que soldados britânicos vem atirando e matando civis iraquianos em diversas situações em que as tropas não estão sob nenhuma ameaça aparente. Nessas circunstâncias, alvejaram inclusive uma menina de 8 anos, de nome Hanan Saleh Matrud, que estava uma distância de quase 60 metros de uma patrulha.

⁽²¹⁾ No Brasil, o fato – inclusive do ponto de vista jurídico – é relatado em detalhes pela obra BRASIL Nunca Mais. Um relato para a História. Pref. de Dom Paulo Evaristo, Cardeal Arns. Petrópolis: Vozes, 1985, 312 p.

⁽²²⁾ O Resgate do Soldado Ryan. Direção de Steven Spielberg, 1998, EUA, 169 min. O cinema dá outras contribuições ao tema. No documentário Eu Fui Secretária de Hitler, com direção de André Heller e Othmar Schmiderer, 2001, Áustria, 95 min., Traudl Junge que foi a secretária particular de Hitler desde o outono de 1942 até a derrocada do regime nazista, em 1945, e, dentre outros depoimentos, menciona que, após ser presa pelos norte-americanos, foi tratada com respeito e submetida a um julgamento formal, no qual foi inocentada, numa perspectiva bastante distinta ao que se está vendo no Iraque. E, ao tema do direito da guerra e suas práticas primitivas, vale mencionar a película Tróia, com direção de Wolfgang Petersen, 2003, EUA, 150 min., onde são tratados fatos inerentes ao conflito bélico que se trava em 1193 a. C., durante a guerra da Messênia contra Tróia, onde, em enredo baseado na Ilíada de Homero, vemos as tréguas para o recolhimento dos corpos de mortos e feridos em batalha, além da trégua de 12 dias concedida pelo guerreiro Aquiles ao rei de Tróia após vencer e tirar a vida de seu filho, o príncipe Heitor, de forma que, devolvendo o corpo, permite a concessão de honrarias militares e o devido luto ao seu funeral.

absoluta falta de legitimidade e total ilegalidade sob qualquer ponto de vista, inclusive do direito internacional, de forma que sejam assimiladas e não mais repetidas, de forma inclusive que um fato tão grave não seja tratado por um chefe de Estado de forma tão displicente e afeta ao senso-comum como o fez Tony Blair, tratando os mal-tratos cometidos pelos soldados britânicos como simples mentiras, que aliás, existiram de fato para o estopim da guerra. Cientes que, principalmente numa perspectiva ética inexistem bons ou maus numa guerra, e que civis norte-americanos e estrangeiros igualmente foram barbaramente seqüestrados e executados – inclusive com decapitações – tanto no Afeganistão como no Iraque, a aplicação de princípios de direito internacional humanitário contribuiria significativamente para a melhor sorte dos prisioneiros e para uma relação minimamente menos desumana na antítese teórica do direito que representa a guerra. Os fatos, porém, mostram que, após 140 anos do início do corpo legislativo internacional do direito humanitário, estamos distantes desse ideal.

4. CONCLUSÃO

As torturas praticadas contra os prisioneiros iraquianos revelam que os princípios do direito da guerra e das Convenções de Genebra foram interpretados de acordo com os interesses de Washington, sobrepondo-se aos valores devidos ao direito internacional humanitário e aos direitos humanos, tão evocados pelos EUA em sua política externa.

Em entrevista concedida ao jornalista Márcio Senne de MORAES²³, até mesmo os especialistas norte-americanos em direito internacional condenaram as torturas, classificando-as de vergonhosas para o país. Allan Ryan, da Universidade de Harvard, entendeu que

Os atos mostrados nas fotos são completamente contrários à Terceira Convenção de Genebra, que enfatiza não apenas que os prisioneiros de guerra não devem sofrer abusos, mas também que eles merecem ser tratados com respeito. Isso se baseia no fato de que os prisioneiros de guerra não são criminosos, mas combatentes que foram retirados do campo de batalha.

A tortura não é autorizada em nenhum caso. Não importa se se trata de prisioneiros de guerra, de

pessoas de “alto valor estratégico” por conta das informações que podem revelar ou de presos comuns²⁴.

De forma que, privar prisioneiros de roupas, de alimentação e assistência médica para uma “facilitação” de interrogatórios, se constitui numa transgressão inegável ao direito da guerra em vigor após a Segunda Guerra Mundial, sendo que, no que tange aos interrogatórios, os prisioneiros são obrigados apenas a revelar seus nomes, sua posição nas forças armadas de seu exército e seu número e registro militar, lembrando o especialista, ainda que, como já vem ocorrendo na base norte-americana de Guantánamo e a exemplo do que se verifica na prisão de Abu Ghraib, os presos estão sendo vistos pelas autoridades dos EUA como inimigos internacionais²⁵.

George Joyner, da Universidade de Georgetown, confirma que

Se não quiserem dizer mais nada, os prisioneiros de guerra não poderão ser compelidos a fazê-lo. Isso seria outra violação às leis internacionais.

Cada tipo de prisioneiro deveria ficar detido num lugar diferente. E as pessoas de “alto valor estratégico”, como Washington as define, também só são obrigadas a revelar seu nome, sua posição e seu registro²⁶.

No mesmo esteio, adverte ainda o especialista que ao se manter as pessoas consideradas de “alto valor estratégico” e prisioneiros de guerra ao lado de presos comuns em Abu Ghraib, se praticam novos atos de violação à 3ª Convenção de Genebra²⁷.

Por fim concordaram ambos os especialistas norte-americanos que os EUA poderão punir os torturadores individualmente, mas somente em instâncias políticas, como o Conselho de Segurança da ONU – onde os EUA na qualidade de membro permanente possui poder de veto – seria possível punir o país, o que se trata de possibilidade meramente retórica²⁸. Ademais, os EUA não são signatários do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional para crimes de guerra – tipificando condutas que, dentre as quais merecem destaque as várias espécies de crimes sexuais, o desaparecimento forçado de pessoas e a segregação racial, definindo ainda os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade e os

⁽²³⁾ MORAES, Márcio Senne de. Atos ferem Convenção de Genebra. Folha de São Paulo, p. 7, 19-05-2004.

⁽²⁴⁾ MORAES, Márcio Senne de. Op. cit., p. 7.

⁽²⁵⁾ MORAES, Márcio Senne de. Op. cit., p. 7.

⁽²⁶⁾ MORAES, Márcio Senne de. Op. cit., p. 7.

⁽²⁷⁾ MORAES, Márcio Senne de. Op. cit., p. 7.

⁽²⁸⁾ MORAES, Márcio Senne de. Op. cit., p. 7.

crimes de guerra –, rapidamente firmando acordo de imunidade para seus soldados com o governo provisório do Iraque, após a revelação das torturas, é claro.

Tal fato ainda nos expõe a dúvida se Saddam Houssein irá ser julgado por uma corte internacional, a exemplo do ex-ditador da ex-Iugoslávia, Slobodan Milosevic, julgado no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, funcionando em Haia, na Holanda. Tudo indica que não, pois a prática de manter prisioneiros indefinidamente sem julgamento formal não dá mostras de cessar, e também porque Houssein, em sua defesa, revelaria a natureza das relações de seu governo, outrora apoiado por Washington, o apoio financeiro e logístico dos EUA para encarar a guerra contra o Irã e as relações mantidas com o governo do presidente norte-americano Ronald Reagan, em que George Bush, o pai, era vice-presidente.

Lembra ainda Hee Moon JO que

A prática dos Estados em matéria de guerra desenvolve-se principalmente em tempo de guerra, o que gera a sua falta de continuidade. E o progresso tecnológico é hoje tão rápido que qualquer guerra difere radicalmente da anterior. É difícil, também, estabelecer uma *opinio iuris*, porque os Estados raramente justificam juridicamente a sua atuação durante uma guerra. Mesmo os julgamentos dos crimes de guerra pouco clarificam o Direito vigente²⁹.

Assim, pela descontinuidade do fenômeno da guerra, embora esta esteja sempre presente em todos os cantos do mundo, o direito da guerra padece de descontinuidade e de ausência de consciência histórica, jurídica e política.

Observe-se, portanto, no conflito em cotejo, que George Walker Bush, filho, na atual campanha militar, destituiu o governo que seu pai não conseguira, e do qual fora vice-presidente daquele que outrora o apoiara. É a difícil engenharia das relações internacionais que põe abaixo toda a juridicidade da guerra, além de qualquer perspectiva de coerência e transparência para com o cidadão, eleitor e contribuinte, que vê o dinheiro público e os orçamentos nacionais custearem guerras de agressão para fomentar o enriquecimento dos conglomerados transnacionais em busca de crescentes e cada vez maiores lucros, ainda que isto

custe os valores do direito internacional, do direito internacional humanitário e a própria sobrevivência do planeta, como demonstra a posição das potências – principalmente os EUA de Bush – em não assinar o Protocolo de Quioto³⁰, que previa a redução e controle da emissão de gases capazes poluentes de causar o efeito estufa, por ser o referido tratado potencialmente prejudicial às suas economias.

Pouco importa se de fato ele existiu ou se foi uma figura lendária. Atribui-se a Sun Zi, ou, SUN TZU, como ficou conhecido no Ocidente, filósofo estrategista contemporâneo da época dos Estados Guerreiros da China, um tratado sobre táticas militares de há aproximadamente 2500 anos atrás (escrito em 509 a. C., ou entre 400 e 320 a. C., talvez o mais antigo tratado militar do mundo), que chegou até nós pela tradução do missionário jesuíta francês Amiot, feita em 1772, em que se lê:

Trata bem os prisioneiros, alimenta-os como se fossem teus próprios soldados. Na medida do possível, faz com que se sintam melhor sob tua égide do que em seu próprio campo, ou mesmo em sua pátria. Jamais os deixe ociosos. Tira partido de seus serviços, com as devidas precauções. Resumindo: conduz-te em relação a eles como se fossem tropas que se tivessem engajado sob teus estandartes. Eis o que chamo ganhar uma batalha e tornar-se mais forte.

Se fizeres exatamente o que acabo de indicar, os sucessos acompanharão todos os teus passos, em toda a parte serás vencedor. Pouparás a vida de teus soldados, fortalecerás os antigos domínios de seu país, acrescentando-lhe novos, aumentarás o esplendor e a glória do Estado e, tanto o príncipe quanto os súditos, te serão gratos pela doce tranquilidade na qual correm doravante os seus dias.

Na guerra, o essencial é a vitória e não campanhas prolongadas.

O general que domina a arte da guerra é o árbitro do destino do povo e dos rumos da vitória.

Que objetos podem ser mais dignos de tua atenção e de todos os teus esforços?³¹

(29) JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. São Paulo: LTr, p. 556, 2000, 720 p.

(30) Cf. abordagem a respeito, no contexto da implantação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) no Brasil e no espaço do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) em trabalho nosso intitulado *Perspectivas acerca da implantação da ALCA no Brasil e no Espaço do MERCOSUL*. In: *Cadernos de Direito. Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba* (UNIMEP). Piracicaba: Gráfica UNIMEP, vol. 1, nº 2, p. 130 (123-130), 2002, 259 p. Sobre uma abordagem semelhante, mas voltada no histórico das relações Brasil-EUA, cf. *O Processo de Implantação da ALCA e as Relações entre Brasil e EUA*. In: MIALHE, Jorge Luís (org.). *ALCA: Aspectos Jurídicos*. Piracicaba: IHG - Instituto Hugo Grotius de Direito e Relações Internacionais, p. 47-57, 2003, 223 p.

(31) SUN TZU. *A Arte da Guerra* (L'art de la guerre). Trad. do chinês para o francês do Padre Amiot. Trad. do francês para o português de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, p. 32-33, 2000, 152 p.

São palavras que primam pela sua atualidade e clareza, e demonstram que o ideal de um direito internacional e de um direito internacional humanitário a pautar minimamente a barbárie da guerra não são novos e não escusam governos, exércitos e países por um suposto e inexistente ineditismo na matéria.

O papel da Cruz Vermelha Internacional foi e é fundamental nesse sentido, tentando, ainda que implicitamente, despertar a consciência política e humanitária dos Estados para o fato, uma vez que os acontecimentos atuais demonstram que isso ainda efetivamente não ocorreu.

É esse o espírito da indagação que encontramos nas palavras descritas por Jean-Henri DUNANT, há mais de 140 anos, no seu *Souvenir de Solférino*:

Mais pourquoi avoir raconté tant de scènes de douleur et de désolation, et avoir peut-être fait éprouver des émotions pénibles? Pourquoi s'être étendu comme avec complaisance sur des tableaux lamentables, et les avoir retracés d'une manière qui peut paraître minutieuse et désespérante?

Como lembra Erika SEGUCHI,

A batalha de Solferino teve a duração de apenas um dia, mas graças ao empenho e o espírito grandioso de Dunant, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha converteu-se num intermediário fundamental no tocante às questões humanitárias.

Verifica-se que o crescimento paulatino do sofrimento humano, causado por situações de conflito armado fez com que as codificações das normas relativas à conduta de hostilidade e à proteção às vítimas de conflitos armados evoluíssem ao longo dos tempos³².

Mas, se existe o alto de ideal de homens e mulheres que fomentam e dão vida a iniciativas que culminam com organizações internacionais como a Cruz Vermelha Internacional, existem os ideais e as motivações da guerra, deixando a perspectiva que elas continuarão a se repetir na experiência humana. Nessa esteira, se existe a perspectiva da continuidade da guerra, existe por outro lado quase que o consenso que a questão da paz mundial parece caminhar pela paz do Oriente Médio, o que não ocorrerá enquanto o governo dos EUA – e especialmente como o está sendo o de George W. Bush –, apoiar a política radical do governo de Ariel Sharon em Israel, e continuando e superando o legado político de seu pai, fazendo a guerra no Iraque sem a aprovação do Conselho de Segurança da ONU e desprezando as instâncias da organização enquanto

mediadoras de negociações de paz e não tendo na prática uma política de direitos humanos no trato de prisioneiros de guerra, ofendendo todo o mundo árabe. Não haverá o intento da paz se não houver uma mudança de qualidade na condução desse processo, pois, por outro lado, também parece consenso que esse é o pretexto preferido pelos grupos radicais palestinos para disseminar os atentados terroristas.

Resta saber se essa é a opinião do cidadão eticamente médio dos EUA. Se há a concordância em uma suposta legitimidade política para esse tipo de intervenção e para esse tipo de condução no trato da política humanitária na esfera internacional.

Caterina KOLTAI afirmou que

De modo geral, em tempo de guerra, as nações atingem, como afirma o pensador anarquista Randolph Bourne, uma uniformidade de sentimentos, uma hierarquia de valores, que culminam com o ápice do ideal de Estado. Um povo em guerra volta a ser criança no sentido mais literal do termo, torna-se obediente, respeitoso, confiante no poder absoluto do adulto que toma conta dele, impondo-lhe a guerra e suas regras.

A guerra exige uma obediência extrema e voluntária. E, como para grande número de pessoas o esforço de manter-se independente é uma cara pesada demais, torna-se fácil compreender, segundo o pensamento de Étienne La Boétie, por que os Estados conseguem arregimentar e envolver as populações na defesa armada de interesses que, em última instância, são das classes dominantes³³.

Se, de fato, houver uma concordância, ou, se por outro lado, a partir da lição deduzida supra, for impossível ao cidadão médio simplesmente não aceitá-la, estaremos bastante desesperançosos. É o terrorismo de Estado, que parte de governos constituídos, sendo ignorado pelos cidadãos e eleitores.

Para nós, aqui no Brasil, talvez o direito da guerra e o direito humanitário possam parecer um pouco fora de contexto, principalmente pelo que dispõe a nossa recente história oficial, a despeito, porém, de nossa longa tradição autoritária e de nosso histórico de desrespeito aos direitos humanos. Mas, se houvesse a existência e, sobretudo a consciência de um corpo normativo como esse, não teríamos verificado os fatos relatados na Guerra do Paraguai (1864-1870), e por que não dizer, na Guerra de Canudos (1896-1897), o maior conflito armado da história do Brasil, descrito na obra *Os Sertões* de Euclides da CUNHA (1902), que abriram este trabalho.

(32) SEGUCHI, Érika. Op. cit., p. 204.

(33) KOLTAI, Caterina. **Porque pacifismo?** São Paulo: Ática, p. 13, 1987, 64 p.

5. BIBLIOGRAFIA

5.1. Livros e artigos:

ALBUQUERQUE, Catarina *et* MARTINS, Isabel Marto. **O Que é Direito Internacional Humanitário?** Documento eletrônico obtido na rede mundial de computadores (internet), disponível no endereço eletrônico:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dihuman/dih1.htm>>. Acesso em 20-05-2004.

BRASIL: Nunca Mais. Um relato para a História. Pref. de Dom Paulo Evaristo, Cardeal Arns. Petrópolis: Vozes, 1985, 312 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Convenção de Genebra (1864):** Direito Internacional Humanitário. Documento eletrônico obtido na rede mundial de computadores (internet), disponível no endereço eletrônico:

<<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1864.htm>>. Acesso em 20-05-2004.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**. São Paulo: Martin Claret, 2002, 560 p.

DUNANT, Jean-Henri. **Souvenir de Solférino**. Disponível na página da Cruz Vermelha Internacional da rede mundial de computadores no endereço eletrônico:

http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0361?OpenDocument&style=Custo_Final.4&View=defaultBody2. Acesso em 16-05-2004.

FRANZIN, João. *Guerra no Iraque: demência e negócios*. **O Liberal**, Americana-SP, p. 2, 16-05-2004.

JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2000, 720 p.

KOLTAI, Caterina. **Porque pacifismo?** São Paulo: Ática, 1987, 64 p.

MELLO, Rubens Ferreira de. **Textos de Direito Internacional e de História Diplomática de 1815-1949**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, vol. I, 1950, 432 p.

MORAES, Márcio Senne de. *Atos ferem Convenção de Genebra*. **Folha de São Paulo**, p. 7, 19-05-2004.

PASSOS, Rogério Duarte Fernandes dos. *Perspectivas acerca da implantação da ALCA no Brasil e no Espaço do MERCOSUL*. **Cadernos de Direito. Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP)**. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, vol. 1, nº 2, p. 123-130, 2002, 259 p.

_____. *O Processo de Implantação da ALCA e as Relações entre Brasil e EUA*. In: MIALHE, Jorge Luís (org.). **ALCA: Aspectos Jurídicos**. Piracicaba: IHG – Instituto Hugo Grotius de Direito e Relações Internacionais –, p. 47-57, 2003, 223 p.

ROLIM, Célio A. *Bush Fundamentalista?* **Gazeta de Piracicaba**, p. 2, 20-5-2004.

SEGUCHI, Erika. *A História da Cruz Vermelha Internacional*. **Cadernos de Direito. Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP)**. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, vol. 1, nº 2, p. 199-216, 2002, 259 p.

SUN TZU. *A Arte da Guerra (L'art de la guerre)*. Trad. do chinês para o francês do Padre Amiot. Trad. do francês para o português de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2000, 152 p.

5.2. Sítios da rede mundial de computadores (internet):

Anistia Internacional:

<http://www.amnesty.org/>

Comissão Internacional de Juristas:

<http://www.icj.org>

Cruz Vermelha Internacional:

<http://www.icrc.org>

5.3. Filmes:

Eu Fui Secretária de Hitler. Direção de André Heller e Othmar Schmiderer, 2001, Áustria, 95 min.

O Resgate do Soldado Ryan (Saving Private Ryan). Direção de Steven Spielberg, 1998, EUA, 169 min.

Tróia (Troy). Direção de Wolfgang Petersen, 2003, EUA, 150 min.

6. ANEXOS



Emblema da cruz vermelha sobre fundo branco



Emblema do crescente vermelho sobre fundo branco



Emblema do leão e sol vermelho sobre fundo branco

A CONSTRUÇÃO DA DIVERSIDADE E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO. SOB O PRISMA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Cláudio José FRANZOLIN*

RESUMO

O artigo analisa aspectos do direito civil contemporâneo, especialmente, a relação entre o Código Civil e a Constituição Federal.

Palavras-chaves: direitos da personalidade; contrato, vida digna.

ABSTRACT

The article analyses some aspects of contemporary civil law, specially, the relationship between Civil code and Federal Constitution

Keys-words: personality rights; contract; worthy life.

INTRODUÇÃO

Qual o limite do exercício de um direito? Qual o limite da liberdade dos indivíduos e da livre iniciativa? Tutela –se a confiança por quê? Qual o critério para se tutelar a capacidade das pessoas nos dias atuais? Posso sustentar que o regime das incapacidades devem ser redimensionados para a melhor efetivação da dignidade humana? Quais são os atos que os incapazes podem exercer por si? O regime das relações jurídicas e das capacidades atendem ao comando civil-constitucional?

Para responder a estes questionamentos temos de: superar a dicotomia público-privado como se fossem

realidades estanques; os institutos jurídicos devem ser estudados sob um prisma dinâmico e funcional, superando a análise meramente estrutural e estática. Há, também, que se superar o individualismo e o patrimonialismo para conviver com a sensibilidade e com o personalismo ético.

Esta é a nova dimensão do direito privado: a construção de novos paradigmas. Paradigmas como o essencialismo, a socialidade, a efetivação dos direitos personalíssimos, todos como força normativa de princípios extraídos da Constituição Federal.

Não é só! O novo Código deve ser estudado, tendo como núcleo central, a pessoa humana, enquanto condição de ser humano¹, centro de interesses relevantes. Enfim, uma leitura civil-constitucional da pessoa enquanto tal.

^(*) Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em direito dos contratos pelo C.E.U. Professor de direito na Puc-Campinas, Universidade São Francisco e Facamp.

⁽¹⁾ Apontamentos de aula do Prof. Renan Lotufo, na disciplina Direito Civil Constitucional da Puc São Paulo, em 21/09/05

Outro ponto a considerar são as fontes do direito. Não é mais o Estado o centralizador e produtor único de fontes dotadas de autoridade. O contrato assume as mais variadas manifestações. Uma sociedade pluralista, com a crescente participação dela no cenário e na construção do sentido de proteção efetiva das pessoas, expandem as formas de serem encaradas as grandes dicotomia público-privado.

A pessoa, titular efetiva de todas as proteções devem ser estudadas dentro de um perfil de uma sociedade, cada vez mais complexa e exposta, a cada momento, a riscos, fruto da tecnologia, do desenvolvimento e das próprias necessidades cada vez mais amplas, produzidas, pela própria sociedade. É só pensar na biotecnologia, nos transportes, nos bancos de dados, nos medicamentos, nas empresas de comunicação de massa etc.

Paralelo a isso, a empresa, neste cenário, torna-se o centro de desenvolvimento e a mola propulsora de todos os fenômenos que se processam na coletividade. Os grandes conglomerados empresariais, a busca por novas soluções de produção, novos mercados, novos serviços, novos produtos, novas tecnologias, faz com que ela desempenhe não somente uma atividade, exclusivamente, de uma sociedade capitalista, mas também, passe a integrar todo o processo de conexão entre as necessidades humanas, o crescimento econômico e satisfação individual.

Nesta seara, com isso, avançaram e avançam, novas tecnologias jurídicas, como formas de responsabilização e de participação crescente do Estado em todos esses fenômenos.

1. DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO – DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO-PRIVADO PARA A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DA PESSOA

Na perspectiva ideológica de um individualismo, pautado na autonomia da vontade e da igualdade, desenvolvem-se os institutos jurídicos do direito subjetivo,

enquanto poder atribuído à alguém, que se apresenta com a faculdade de agir, em consonância com o direito objetivo². O Código Civil de 1916 seguiu, exatamente, esta tendência, e conforme Fachin³, no direito privado clássico, o contrato, a autonomia da vontade, a família, a posse e a propriedade, são excluídos de uma perspectiva concreta. Mas a noção de individualismo é rompido com as transformações do direito civil, no século XXI, a partir de um Estado Democrático e Social⁴

A preocupação, até então, no Estado liberal é com a igualdade meramente formal⁵. Assim, categorias jurídicas, conforme lembra Eliseu Figueira, como a *capacidade jurídica*, *direitos subjetivos*, *personalidade jurídica*, atendiam a uma concepção muito mais abstrata e individualista. No entanto, os institutos devem se preocupar com a realização da igualdade substancial⁶, pois se renovam para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, levando em conta o ser coletivo, os variados interesses, as circunstâncias de cada relação em que estão inseridos a situação de hipossuficiência, de vulnerabilidade, a limitação da autonomia da vontade e da evolução da concepção de pessoa dotada de uma dinâmica rumando para novos paradigmas.

Neste contexto, o homem expandiu para novas necessidades; o Estado assumiu novas posturas; a Constituição imprimiu sua força normativa e reduziu a dicotomia direito público-privado

Esclarece Bobbio que, os “direitos do homem, ocorreu,

especialmente, a partir do final da guerra, considerando duas direções: na direção da sua universalização e naquela de sua multiplicação⁷.

Sem se ater ao fenômeno da universalização, Bobbio, se preocupa com a multiplicação dos direitos do homem, isto é, uma renovação a cada instante, que se desenvolvem e se renovam na sociedade. E, assim, explica Bobbio, concorrem sob três fundamentos:

(2) Esta concepção vem de encontro com a libertação do sistema feudal, pautado na concentração de liberdade que deveria se concentrar nas pessoas, ante a classe ascendente que era a burguesia. “Toda as aspirações econômicas e sociais da classe ascendente na passagem do feudalismo para o capitalismo ficaram projetados no ordenamento normativo que caracterizava pelo Estado de direito liberal; só que este sistema, elaborado pelos juristas, tornando-se a principal alavanca de construção da nova sociedade e da consolidação do poder econômico e político do capitalismo concorrencial, se caracteriza pela parificação jurídica dos indivíduos desiguais, assinala a passagem, como se tem salientado, do feudalismo para o capitalismo, limita-se a realização da igualdade formal numa sociedade cujas desigualdades econômicas e sociais têm acentuado com o desenvolvimento tecnológico e produtivo, constitui hoje um véu que realiza uma função de ocultação dos reais desníveis econômicos entre os variados setores da sociedade e, por isso, havendo terminado o seu ciclo histórico de vigência, entrara em crises profundas. (Eliseu Figueira. Renovação do sistema de direito privado. Lisboa: Editora Caminho, 1989, p.21.)

(3) FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14

(4) Idem, p. 14

(5) Ensina Eros Grau: “O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado. Em um segundo momento, contudo, marcado pelo advento do fenômeno das crises do processo de mercado, o Estado, assumindo a função de administrá-las, lança mão do direito como instrumento voltado à sua preservação. A atuação do Estado, neste sentido, é empreendida sob múltiplas modalidades e facetas. Neste momento é que se presta, precisamente, a implementar políticas públicas. (Eros Roberto Grau. O direito posto e o direito pressuposto. 3. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 88).

(6) FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação...*, ob cit., p. 21.

(7) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [trad. Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Elsevier Ed., 2004, p. 82

a.) porque aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela; b.) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c.) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo⁸ (g.n.)

Ao lado dessas transformações, a sociedade também, convive, com informações em tempo real e cada vez mais, as pessoas estão expostas a riscos. Mas é na construção do sujeito de direito que se rompe o sentido de igualdade, típico de um sistema fechado, pautado na igualdade, para um sistema aberto, constituindo o homem situado numa visão concreta. A análise abstrata do homem, explica Eliseu Figueira, até então é

um elevado grau de abstração e generalidade, qualquer comportamento do sujeito só pelo fato de ser homem cabe nas formas idôneas a prefigura-los como tipo legal. (...) O empresário e o operário, o comerciante e o consumidor, o senhorio e o locatário apresentam-se como sujeitos iguais, todos podem ser proprietários, perante a lei não tomam relevância quaisquer diferenças reais⁹.

Ocorre que a sociedade se torna mais participativa, expandem-se suas necessidades, e ela —a sociedade— torna-se cada vez mais complexa, e novas situações jurídico-pessoais vão se despondo, o que canaliza para novas aspirações e novos direitos, novos fenômenos, novos interesses, novas formas de relações jurídicas, enfim novos sujeitos, dotados de particularidades: direitos, deveres, manifestações etc. Com isso surgem novos diplomas legais que passam a disciplinar as variadas situações jurídicas.

Para bem esclarecer este fenômeno, Bobbio¹⁰, traz o processo de evolução dos direitos. Explica o autor, que o primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade negativa, contra o poder onipotente do Estado — liberdade de religião, de opinião, de imprensa— para os

direitos políticos e sociais, que imprime uma atuação ativa do Estado¹¹.

Com relação ao segundo processo, continua Bobbio¹², ocorreu a passagem do reconhecimento dos indivíduos, como pessoas, isto é, são reconhecidos como titulares, como seres humanos, na comunidade em que vive, como concepção abstrata, real e efetiva.

E, na passagem para o terceiro processo, o homem, deixa de ser ente genérico, para o homem específico. Vale a explicação do autor neste terceiro aspecto de especificidade da identificação do homem individualmente considerado em suas relações:

tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem, a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc¹³.

Poderíamos, ainda citar, o excepcional, os homossexuais, os portadores de AIDS (HIV), os deficientes nas suas mais variadas limitações, os excluídos da terra, enfim, os superendividados, os mutuários, enfim, todos buscam seus direitos, em que pesem as diferenças e pretensões das mais variadas possíveis, e que acaba por repercutir nas relações privadas.¹⁴

2. CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL - SUJEITO DE DIREITO ABSTRATO E CONCRETO

Ensina Daniel Sarmiento, que o Poder Público

distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absenteísmo, na esfera econômica e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista

(8) Norberto Bobbio. A era dos direitos, p. 83

(9) Eliseu Figueira, Renovação..., ob. cit. p. 56

(10) Norberto Bobbio. A era dos direitos, ob. cit., p. 83

(11) Idem, ibidem, ob. cit. p. 83

(12) Idem, p. 84

(13) Idem, p. 84

(14) Lorenzetti também discorre sobre as gerações de direitos: primeira geração: a liberdade negativa, como a direito à liberdade, à vida, à integridade física; à propriedade; os de segunda geração é reconhecimento dos direitos sociais; os de terceira geração revelam-se nos direitos difusos; e nos de quarta geração, o direito de ser diferente, como por exemplo: o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, entre outros (Ricardo Luis Lorenzetti [trad. Vera Maria Jacob de Fradera]. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 153).

da cena econômica. O Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem estar do cidadão¹⁵

O direito, no século XIX, conforme ensina Ferri¹⁶, foi estruturado nos princípios com base no direito natural, que era fruto de um extremo individualismo. Em suma, os direitos subjetivos servem como apanágio para se garantir e melhor assegurar os direitos diante do direito objetivo constituído. Num determinado momento da história, reconhece o autor, que este papel individualista representou de grande valia para se limitar o poder absoluto do Estado.

Reconhece, mais a frente o autor, que o direito subjetivo, não poder ser uma manifestação do individualismo, logo, como ensina o autor, se por um lado, existe a autonomia individual, não é possível conceber,

a existência de direitos dos indivíduos que vivam fora de uma estrutura social, de uma ordem jurídico-social¹⁷

A construção do direito civil de 2002, sob uma leitura constitucional, se dá, basicamente sob dois aspectos: **a.)** uma concepção mais solidária, em função do Estado Social e Democrático; **b.)** ocorre uma intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, além do Estado exercer cada vez mais uma crescente atividade no setor público

Além disso, o sentido ideológico do Código Civil de 1916¹⁸ não é o mesmo que inspirou o Código Civil de 2002 (apesar do tempo que durou a sua tramitação no Congresso Nacional). Isto decorre da nova postura do

Estado Social, do poder das fontes nas relações privadas, na temática centralizada na tutela da pessoa, ante os riscos diante das novas tecnologias, bens e serviços criados; a necessidade de se tutelar a confiança nas relações privadas, na função dinâmica que os institutos devem assumir, e não catalogados numa visão estática (propriedade, família, contrato, emancipação, incapacidades etc

Existe, até o século XIX uma articulação na linguagem jurídica, lembra Eliseu Figueira, que o direito era uma técnica, indiferente de conteúdo¹⁹. Lembra que o sistema era fechado e dotado de completude técnica, como meio de conferir ao sistema “uma maior autonomia, por forma a isolá-lo da realidade econômica e dos critérios de valorização sociais e políticos”²⁰.

Pluralismo, informação, dignidade da pessoa humana, liberdade, Estado Democrático, são instrumentos que o operador do direito deve, agora, sintonizar numa conexão indissociável e umbilicalmente conectadas, afinal, nas relações privadas, são indiscutíveis as desigualdades e diferenças entre os indivíduos, e os direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais não podem assistir imune a todas essas transformações nas relações privadas, afinal a construção ‘concreta’ do direito público deve transbordar para atingir as relações privadas, especialmente, quando se procura efetivar a proteção da pessoa..

O sujeito de direito não é agora indivíduo potencialmente abstrato, desligado do grupo a que pertence, mas um indivíduo concreto socialmente vinculado à posição que ocupa e que lhe pertence no contexto social²¹

(15) Daniel Sarmiento. Direitos fundamentais e relações privadas. [tese de doutorado apresentado na UERJ-2003], p. 35

(16) Luigi Ferri. La autonomia privada [traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizabal]. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1969, p. 115.

(17) Luigi Ferri, ob cit. p. 122 (tradução livre). (...) Orlando Gomes. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.24.

(18) Explica Orlando Gomes que a “ordem subjacente guardava as linhas mestras de sua Constituição rudimentar. Poucos anos antes, em 1872, o recenseamento acusava para o Brasil uma população de 9.930.478 habitantes. (...) considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz este a trezentos ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, fazendeiros, os senhores de engenho. (...)

uma nação embrionária, cujas indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia...”

(...)

A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria a desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentícios e da importação de artigos fabricados. (...) Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno.

A preservação e a defesa dos interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreara em consequência da urbanização prematura de alguns pontos do país.

(19) Aliás, esta posição também é sustentada por Fachin: “Numa expressão, o Direito civil deve, com efeito, ser concebido como serviço da vida a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para afastar do tecnicismo e do neutralismo” (Luiz Edson Fachin. Teoria crítica..., ob cit. p. 18).

(20) Eliseu Figueira. Renovação..., ob cit., p. 53.

(21) Eliseu Figueira. Renovação..., p. 57

A proteção da pessoa desperta, exatamente, neste sentido, de completude e de totalidade do homem, em que o princípio da dignidade humana, o fundamento da solidariedade, a construção de uma sociedade justa e fraterna, a efetivação de direitos, a busca pela tutela dos direitos da personalidade, procura identificar o homem, na sua dimensão concreta, nas relações intersubjetivas²² de forma real, ante os interesses pautados.

Princípios como, da função social²³, da boa-fé²⁴, da preservação do meio ambiente²⁵, da propriedade privada, dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão, de acesso à informação, não podem corresponder a uma concepção político-ideológico liberal, mas acima de tudo, sim, em contexto de renovação das estruturas jurídicas. As fontes do direito se expandem, para serem tuteladas novas formas de manifestação das pessoas em suas relações privadas²⁶. Como ensina Fromm, o homem, na sua própria condição existencial, é parcialmente maleável²⁷, isto porque ele busca o conhecimento, e numa sociedade tecnológica, continua Fromm, muitas vezes não se elege o homem, com elemento essencial deste fenômeno social, preocupado, em uma sociedade de consumo, que os bens e necessidades materiais devem ser compartilhadas

com outras necessidades indispensáveis à condição humana²⁸.

3. CONSTITUIÇÃO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como ensina Miguel Reale, a pessoa humana deve ser vista como “valor-fonte”²⁹ de todos os valores sociais, isto quer dizer, continua o autor, que

não tem como alcançar o sentido essencial do direito sem se levar em conta a natureza essencial do homem³⁰

Assim, se há democracia; se há solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3, I); se a Constituição é comprometida com a dignidade humana (art 1º, III da CF/88) e com a tutela efetiva dos direitos humanos (art. 4º, II; art. 5, parágrafo 2º; art. 109, V-A), a ordem jurídica deve ser aberta, levando em conta os fundamentos concretos das situações intersubjetivas. Isto é,

ter sempre presente que a idéia de pessoa, não obstante sua universalidade³¹

Não é só. Mas também a crescente preocupação com a efetivação dos princípios, atribuindo a eles força

(22) Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis a manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

(23) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(24) Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

(25) Art. 1228 (...). parág. 1o. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

(26) Basta pensarmos nos atos existenciais, nas relações pré-negociais, nas variadas formas das pessoas se associarem, de auto-regularem seus interesses por meio de estatutos, convenções coletivas etc.

(27) “Na verdade, o homem pode fazer praticamente tudo, ou talvez melhor, a ordem social pode fazer quase tudo ao homem. O ‘quase’ é importante. Mesmo que a ordem social possa fazer tudo ao homem – fazê-lo passar fome, torturá-lo, aprisioná-lo ou superalimentá-lo – isso não pode ser feito sem certas conseqüências oriundas das próprias condições da existência humana. O homem, se for totalmente privado de todos os estímulos e prazeres, será incapaz de desempenhar a tarefa, certamente tarefa especializada. Se não for assim totalmente desamparado, ele se rebelará se tentarmos escravizá-lo; tenderá a ser violento se a vida for demasiada enfadonha; tenderá a perder toda a sua capacidade criadora se o transformarmos numa máquina. Nesse aspecto, o homem não difere dos animais (...). A história do homem mostra precisamente o que se pode fazer ao homem, e, ao mesmo tempo, o que não se pode fazer. Se o homem fosse infinitamente maleável, não teria havido revolução alguma; não teria havido mudança porque uma cultura teria conseguido fazer o homem submeter-se aos seus padrões sem que ele resistisse. Mas o homem sendo apenas relativamente maleável, sempre reage com protestos contra condições que tornam demasiado drástico ou insuportável o desequilíbrio entre a ordem social e suas necessidades humanas. A tentativa para reduzir esse desequilíbrio e a necessidade de estabelecer uma solução mais aceitável e conveniente estão no cerne do dinamismo da evolução do homem na história. O protesto do homem surgiu não apenas devido ao sofrimento material; necessidades especificamente humanas, a serem estudadas mais adiante, são motivações igualmente fortes para a revolução e para a dinâmica da mudança”. (Erich Fromm. A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 75).

(28) “O argumento que desejo apresentar é a defesa do princípio de que uma pessoa tem o direito inalienável de viver – um direito que não traz consigo nenhuma condição e que implica o direito de receber as comodidades básicas necessárias à vida, o direito à educação e aos cuidados médicos. (...) Contanto que esse princípio fosse aceito, se um homem, mulher, adolescente pudesse ter certeza de que sua existência humana não estaria em perigo a despeito que ele fizesse, o setor da liberdade humana seria grandemente realçado”. (Erich Fromm. A revolução da esperança, op cit., p.135)

(29) Miguel Reale. Direito natural/direito positivo. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19

(30) Idem, ibidem, p. 19.

(31) Idem, p.21

normativa. Isto é, há uma ruptura com o positivismo, com a interpretação integrativa, rumando para interpretação pautada na efetividade dos princípios constitucionais.

Da concepção naturalista de um direito absoluto e inalienável, o direito é uma realidade fático-funcional-histórica; e ruma no sentido de o homem ser o centro, o guia, o fundamento principal.

Como esclarece Bobbio, o problema grave dos tempos atuais, não é mais a construção dos direitos, nem o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los, vale dizer,

qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes, eles sejam continuamente violados³². (g.n.)

E neste contexto, os princípios constitucionais, quanto a sua efetividade, espécies do gênero norma, não é só o princípio da legalidade que legitima um Estado de Direito, Democrático e Social. Isto quer dizer, que os postulados do Estado liberal, concentrados, na legalidade, na igualdade, na separação de Poderes, abstração, generalidade, dicotomia público-privado³³, ruma para a Constituição que, ordena as finalidades que concretamente devem ser atingidas pelo Estado.

Nada mais crucial que a proteção da pessoa humana, e portanto, umbilicalmente ligado em todo este processo de interpretação constitucional, concentrado nos valores políticos, jurídicos e sociais que se querem ver alcançados nas mais variadas relações que se travam, seja Estado-particular, seja particular-particular.

Mas para isso é preciso entender o princípio da dignidade humana, enquanto valor, bem como os direitos fundamentais revelados no artigo 5º. da CF/88 devem ser efetivados, protegidos e garantidos, do contrário, como ensina Roberto Barroso,

seriam de ínfima valia, se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos³⁴.

Os direitos fundamentais devem ser efetivados para fazerem frente às relações entre particulares. Por exemplo, quando um é mais forte que outro, que decorre da opressão sócio-econômica ou do poder negocial que é da própria realidade dinâmica do Estado capitalista. Este poder negocial se revela quando o poder de regulação normalmente é conferido apenas a um dos envolvidos na relação privada³⁵.

Os direitos da personalidade, o exercício legítimo de um direito³⁶, a proteção do devedor em algumas situações, as relações contratuais, a tutela do contratante nos mais variados contratos – de transporte, de seguro, de distribuição, de prestação de serviço, enfim, nas mais variadas manifestações, sem contar ainda a necessidade de serem valorizadas as circunstâncias, os costumes, as condutas, tudo isso vem de encontro com o princípio da solidariedade como forma de se pensar na reconstrução de um direito privado constantemente oxigenado pelos fundamentos do direito público; sem contar, ainda, a necessidade de ser estado o direito privado com a

dimensão jurídica do ser humano enquanto realidade racional, dotada de liberdade. Trata-se de um idéia que pode ser substancializada com recurso à idéia da dignidade humana, seguida através da história³⁷

⁽³²⁾ Norberto Bobbio, *A era...*, ob cit., p. 44.

⁽³³⁾ A partir de Eliseu Figueira, ob cit., p. 64.

⁽³⁴⁾ Luis Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

⁽³⁵⁾ "A regulação é a produção de mecanismos que efetivam a implementação de políticas públicas direcionadas a um determinado setor da sociedade, seja sobre uma atividade econômica seja sobre um serviço público, objetivando o equilíbrio dos interesses no mercado, observando sempre o respeito à dignidade humana" (Rodrigo Santos Neves. *O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado*. In *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2003, p. 209-233). Conforme Santos Neves, ocorre o abuso do poder econômico, quando se revelam as seguintes práticas: a.) dominação dos mercados; b.) eliminação da concorrência e c.) aumento arbitrário dos lucros. E neste momento surge a função reguladora do Estado para eliminar tais abusos. A outra manifestação do Estado sobre a economia é por meio do controle de abastecimento. Também se dá a intervenção estatal por meio do tabelamento de preços. Finalmente, o autor realça a importância de o Estado proteger as microempresas e as empresas de pequeno porte, pois elas desempenham uma função social relevante; é que elas fomentam a economia e promovem grande concentração de empregos resguardando a dignidade humana. Enfim, "todos os homens, ao nascerem, são iguais em dignidade. O que diferencia, em um momento posterior, é o contexto sócio-cultural e econômico que estão inseridos. A autonomia humana, o livre arbítrio, é o que caracteriza como ser humano, não podendo este abdicar de sua condição. Em nome da dignidade humana, poderá o Estado estabelecer limites para a autonomia do homem. "À guisa de exemplo podemos citar que todo o trabalho deve ser remunerado em um valor mínimo (art. 7, VII, d CR), repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (...).No âmbito do Direito do Consumidor, o rol dos direitos básicos, estabelecido no artigo 6º., do CDC (Lei 8078/90), é matéria de ordem pública, não podendo nem mesmo o consumidor renunciar a tais direitos. Percebe-se a estreita relação da dignidade humana com a atividade econômica e com os serviços públicos". (Idem, ibidem, p. 226.)

⁽³⁶⁾ Veja o artigo 187 do Código Civil.

⁽³⁷⁾ Antônio Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português: pessoas*. v. I, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

CONCLUSÃO

Há que se revelar que os princípios constitucionais, a técnica legislativa inserida no novo Código Civil, os poderes do juiz, e a necessidade de uma metodologia centrada na efetivação de direitos, procurando a sua tutela nas relações privadas, vem de encontro com a premissa de que a experiência jurídica, os modelos, as fontes, a solidariedade social, faz com que a complexidade da sociedade busque no ser humano a sua identidade, suas diferenças, e a tutela de seus direitos, especialmente aqueles que se revelam, explícita ou implicitamente na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [trad. Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Elsevier Ed., 2004
- FACHIN, Luiz Edson.. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada* [traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizibal]. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1969
- FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editora Caminho, 1989, p.21..
- FROMM, Erich. *A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000
- LORENZETTI, Ricardo Luis. [trad. Vera Maria Jacob de Fradera]. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NEVES, Rodrigo Santos. O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado. *In Revista de direito constitucional e internacional*, n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. [tese de doutorado apresentado na UERJ-2003].

ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE UMA TEORIA PARA A SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO¹.

Paulo Márcio CRUZ*

José Francisco Chofre SIRVENT**

Não exageremos: o privado não é sempre bonito e o público
não é sempre feio.

Giovanni Sartori

RESUMO

Este artigo procura contribuir para a formação da base teórica destinada à superação democrática do Estado Constitucional Moderno, estabelecendo uma sequência lógica para a análise das evidências de sua insuficiência como organização de Poder Público, além de discutir algumas das propostas atuais para sua substituição.

Palavras-chave: Superação, Estado Constitucional Moderno.

ABSTRACT

This article seeks to contribute to the development of the theoretical foundation for democratic overcoming of the Modern Constitutional State, establishing a logical sequence for analyzing the evidence of its inadequacy as an organization of the Public Power. It also discusses some of the current proposals for its replacement.

Key-word: Superation, Modern Constitutional State.

^(*) Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, com Pós-Doutorado na Universidade de Alicante, na Espanha, onde é professor colaborador, é professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC) (pcruz@univali.br).

^(**) Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, na Espanha, é professor visitante do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC) e professor titular do Departamento de Estudios del Estado da Facultad de Derecho daquela universidade espanhola.

⁽¹⁾ Artigo desenvolvido a partir das investigações realizadas pelo Professor Doutor Paulo Márcio Cruz durante realização de Pós-Doutorado na Universidade de Alicante, na Espanha, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC.

INTRODUÇÃO

O artigo que ora se publica é fruto de investigação realizada na Universidade de Alicante, por ocasião do estágio de Pós-Doutorado, realizado pelo autor com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC de agosto de 2005 a fevereiro de 2006, e que estará formando um livro dedicado a discutir a superação democrática do Estado Constitucional Moderno em diversos aspectos, procurando estimular a produção teórica neste sentido.

As bases metodológica e teórica do presente artigo vêm sustentadas pelas propostas apresentadas por vários autores e em várias obras, com a investigação amparada pelas seguintes hipóteses:

- a) O Estado Constitucional Moderno - e sua base teórica - são insuficientes para enfrentar a complexidade da Sociedade transnacional contemporânea;
- b) A diversificação da Democracia é fundamental para o novo modelo de organização político-jurídica que substituirá o Estado Constitucional Moderno;
- c) A Democracia deve ser considerada uma proposta de civilização, e não o Estado Constitucional Moderno, já ultrapassado e insuficiente para servir como Poder Público no mundo atual;
- d) Haverá um novo Poder Público. Um espaço público construído com base em teorias contemporâneas e democráticas de solidariedade;
- e) O Constitucionalismo pode ser mantido, desde que conforme as novas formulações destinadas a organizar o novo espaço público de poder transnacional;
- f) A Solidariedade e a participação democráticas terão papel destacado nas novas formulações teóricas destinadas a organizar um Poder Público pós-moderno;
- g) A insuficiência do Estado Constitucional Moderno tornou-se ainda maior após a queda do regime comunista do leste europeu, o que ensejou um forte incremento no processo de globalização.

As hipóteses declinadas acima foram elaboradas a partir da constatação que se vive, atualmente, numa época

de transformações sem precedentes. Os avanços tecnológicos se produzem, como nunca, a uma velocidade vertiginosa. O que valia há algum tempo atrás, agora parece inservível. Deve-se ressaltar que a globalização se manifesta de forma diferente conforme as pessoas, grupos ou situações. Para alguns, é um processo apaixonante e vivem com otimismo o presente, tratando de situar-se na nova ordem e de rentabilizar todas as oportunidades oferecidas. Outros se encontram desorientados e desorientados diante de mudanças tão rápidas e olham com receio o presente, que parece apontar para um futuro incerto. Finalmente, há quem contemple com medo o presente e o futuro e busca segurança tentando voltar a um passado que já não existe, com o risco constante de voltar-se para posições anacrônicas, obsoletas.

Nunca como em nossos dias pode-se ser tão consciente da inter-relação entre povos e culturas diferentes, graças a tecnologias como a Internet, capazes de conectar com o outro extremo do planeta.

Mas, se contemplado globalmente o mundo, não se pode deixar de chamar atenção à falta de mudanças realmente importantes para a humanidade. Continuamos vivendo em um mundo cheio de desigualdades e, apesar da produção cada vez maior de riqueza, esta se encontra cada vez mais concentrada em menos mãos. O fato é que se está criando um mundo no qual a cobiça de uns poucos, deixa muitos nos estertores da história. Sociedades que, enquanto vivem um progresso tecnológico e possibilidades econômicas nunca vistas, fabricam e reproduzem a exclusão.²

Exclusão esta que ampara a necessidade de se buscar uma análise político-jurídica sobre a atual crise que se abate sobre as instituições modernas e sobre o Estado Constitucional Moderno como representação da organização do Poder Público.

O Estado Constitucional Moderno, surgido a partir das revoluções burguesas do Século XVIII, sustentado pelas teorias do Poder Constituinte, da Tripartição do Poder, da Democracia Representativa e destinado a atender os interesses da burguesia liberal capitalista, está no cerne de toda a discussão a ser desenvolvida no presente artigo e será a matriz política com a qual vai-se operar.

Para efeitos conceituais o Estado Constitucional Moderno é gênero, do qual Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem Estar, Estado Contemporâneo e todas as outras denominações dadas às variações de seu âmbito de atuação são espécies. Ou seja, há uma só matriz político-jurídica, com vários modelos que foram surgindo a partir de decisões – ou necessidades – ideológicas.

É claro que este raciocínio pode ser acusado, como proposta de método de análise, com essa objetividade, de

⁽²⁾ OLLER I SALA, M. DOLORS. Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial, p.03.

simplificar uma questão muito complexa, mas a intenção é buscar evidências científicas que, de um modo geral e sem complicações desnecessárias, demonstrem que a construção político-jurídica denominada Estado Constitucional Moderno é insuficiente para o atual momento que vive a civilização humana na terra. E que já o era na medida em que a complexidade das relações políticas, sociais e econômicas passou a aumentar em progressão geométrica. Principalmente a partir dos avanços tecnológicos tornados possíveis a partir das comunicações por satélite e da popularização dos micro-processadores, popularmente chamados de computadores pessoais.

O valor principal a ser utilizado para a sustentação da tese da necessidade da superação democrática do Estado Constitucional Moderno é a Democracia.

A Democracia Participativa, a Democracia Ecológica, a Ciberdemocracia, a Democracia Econômica, entre outras propostas, estão contempladas e discutidas ao longo deste artigo, como forma de chamar atenção para as possibilidades de uma Cidadania Democrática Mundial. A internacionalização da Democracia e, a partir dela, a internacionalização do Estado a partir de uma nova construção político-jurídica. O Estado Constitucional Moderno construído teoricamente para existir soberano no seu interior e para se relacionar conflitivamente com o seu exterior, deve sair de cena, substituído por um novo Estado que, ao que tudo indica, será o mediador das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas, ou mundializadas.

É importante destacar que não basta reformar o Estado Constitucional Moderno por “outro” modelo, reformado, de Estado Constitucional. Reformar o Estado Constitucional Moderno, como está sobejamente demonstrado, não resolve os problemas, gravíssimos, ligados à exclusão, à miséria e à concentração da riqueza em mãos de poucos.³

O fato é que, como já prediziam alguns autores, entre eles Alvin Tofler no seu livro *A Terceira Onda*, a construção de uma nova civilização sobre os destroços da velha envolve o projeto de novas estruturas políticas mais apropriadas em muitas nações ao mesmo tempo. Isto é um projeto penoso e, contudo, necessário, de âmbito mental estonteante e que certamente levará décadas – se não séculos – para concluir.⁴

Todas as estruturas deverão ser modificadas, não porque são de esquerda ou de direita ou porque sejam controladas por este ou aquele grupo ou classe, mas porque são cada vez mais impraticáveis – não mais adequadas para as necessidades de um mundo radicalmente mudado, principalmente após a derrocada do comunismo no leste europeu.

É importante registrar que, para construir o novo Estado a partir da Democracia, é preciso superar a pressuposição amedrontadora, mas falsa, de que a diversidade aumentada traz automaticamente a tensão e o conflito social. Pode ser exatamente o contrário. O conflito na Sociedade não é apenas necessário, ele é desejável. Providenciados os arranjos sociais adequados, a variedade pode contribuir para uma civilização segura e estável, ao contrário da proposta endógena que orientou o Estado Constitucional Moderno até agora.⁵

A necessidade de superação do Estado Constitucional Moderno acompanha o que vem acontecendo com todas as estruturas da convivência política, que surgiram de crises, de uma crise anterior, se consolidaram durante determinado tempo e, por fim, cederam seus lugares a outras novas que, por sua vez, acabaram por entrar em decadência. Isto é assim porque o Estado, como toda estrutura de convivência, é fruto de uma cultura anteriormente descrita. Políbio, com sua teoria cíclica, e nos tempos modernos o genial Giambattista Vico, com sua doutrina dos *corsi e ricorsi* e depois Marx, ao aplicar a dialética no sentido histórico-materialista, corrigiram o enfoque otimista do progresso indefinido que surge da controvérsia literária entre os modelos antigos e modernos. As crises do Estado Constitucional Moderno demonstram que cada modelo de Estado sempre foi uma reforma do anterior. Este sempre continha reminiscências passadas e caricaturas futuras. O esquema: Estado Liberal de Direito – Estado Social de Direito – Estado Democrático de Direito (todavia não realizado) parece corroborar essa afirmativa, já que são espécies do mesmo gênero.⁶

A partir destas constatações é que se desenvolve o raciocínio sobre a necessidade de superação democrática do Estado Constitucional Moderno, com a preservação do espaço público, do Poder Público, a ser concebido sobre outras bases teóricas.

(3) REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo, p.17.

(4) TOFLER, Alvin. A terceira onda, p.410.

(5) BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad, p.54 e seguintes.

(6) ARDANZA, José Antônio et alii. La crises del estado y Europa. Ponencia de Pablo LUCAS VERDU. Crisis del estado social de derecho e imaginación constitucional, p.154.

1. A UTOPIA DA SOCIEDADE SEM ESTADOS: A NECESSIDADE DO PODER PÚBLICO

Dalmo Dallari é, provavelmente, o autor brasileiro que tratou esse assunto com maior profundidade em seu **O Futuro do Estado**⁷, quando trata especificamente das teorias sobre o futuro do Estado e do mundo sem estados.

Dallari assinala que a corrente mais importante, por sua influência prática e que sustenta a idéia de um mundo sem estados é a anarquista, sendo que seus principais representantes são originários do marxismo-leninismo. Mas, segundo ele, não há, no presente, elementos concretos que permitam afirmar que o mundo está caminhando para a extinção do Estado. O autor indica que o mundo sem estados não é plausível, sendo apenas um ideal utópico e sem apoio na realidade.⁸

A posição de Dallari é a que serve de escopo ao presente artigo, ou seja, a superação democrática do Estado Constitucional Moderno não elimina o Estado como Poder Público, mas o substitui por outra construção político-jurídica, concebida a partir de pressupostos democráticos e levando em consideração a profunda mudança na delimitação do âmbito de atuação da nova construção político-jurídica.

É interessante notar que os autores tidos como de “esquerda”, são mais “estatalistas”, no sentido de preservar o Estado Constitucional Moderno, que outros mais identificados com a “direita”. Esta constatação, observada por determinado ângulo, é contraditória, pois foram os liberais capitalistas os maiores beneficiados pelo Estado Constitucional Moderno. Os socialistas apenas se instalaram nas estruturas públicas, mas não se pode dizer que o instrumento funcionou a seu favor.

Autores de orientação liberal, como Robert Nozick, por exemplo, foram mais longe na direção da eliminação do Estado do que muitos outros, de orientação socialista. A sua obra publicada em 1974, **Anarchy, state and utopia**⁹, teve enorme repercussão intelectual nos Estados Unidos. Vale a pena, para se começar a discutir o tema, resumir o sentido de sua investigação à qual se referem todos os que procuram

dar um fundamento filosófico às críticas que fazem ao modelo de Bem Estar, assim como suas alternativas.

Nozick se inscreve na perspectiva anarquista libertária, contestando a refutação final da legitimidade de toda forma de Estado. Para desenvolver seu argumento, Nozick raciocina, como Hobbes ou Locke, a partir do estado de natureza. Mas tenta mostrar contra eles que não é necessário formular a hipótese de um Contrato Social – fundando o Estado político exterior à Sociedade – para fugir dos inconvenientes desse estado de natureza (a guerra de todos contra todos ligada à incerteza da distinção entre o “meu” e o “teu”). Trata-se, para ele, de pensar a emergência de um modelo Estado Constitucional Moderno Mínimo a partir de uma inteligência estritamente econômica do social.

O que Nozick prega, na verdade, é uma espécie de “Capitalismo Asséptico”.

Essa “reescrita” da emergência do Estado mínimo permite a Nozick permanecer fiel ao princípio anarquista de recusa de toda violação do território do indivíduo. O Estado Mínimo que ele define é globalmente o produto de uma explicação em termos de mão invisível (*invisible-hand explanation*): é compreendido a partir de uma percepção estritamente econômica e individualista das relações sociais. A escolha já não é, portanto, a seus olhos, entre o Estado-protetor clássico e a anarquia. Ele chega a definir logicamente um Estado Mínimo que seja um não-Estado, no sentido contratualista e político do termo: não é exterior à Sociedade e não produz nenhum Direito próprio.

Nozick traduz o pensamento liberal que ensaia propor a superação do Estado Constitucional através da revisão do conceito de Poder Público invasivo, mesmo nos modelos de Estado Mínimo. Ao substituir o princípio da redistribuição, próprio do Estado-Providência, pelo da compensação, Nozick fornece a base de uma crítica da ilegitimidade do modelo de Providência. A seu ver, é quase fortuito que o princípio de compensação para os “independentes” se traduz por um mecanismo de redistribuição da oferta de proteção.¹⁰

Como contraponto a Nozick o melhor exemplo é o de Boaventura de Souza Santos, que em várias de suas obras defende a superação democrática do Estado Constitucional Moderno, mas substituído por outra

⁽⁷⁾ DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do estado, p.94.

⁽⁸⁾ DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do estado, p.95.

⁽⁹⁾ “Anarquia, Estado e Utopia” é um trabalho sobre filosofia política escrito por Robert Nozick em 1974. Esse livro libertador altamente aclamado foi o ganhador do “National Book Award” de 1975. Em oposição ao “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls, Nozick argumenta em favor de um Estado mínimo, “limitado às estreitas funções da proteção contra a força, o roubo, fraudes, o reforço dos contratos, e assim por diante”. Quando um Estado assume mais responsabilidades do que isso, Nozick argumenta, direitos serão violados. Para sustentar a idéia do Estado mínimo, Nozick sugere a idealização de um Estado ultra mínimo como experimento e tenta mostrar como ele irá, pelo trabalho de uma “mão invisível”, resultar em um Estado mínimo.

⁽¹⁰⁾ ROSANVALLON, Pierre. A crise do estado providência, p.136.

construção político-jurídica estatal que preserve o espaço público a partir da internacionalização da Democracia e que seja teorizada com base em um novo Contrato Social pós-moderno, que considere a complexidade e a diversidade da Sociedade mundializada.

2 – UM NOVO CONTRATO SOCIAL?

É importante estimular o raciocínio de nossos cientistas da Política e do Direito para a possibilidade de um novo Contrato Social.

Os riscos advindos da obsolescência do Contrato Social Moderno são muito graves para se permanecer de braços cruzados. É fundamental encontrar alternativas de sociabilidade que neutralizem e previnam os riscos oriundos da obsolescência do Estado Constitucional Moderno e desbravem o caminho a novas possibilidades democráticas. A tarefa não é fácil: o desequilíbrio social gerado pela crise do Contrato Social Moderno é tão profundo que desequilibra inclusive a resistência aos fatores de crise ou a reivindicação de emancipação que deveria dar sentido à resistência democrática. Boaventura de Souza Santos acrescenta que já não é simples saber, com clareza e convicção, em nome do que e de quem resistir, inclusive supondo que se conheça aquilo contra o qual se resiste, o que também não é fácil.¹¹

As teorias do Estado Constitucional Moderno alcançaram sua plausibilidade e foram introduzidas na realidade social graças à teoria política moderna, entre elas a do Contrato Social. Basta mencionar nomes como Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau. Ou pensar no conceito de Estado, o princípio da divisão de poderes, o princípio das maiorias e a proteção das minorias ou outras similares, para trazer à memória este arcabouço teórico. Estas teorias, que fizeram possível a realização do Estado Constitucional Moderno, não resistem, sem dúvidas, a uma reflexão sobre a situação originada por ele. Não só por estarem superadas cientificamente, mas também por serem responsáveis pela realidade atual.¹²

Para a necessidade de um novo Contrato Social tem-se como ponto de partida a insuficiência irreflexiva do postulado da proeminência da coisa pública: o Poder Público não existe como simples resultante dos interesses privados,

mas supõe um pacto social – ou Contrato Social - hígido que preceda e sobre-passe todos os contratos particulares.¹³ Ao abandonar-se esse postulado e com a redução do Poder Público a uma função de mercado, o espaço público fica imediatamente ameaçado de desaparecimento, pois não há mercado capaz de fixar o valor do interesse público e delimitar o espaço da solidariedade. Atualmente, só um novo Contrato Social poderá recuperar o espaço público perdido.¹⁴

O que se quer indicar é que as teses formadoras do Estado Constitucional Moderno responderam adequadamente aos requerimentos da Sociedade do seu tempo, através da classe dominante: a burguesia. Neste sentido, a partir do constitucionalismo moderno a teoria político-jurídica esteve conectada com a realidade social dominante.¹⁵

Só que, atualmente, da mesma forma que o crescente poder estatal da Europa do Século XVIII reorientou a direção dos protestos populares desde os problemas locais até questões nacionais, as novas tecnologias atuais da comunicação, principalmente, mas não só, permitem um contato em escala intercontinental entre as pessoas, através de redes em constante formação.¹⁶

Este conjunto de novas realidades está erodindo de forma extraordinária os alicerces que até agora sustentaram a teoria liberal do Estado Constitucional Moderno. Basta olhar o mundo atual e, particularmente, o funcionamento efetivo dos estados atuais para se comprovar até que ponto estão obsoletas as teorias em torno do Estado Constitucional Moderno. A ordem internacional deixou de ser, na prática, baseada nos estados para se converter num sistema complexo no qual aparecem, lado a lado com eles, estruturas e organizações de diversos tipos, tais como as forças do mercado, as forças ou organizações geopolíticas, as instituições de Direito Internacional ou as próprias ONGs, que vêm adquirindo um protagonismo cada vez mais intenso nos assuntos de escala mundial, influenciando com sua atividade, de forma notória, na ação dos estados e, principalmente, na atividade da própria ONU.

O resultado de tudo isso constitui o progressivo desaparecimento dos elementos teóricos constitutivos do Estado Constitucional Moderno: centralização territorial, monopólio efetivo por poder tripartido, a sujeição de todos

⁽¹¹⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.29.

⁽¹²⁾ LUHMANN, Niklas. Teoria política en el estado de bienestar, p.150.

⁽¹³⁾ PEÑA, Francisco Garrido. La ecología política como política del tiempo, p.336 e 341.

⁽¹⁴⁾ GUÉHENNO, Jean-Marie. El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego, p.39.

⁽¹⁵⁾ ARDANZA, José Antônio et alii. La crisis del estado y europa. Ponencia de Pablo LUCAS VERDU. Crisis del estado social de derecho e imaginación constitucional, p.164.

⁽¹⁶⁾ JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.59.

os poderes seculares ao Estado e o questionamento, cada vez maior, dos seus instrumentos de legitimação, como o Poder Constituinte e a Democracia Representativa Parlamentar. Em seu lugar se observa o aparecimento de processos centrífugos nos quais é produzida a dispersão de competências e poderes entre vários grupos e instituições, e isso tanto de um ponto de vista material como jurídico-formal. Isso provoca um crescente questionamento sobre a validade da distinção clássica entre instituições públicas e privadas, entre Estados e Sociedade Civil. No momento atual, até os mais sagrados interesses do Estado Constitucional Moderno ficam submetidos à contestação e à restrição por parte de atores fora do espaço público.

O Contrato Social Moderno não alcança a profusão social da pós-modernidade.¹⁷

A grande questão é como fazer um Contrato Social no e para o Século XXI. Em que bases. Como estabelecer um Contrato Social transnacional, se em nossa Sociedade atual o estado de natureza está na ansiedade permanente quanto ao presente e ao futuro, no iminente desgoberno das expectativas, no caos permanente, nos atos mais simples da sobrevivência ou convivência.¹⁸

Fernando Gustavo Knoerr, em seu capítulo intitulado **Representação Política e Globalização**, na obra denominada **Repensando a Teoria do Estado**, organizada por Ricardo Marcelo Fonseca, leciona que o Estado Constitucional Moderno não é mais soberano, mas um sócio, um parceiro do capital privado que não conhece fronteiras e por isso perdeu sua condição de espaço público, o que ocasiona o citado desgoberno de expectativas.

Chega a ser possível, nesse contexto, até mesmo afirmar o surgimento de um “anti-contratualismo moderno”, traduzido na volta do exercício direto do poder por entes privados. Não se pode esquecer que no contratualismo clássico partia-se de um acordo firmado apenas por indivíduos absolutamente iguais, o que já não ocorre, principalmente em se considerando que desta avença participa também o capital internacional.

Nesta etapa de crise do contratualismo moderno não há mais indivíduos, mas grupos privados (de trabalhadores, de indústrias, de empresários, de interesses “globalizados”) exercendo o poder político na mais evidente defesa de interesses egoísticos.¹⁹

Daí que se deve definir do modo mais amplo possível os termos de uma reivindicação cosmopolita capaz de romper o círculo vicioso das fases do contratualismo moderno. Esta reivindicação deve reclamar, em termos gerais, a reconstrução e reinvenção de um espaço-tempo que permita e promova a deliberação política. Um novo espaço público, nas palavras de Boaventura de Souza Santos.²⁰

O objetivo final seria a construção de um novo Contrato Social, muito diferente do da modernidade. Deve ser um contrato muito mais inclusivo e que abarque não só os homens e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo lugar, será um contrato mais conflitivo, porque a inclusão deve ser promovida segundo critérios tanto de igualdade como de diferença. Em terceiro lugar, ainda que o objetivo final do contrato seja a construção do espaço-tempo da deliberação democrática, este contrato, diferentemente do contrato social moderno, não pode limitar-se ao espaço-tempo nacional e estatal: deve incluir os espaços-tempo local, regional e global. Por último, o novo contrato não se baseia numa clara distinção entre Estado e Sociedade, entre economia, política e cultura ou entre público e privado: a deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede nem forma institucional específicas.²¹

O descrito acima remete a uma análise pautada na essência utópica da Democracia como parte de um novo Contrato Social pós-moderno. Por um lado, as democracias modernas propõem a idéia do Contrato Social e do consenso de todos os indivíduos. Produtos da vontade livre dos cidadãos. Por outro são empurradas, permanentemente, por forças não controláveis pelas instituições do Estado Constitucional Moderno, aquelas geradas pela economia capitalista globalizada e que desmentem a pretensão que se possa ter capacidade de autocontrole. É exatamente neste ponto que a Sociedade se habilita para criticar a Democracia Representativa Moderna e propor outras hipóteses de Contratação Social e outras possibilidades de representação política.²²

Várias funções tradicionais do Estado Constitucional Moderno não escapam à lógica da globalização. E as consequências deste fenômeno questionam profundamente a Soberania dos estados, já que dizem respeito às liberdades públicas, finalidade e condição de existência do Estado Constitucional Moderno.

(17) JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.83.

(18) SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.16.

(19) KNOERR, Fernando Gustavo, in Representação Política e Globalização, na obra denominada Repensando a Teoria do Estado, organizada por Ricardo Marcelo Fonseca, p. 176.

(20) SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.29.

(21) SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.31.

(22) DAHRENDORF, Ralf, FURET, Françoise & GEREMEK, Bronislaw. La democracia en europa. Org. de Lucio Caracciolo, p.22.

Compartilhar determinadas informações, a interligação dos arquivos e as escutas telefônicas são assuntos que se apresentam como simples colaboração técnica, sem levar-se em conta que são problemas que atingem os fundamentos do próprio Estado Constitucional Moderno, se levadas às últimas consequências. Questões como a de definir a informação que o Poder Público está autorizado a obter sobre os cidadãos, supõe, indiscutivelmente, pontos cruciais para um novo Contrato Social.

Ao que tudo indica, um novo Contrato Social seria muito diferente do Contrato Social Moderno. Muito mais inclusivo, abrangendo também a natureza, a ecologia.

Assim, seria preciso por em ação quatro novos pré-contratos sociais, que seriam os pilares de uma Democracia internacionalizada: um pré-Contrato Social para erradicar a pobreza; um pré-Contrato Social Ambiental para preservar o meio ambiente, um pré-Contrato Social Cultural para garantir educação a todos ao longo da vida e um pré-Contrato Social Ético que volte a dar sentido e perspectiva à aventura humana.²³ Os quatro pré-contratos sociais formariam um Contrato Social global, capaz de prever toda uma série de elementos complexos, próprios do momento atual em que se vive.

Um novo Contrato Social pautado pelos pilares destacados acima significa reagir ao “pensamento único”. É preciso colocar o ser humano no foco de todas as preocupações, sejam elas ligadas à globalização, ao meio ambiente, ao capitalismo, à Democracia. Os parâmetros serão muito mais inclusivos e humanos.

3. A DEMOCRATIZAÇÃO DO CAPITALISMO E O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

É importante frisar que a socialização democrática do capitalismo não tem qualquer relação com algumas experiências ultrapassadas e irracionais que eram defendidas por alguns setores do pensamento político moderno²⁴.

O que se pretende, caso seja válido pensar numa ordem estatal pós-moderna, é refletir sobre as incertezas e justificativas morais que coincidem, tanto empiricamente – sendo o Estado agente do capitalismo – quanto filosoficamente – sendo o Estado o signo da hierarquização entre os homens. Se o que se quer é uma ordem livre, igualitária e com a democratização do capitalismo, todos

serão forçados a pensar na superação do Estado Constitucional Moderno.²⁵

O sistema mundial atual é um produto do capitalismo industrial transnacional que integra em si tanto setores pré-industriais, como setores pós-industriais. A utopia de uma Sociedade mais justa e de uma vida melhor, uma idéia que, enquanto utopia, é tão necessária quanto o próprio capitalismo, somente poderá prosperar com a inserção dos princípios democráticos nas práticas capitalistas.²⁶

Em que pese o desaparecimento das fronteiras que separavam os sistemas políticos em função de sua adesão a modelos econômicos antagônicos, continua tendo uma elevada dose de atualidade o problema da relação entre Democracia e economia de mercado. O problema está na possível incompatibilidade entre a “autodeterminação do Estado” – como reflexo teórico, por sua vez, da vontade da maioria popular soberana – e o poder financeiro e econômico das grandes corporações empresariais. Essa dialética ganha maior intensidade se considerado esse muito conhecido fenômeno denominado globalização, que vem confirmar a subordinação do Estado Constitucional Moderno às decisões adotadas nos circuitos econômicos que formam as grandes multinacionais e os mercados financeiros, nos quais o protagonismo está a cargo de instituições bancárias com um considerável nível de independência com relação aos ambientes democráticos.

Esta realidade está na pauta da doutrina mais avançada, que entende serem necessários esforços para democratizar o capitalismo e torná-lo solidário, superando a idéia de acumulação individual ou de grupos em detrimento do conjunto da Sociedade global.

Uma das formas de Capitalismo Democrático é a denominada Democracia econômica. Os requisitos que podem satisfazer um projeto de democratização das relações econômicas são de dois matizes: primeiro, apresentar um “desenho global” da capacidade de persuadir aquelas pessoas que reconheçam valor nas políticas de inovação (de identidade e de solidariedade). Segundo, prever benefícios materiais que os indivíduos possam perceber imediatamente ou calculá-los com facilidade (incentivos materiais e individuais).

Os programas de Democracia Econômica deverão desenvolver a dupla função de mobilizar as paixões e os interesses. Neste sentido, é importante a investigação que

(23) MAYOR ZARAGOZA, Federico & BINDÉ, Gerome. *Un mundo nuevo*. Barcelona: Centro UNESCO de Cataluña, 2000, p.27 e seguintes, citado por OLLER I SALA, M. DOLORS. in *Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial*, p.4.

(24) TILLY, Charles. *Coerção, capital e estados europeus*, p.117.

(25) MÜLLER, Bruno. *Notas sobre o fórum social mundial e a crítica ao estado*. <http://biano.com.br/democracias/notas.asp?id=3>. 2005.

(26) SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, p.277.

realiza Domenico Nuti²⁷, que parte da hipótese de que as diferentes acepções de Democracia Econômica – correção do funcionamento espontâneo do mercado através de políticas de intervenção do Poder Público, constituição de instituições de auto-governo social e valorização de diferentes âmbitos de Democracia Micro-econômica – não são alternativas, mas sim complementares. As pesquisas do autor italiano concluem que o processo de Democracia Econômica se desenvolve através de uma pluralidade de dimensões.

Além de Domenico Nuti, outros autores apontam, de modo geral, que a Democracia Econômica pode ser associada às seguintes dimensões: a primeira estaria relacionada com a “superação dos modelos de industrialismo”. Os programas de democracia econômica terão dificuldades para terem êxito se não forem abertos à maioria dos trabalhadores e cidadãos. Considerando-se o modelo social-democrata sueco, que funciona como uma espécie de paradigma, a Democracia Econômica deve ser considerada a terceira etapa no desenvolvimento da Democracia e deverá assinalar a evolução desde as democracias política e social (que já estão razoavelmente discutidas, mas não implantadas, principalmente nos países periféricos e semi-periféricos) à Democracia Econômica. Esta questão está ligada a todas as tentativas para ampliar e qualificar a cidadania. É claro que um novo modelo de Poder Público, superados os conceitos clássicos de Soberania, divisão de poderes e Democracia Representativa, constituirá um fundamental meio de cultura para os projetos de Democracia Econômica. A segunda dimensão está vinculada com as reformas e funcionamento das relações industriais. O processo, muito provavelmente, será multidisciplinar e aqui, no caso, economistas e administradores privados devem estar convencidos da premência da mudança, até para a própria sobrevivência da espécie humana. Na maioria dos países existe uma crise crônica e desorientadora dos modelos clássicos do pluralismo e do neo-corporativismo. As relações empresariais mais eficazes são aquelas que combinam um bom grau de concentração com margens de descentralização, de regulação rigorosa com elementos de flexibilidade. O rol de empresas interessadas só poderá se consolidar se estiverem presentes propostas de aumento de qualidade e a participação nos seus resultados e nas suas funções de coordenação e administração.²⁸

É preciso ir fundo nas propostas de reforma dos fundamentos do Capitalismo. Caso não seja controlado pela Sociedade, qualquer tipo de tentativa de desenvolvimento de modelos estatais pós-modernos será efêmero, infrutífero. E o único modo de convencer os centros de comando capitalistas é demonstrar que o futuro da humanidade e o do próprio capitalismo depende desta mudança de concepção, fazendo convergir Democracia, lucro e interesse social transnacional.

Robert Dahl empresta grande relevância à busca de soluções democráticas para o capitalismo, com pesquisas que já se estendem por muitos anos. Num ensaio denominado **Capitalismo Corporativo**, o autor desenvolve a possibilidade de implantação de uma estrutura econômica alternativa, que ajudaria a reforçar a igualdade política e a Democracia, através da redução das desigualdades originadas pelo capitalismo global.²⁹

É provável que, progressivamente, a liberdade econômica se transformará em liberdade política com o aparecimento do investimento e o consumo “socialmente responsável”, que utiliza as novas possibilidades de consumo e investimento proporcionados pelos instrumentos tecnológicos e pela globalização para colaborar com a evolução do sistema mundial de produção, de modo a levá-la à consecução de alguns fins éticos, sociais e políticos. Note-se que há, também, uma forte dose de otimismo, contraposta ao pessimismo da idade contemporânea, nas propostas de Democracia Econômica.

Sem a democratização do capitalismo as bases para a superação do Estado Constitucional Moderno estarão comprometidas. É fundamental democratizar o capitalismo para superar o Estado Constitucional Moderno.³⁰

4. AS ALTERNATIVAS DEMOCRÁTICAS

O vento da história mudou de direção e sopra em um único sentido: o da Democracia. Neste sentido, a política é autônoma (da religião), e onde chega o sopro da pós-modernidade, um governo é legítimo unicamente se eleito pelos governados e se está fundado em seu consentimento. Para o *Zeitgeist*³¹, o espírito de nosso tempo, A Democracia já não tem inimigos, já não está ameaçada por legitimidades

⁽²⁷⁾ NUTI, Domenico Mario. *Democrazia economica: mercato, politica economica e partecipazione*, p.123.

⁽²⁸⁾ CARRIERI, Mimno. *No hay democracia sin democracia económica*, p.21.

⁽²⁹⁾ CARRIERI, Mimno. *No hay democracia sin democracia económica*, p.32.

⁽³⁰⁾ LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia: ensayo sobre filosofía política*, p.24.

⁽³¹⁾ A palavra *Zeitgeist* significa “espírito da época” no sentido de pensamento predominante num momento histórico. Para Goethe era atribuída ao *Zeitgeist* uma concepção que implicava em compreendê-la como as opiniões fortemente predominantes num determinado momento histórico com tal impacto no inconsciente coletivo que as pessoas o reproduziam sem assim o perceber.

alternativas. Mas ganhar a guerra não é ganhar a paz. Viramos uma página, mas por isto mesmo o livro do futuro está mais aberto do que nunca.³²

Assim, é preciso considerar a construção das democracias. Não mais da Democracia, como em sua concepção moderna, mas de muitas democracias, como sugere e requer o novo ambiente mundial. A partir desta constatação é possível propor os seguintes conceitos de Democracia:

a) A Democracia Ecológica;

Diz-se democracia ecológica ao direito a entender, a participar, a poder apresentar reclamações e a ser atendidos a todos os que participam do debate ambiental: a população, os grupos comunitários, os defensores do meio ambiente, os empresários, os trabalhadores e empregados, os governos e os representantes eleitos e todos os representantes de segmentos sociais.

No último meio século, a humanidade encontrou-se diante da possibilidade de se auto-destruir e a inédita condição de ter consciência disso. Ou seja, de saber que as armas atômicas e a crise ambiental podem não apenas desviar o caminho da história, mas inclusive representar o final da própria história (porque no dia depois de amanhã não haverá humanos que possam explicá-la).³³ O que deixaria até Francis Fukuiama³⁴ desapontado.

Da mesma maneira que no âmbito individual, a consciência da morte pode levar a viver com mais sabedoria (a apreciar ainda mais a vida), assim, a consciência da possibilidade de uma morte coletiva poderia promover uma sociedade mais “sábia”, mais capaz de compreender o valor daquelas instáveis condições que chamamos “paz” e “equilíbrio social e ambiental”.³⁵

Assim, a expressão “sustentabilidade ambiental” refere-se às condições sistêmicas em virtude das quais, em escala planetária ou regional, as atividades humanas não podem chegar a estressar o ecossistema além do limite a partir do qual se ativam fenômenos irreversíveis de degradação.³⁶

A questão ambiental poderia, em definitivo, converter-se em um terreno de cultivo de valores e comportamentos favoráveis ao crescimento de uma cultura civil democrática. Pode, também, acontecer o contrário, mas

isso não significa que não seja uma necessidade na qual se deva concentrar-se.

Não só porque a Democracia seja um contexto coerente com as necessidades da transição à sustentabilidade. Não somente pelo fato de parecer o mais atrativo, mas também porque é o mais eficaz para impulsionar e promover um fenômeno tão complexo. Definitivamente, a Democracia é um regime social capaz de aprender.

A Democracia é (ou pode ser, quando funciona) um grande processo de aprendizagem coletivo e, por isso, é precisamente o único caminho com o qual se pode esperar chegar à sustentabilidade.

A nova cultura da sustentabilidade deve caracterizar-se, como a Democracia, por uma base de entendimento comum (algumas práticas sociais, alguns valores, alguns critérios de juízo socialmente compartilhados) que representem o mínimo indispensável para fazer convergir o interesse político e social na direção da sustentabilidade ambiental, e deixar em aberto o máximo de espaço possível às diferenças entre as idéias e suas interações. Ou seja, de tal maneira que possam conviver dialeticamente diversas hipóteses de sociedade sustentável.

A solução está em dar à democracia um poder de aceleração o maior possível, pondo-a em tensão, nas formas que lhe são fisiológicas, ou seja, favorecendo o crescimento de uma nova cultura e de uma nova sensibilidade social, de novos juízos de valores, de novas competências difusas.

O caminho passa pelo desenvolvimento de uma Democracia mais madura, capaz de definir cada dia seus instrumentos para fazer frente às novas experiências, às novas problemáticas, às novas formas de comunicação que a tecnologia introduz na vida cotidiana. E, ao mesmo tempo, capaz de produzir uma nova cultura e novos comportamentos.

É importante repetir: a questão ambiental mal encaminhada pode ser um perigo mortal para a Democracia. E a crise da Democracia é uma redução nas esperanças de êxito dos esforços futuros para resolvê-la.³⁷

Por outro lado, sem o reconhecimento de que os direitos fundamentais devem incluir o meio ambiente, que este deve ser saudável e não pode ser destruído sem castigo,

(32) SARTORI, Giovanni. A democracia depois do comunismo, p.25-26.

(33) MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. Ecologia y democracia, p.07.

(34) Francis Fukuiama escreveu a obra denominada O fim da história e o último homem, na qual defende ser a construção capitalista liberal da modernidade o ápice da história da humanidade.

(35) HUNTIGTON, Samuel P. Choque de civilizaciones? p.67.

(36) MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. Ecologia y democracia, p.13.

(37) MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. Ecologia y democracia, p.27.

o chamamento à população para que coopere com a sustentabilidade ambiental não deixa de ser uma mostra de cinismo. Desarmados, os cidadãos comuns não dispõem dos mecanismos básicos para defender o meio ambiente. Um emaranhado de normas não permite que o bosque veja a árvore. A ausência de um ambiente democrático para a resolução de conflitos afasta a Democracia Ambiental, uma proposta regeneradora da confiança da população nos poderes públicos.

b) A Ciberdemocracia ou Democracia eletrônica;

A fascinação pela comunicação de massas ameaça, então, triunfar sobre o debate político, o único meio pelo qual se manifesta a liberdade dos cidadãos. A Sociedade passa a ser dominada pelos meios de comunicação e não o contrário, como deveria ser.

Um dos desafios impostos ao novo Estado que surgiria da superação do Estado Constitucional Moderno seria a democratização dos meios de comunicação, que hoje estão a serviço, muitas vezes, de interesses escusos.³⁸

O novo Estado estaria conectado com as possibilidades originadas com o surgimento da telefonia, da televisão digital, da informática e do conjunto de novos mecanismos de comunicação a distância. A “ciberdemocracia” poderia ser experimentada e outras formas de participação e mecanismos representativos poderiam ser propostos. Atualmente é muito fácil organizar consultas rápidas à população sobre temas de interesse imediato e que requeiram um pronunciamento de relativa urgência. Plebiscitos e referendos não teriam porque serem casos excepcionais na vida social e política. Ao menos tecnologicamente já não há mais desculpas.³⁹

Os extraordinários avanços tecnológicos dos últimos anos estão sacudindo, cada vez com mais força, os alicerces que sustentavam as modernas sociedades democráticas. Estas transformações não só estão afetando de modo substancial as relações sociais, mas também estão questionando a validade e funcionamento das atuais estruturas e instituições políticas.⁴⁰

O Estado Constitucional Moderno, principalmente seus modelos autoritários, perderam, de modo definitivo, a batalha para os meios de comunicação na era da Internet.

O novo Estado deverá ter nos meios de comunicação um de seus principais instrumentos de exercício democrático, e não o contrário, como se pode observar atualmente.

c) A Democracia econômica;

Como já foi tratada em parte anterior deste artigo, a democratização do capitalismo é fundamental para que a superação democrática do Estado Constitucional Moderno possa ser realizada com base em pressupostos adequados ao novo ambiente mundial.

A economia está destinada a produzir riquezas. A política se dedica, ainda que nem sempre seja assim, à distribuição ou re-distribuição destas riquezas. E são as distribuições as que podem ser declaradas de direita ou de esquerda. Mas, em todo caso, a política pode distribuir riqueza somente se a economia a produz. Se a economia não funciona, a política já não tem nada que redistribuir e acaba por distribuir pobreza. A autonomia e prioridade da produção da riqueza, sobre a distribuição, é procedimental. Pode-se, muito bem, dizer que a distribuição é mais importante que a geração da riqueza. Mas a prioridade procedimental continua sendo a mesma. Caso não tenha o que comer, só se pode dividir a fome. E não é uma opção interessante.

Assim, considerado o procedimento lógico descrito acima e concebido por Giovanni Sartori⁴¹, o que resta é a democratização da economia, ou seja, que a comunidade possa participar da decisão do que e como será produzido, principalmente pelo acesso ao crédito.

Em princípio, uma economia de mercado é compatível com qualquer sistema político que conceda liberdade ao mercado. Portanto, teoricamente, mercado e ditadura podem acoplar-se, como já se observou durante as ditaduras sul-americanas das décadas de 70 e 80. Mas está claro que a realidade hoje é outra. Não há como escapar do “contágio democrático”, o que torna, atualmente, praticamente impossível aquele acoplamento. A vitória da Democracia como princípio de legitimidade permite prever que o êxito do mercado se converterá, cada vez mais, numa demanda da Democracia. Com a condição, bem entendido, de que o mercado tenha êxito e de que verdadeiramente produza Bem Estar.⁴²

As democracias representativas atuais estão carentes de uma estrutura ética concebida a partir de valores democráticos conectados com as necessidades pós-modernas. Os valores que foram impostos são os valores do mercado, enquanto que o modelo de conduta é o das estratégias empresariais que se movem pelo lucro, deixando de lado outros padrões éticos e de valores totalmente

⁽³⁸⁾ GUÉHENNO, Jean-Marie. El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego, p.114.

⁽³⁹⁾ VILLASANTE, Tomás R. Las democracias participativas, p.139.

⁽⁴⁰⁾ JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.161.

⁽⁴¹⁾ SARTORI, Giovanni. A democracia depois do comunismo, p.98.

⁽⁴²⁾ SARTORI, Giovanni. A democracia depois do comunismo, p.25.

indispensáveis para a convivência, como são os da gratuidade e da generosidade. Assim, a única política possível parece ser a da lógica que o sistema econômico proporciona. Esta colonização da vida pública pela economia fez com que os estatutos de defesa do consumidor (e sua lógica) fossem se afirmando sobre os direitos de cidadania, supondo a mercantilização da vida política, que fica eclipsada. Deve-se recordar, nesse sentido, que o mercado, mesmo com a pretensão descabida de ser um dos paradigmas da liberdade, produz desigualdade e não ajuda a configurar o exercício responsável da liberdade, ao proporcionar modelos de discussão privados em lugar de públicos e, portanto, impedindo as pessoas de falarem como cidadãos sobre as consequências de nossas ações em comum.⁴³

O conceito de “bem comum” passou para a história. Hoje prevalecem os interesses particulares, parciais. Isto tem muito a ver com a progressiva tendência de se estruturar o sistema de representação de interesses através de organizações especializadas ou competências estruturadas em torno de critérios setoriais, ou transnacionais. Isto, junto à própria complexidade intrínseca da máquina estatal, vem ajudando a debilitar a capacidade de resposta do Estado Constitucional Moderno ante a cidadania.⁴⁴

Alguns recentes e importantes debates, que estão acontecendo principalmente no plano acadêmico, do qual estão participando teóricos do pós-liberalismo até autores como Robert Dahl, que em seu livro **La democracia y sus críticos**, reclama uma “terceira transformação” na Democracia, ou seja, o desenvolvimento de uma “Democracia avançada”, capaz de levar os métodos e procedimentos da Democracia à esfera econômica.⁴⁵

Caso isso não seja providenciado, a magnitude das dificuldades econômicas que afetam, na atualidade, tantos países, terá inevitáveis consequências políticas. Haverá um agudizamento dos antagonismos sociais de todo tipo, intensificando a luta pelo bem estar econômico e fazendo mais insuportável o custo da derrota. Estimulará a migração econômica que por sua vez suscita, nos países mais desenvolvidos, a hostilidades contra os imigrantes e a exigência que o Estado se converta numa fortaleza. A depressão econômica torna muito mais difícil a consecução do ideal de igualdade cidadã e provoca uma perda de confiança na capacidade dos governos democráticos para solucionar problemas sociais. Os sistemas democráticos mais robustos podem, talvez, resistir a estes choques,

enquanto que as democracias mais recentes, que necessitem de panorama mais favorável para consolidar-se, podem sofrer danos irreparáveis.⁴⁶

Não deverá ser surpresa, portanto, se num futuro não muito distante houver uma diminuição da atual volatilidade dos mercados.⁴⁷ Em tal sentido, a criação de novas instituições internacionais ou mundiais democráticas capazes de regular e controlar com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados deverá ajudar a ajustar a padrões humanitários esse grande cassino em que se converteu o atual mercado financeiro.

1.5 A DEMOCRACIA COMO PARADIGMA PARA SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado que substituiria o Estado Constitucional Moderno, como Poder Público, deveria assegurar não só a igualdade de oportunidades entre os diferentes projetos de institucionalização democrática, mas também pautas mínimas de inclusão que tornem possível uma cidadania ativa e capaz de acompanhar, controlar e avaliar a importância e adequação de cada projeto. Estas pautas são necessárias para fazer da instabilidade institucional um âmbito de deliberação democrática.

Atualmente a instabilidade institucional é tratada como um fator de desequilíbrio do sistema político e, deste modo, produzindo freqüentes crises. O novo Estado deverá poder transformar a instabilidade em espaços deliberativos democráticos.⁴⁸

Uma teoria da Democracia para depois do Estado Constitucional Moderno não deve ser, pois, uma Pura Teoria da Democracia, mas sim um esforço por uma teoria livre e isenta de partidarismos.

Uma teoria democrática com essa característica será a mais entrosada com seu objetivo, pois a Democracia é procedimento, uma forma para enfrentar e resolver as diferenças de opiniões ou doutrinas na política. Não poderá ser acusada, portanto, com relação aos seus efeitos práticos, de ser uma teoria vazia. Estaria comprometida com a maioria da Sociedade de tal forma que os pouco ou nada democratas não irão gostar.

(43) OLLER I SALA, M. Dolors. Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial, p.18.

(44) OLLER I SALA, M. Dolors. Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial, p.18.

(45) FELIZ TEZANOS, José et alii. La democracia post-liberal, p.13.

(46) BEETHAN, David & BOYLE, Kevin. Cuestiones sobre la democracia, p.115.

(47) JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.38.

(48) SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.45.

Mas justamente o recordar as altas exigências da Democracia como método, liberada da roupagem de classe ou confissão de nacionalidade, é o que deveria levar às políticas de todos tempos e lugares a adentrar no miolo democrático e assumir isso que é “forma” em sua integridade e com o mais substancial e renovado “conteúdo”.

Hoje é mais conveniente para muitos identificar, no fundo, a Democracia com alguns valores e feitos determinados – com uma ideologia – para condenar como “não democrático” tudo que se afasta deles. Há motivo, portanto, para apontar a existência de uma Teoria Pós-Moderna da Democracia, vinculada à superação do combalido Estado Constitucional Democrático.⁴⁹

No âmbito mundial está surgindo uma nova ordem política. E isto está provocando a necessidade de se re-fundar as bases que sustentam a atual ordem política mundial, com um apelo mais universalista e menos excludente.

Deve-se recordar que, para que a Democracia se esparja e possa se aprofundar, necessárias são pessoas que vivam os valores democráticos, que se tenham socializado e interiorizado na Democracia.⁵⁰ A Democracia não se limita ao voto, nem a alguns procedimentos para solucionar conflitos. É, principalmente, um talento cívico. E só pode nascer e consolidar-se desde um interior comprometido com a coletividade e a felicidade dos demais.

A Democracia, amparada por estes alicerces pós-modernos seria o principal procedimento para enfrentar e resolver as diferenças que surgirão com a nova realidade globalizada.

6. RECORTES TEÓRICOS SOBRE A SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Caso não se comece, imediatamente, a teorizar a superação do obsoleto e insuficiente Estado Constitucional Moderno, corre-se o risco de se ver sua progressiva substituição por um “Estado de Direito Privado”, reduzido a um código de regras que se legitimam por seu bom funcionamento, mas que estão desprovidas de qualquer conotação humanitária. Impõem-se, assim, a racionalidade instrumental e a política como elemento gerencial. O político e o movimento político não serão valorados por suas capacidades de gerarem ideais ou de atuarem em

consequência, mas sim por sua efetividade e rapidez para resolver problemas – ou aparentar resolvê-los de forma convincente – passando a ser um gerente da coisa pública e não um servidor da mesma.

A globalização implica, portanto, um certo nível, mesmo que mínimo, de governabilidade mundial. A ausência dessa estrutura política só acentuaria a decadência do político diante da cada vez mais crescente influência dos poderes econômicos. As empresas multinacionais ou transnacionais tendem a converter-se, deste modo, no eixo em torno do qual gira o destino dos seres humanos. Um destino no qual suas aspirações e necessidades ficam reféns dos interesses dos grandes grupos financeiros. Falar de globalização sem estas condições é não só prematuro, mas inclusive sarcástico.⁵¹

Para isso é preciso, em primeiro lugar, como aponta o cientista basco Gurutz Jáuregui, reformar e superar o atual sistema político espacial-territorial, a fim de que todos aqueles assuntos, cada vez mais numerosos e importantes, que escapam ao controle do Estado Constitucional Moderno, possam ser submetidos a controles democráticos efetivos. Em segundo lugar, é necessário repensar sobre o papel e a função reguladora das diversas agências globais e regionais que já existem, assim como a criação de novas estruturas e organizações. Por fim, é imprescindível reconsiderar a articulação e conexão das instituições políticas com os diferentes grupos, organizações, associações e agências de caráter internacional, a fim de gerar um sistema global compatível com os valores e as tradições democráticas.⁵²

A era pós Estado Constitucional Moderno na que se está entrando poderia também ser qualificada como neo-imperial, na medida em que, como o Império Romano, sua “fronteira” já não é uma linha que divide um espaço e separa alguns homens – os que exercem a soberania e os que não exercem – mas sim uma margem indefinida. A plenitude de uma soberania não se choca, como no tempo do Estado Constitucional Moderno, com a plenitude de outra soberania do outro lado do rio. O mesmo movimento que tende a relativizar as fronteiras do mundo desenvolvido. Nenhuma fronteira será absoluta.⁵³

Uma das questões fundamentais da orientação teórica e política do presente reside em ver se seria possível tolerar a idéia de uma sociedade carente de centro e se, caso positivo, se poderia perceber as condições para uma política

⁽⁴⁹⁾ BILBENY, Norbert. Política sin estado, p.13.

⁽⁵⁰⁾ OLLER I SALA, M. Dolors. Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial, p.05.

⁽⁵¹⁾ JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.43.

⁽⁵²⁾ JÁUREGUI, Gurutz. La democracia planetária, p.44.

⁽⁵³⁾ GUÉHENNO, Jean-Marie. El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego, p.71.

democrática efetiva. Ou se, tendo-se em conta a situação geral do sistema de Sociedade Global, se acreditaria, ou se deveria, atribuir à política uma vez mais uma responsabilidade global que possivelmente poderia destruir seus limites atuais e os laboriosos procedimentos da formação da opinião democrática.⁵⁴

É importante repetir o que António Manuel Espanha escreve sobre a nova estrutura estatal. A resposta ao padrão organizativo caracterizado pela generalidade, abstração e centralismo – de que o Estado Constitucional Moderno e o direito legalista ou conceitualista são um bom exemplo – estaria numa nova estrutura organizativa caracterizada: a) por uma arquitetura em rede, em que cada pólo fosse gerido autonomamente, tendo em conta todas as particularidades das situações; b) em que a flexibilidade e a adaptabilidade do conjunto fosse garantida pela inexistência de um pólo central; e c) e em que a comunicação fosse de um tipo novo, não baseada em modelos gerais e abstratos de informação, mas em descrições personalizadas, exaustivas e atentas às dimensões não puramente racionais das situações. É a isto que Toffler chama *flex-organizations*.⁵⁵

Em contrapartida, um direito para o novo tipo de organização teria que prescindir da generalidade e da abstração. Teria que ser produzido “localmente”, nas periferias que estão mais em contato com as situações a regular. Mas teria ainda que prescindir de características porventura mais profundas do nosso mundo jurídico, como o modelo de justiça adjudicatória (garantida por um terceiro, independente e neutro), fomentando formas de composição pactuada. Na verdade, a justiça “neutra” não considera uma parte muito importante das situações, o plano da emoção e da afetividade. Com isto, perde muita informação que seria indispensável para uma composição “amigável”, que se desenvolve em contato com todos esses elementos não racionais, manteria uma informação suficientemente rica para garantir soluções adequadas ao caso concreto (e não, apenas, ao seu esqueleto conceitual, genérico, abstrato).⁵⁶

A suposta inevitabilidade dos imperativos neoliberais afetaram de forma irreversível o âmbito e a forma do poder de regulação do Estado Constitucional Moderno.⁵⁷ Estas mudanças não supõem, sem dúvidas, uma volta ao passado, já que só um Estado pós-liberal pode desestabilizar a regulação pós-liberal. Esta desestabilização cria o anti-Estado dentro do próprio Estado. Estas transformações são tão profundas que, sob a mesma denominação de Estado,

está surgindo uma nova forma de organização política, mais vasta que o Estado Constitucional Moderno. Uma organização integrada por um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações na qual se combinariam e interpenetrariam elementos estatais e não estatais, tanto nacionais, como locais e globais. Esta nova organização não teria centro e a coordenação do Poder Público funcionaria como imaginação de centro. A regulação social que surgiria desta nova forma política seria muito mais ampla e férrea que a regulação protagonizada pelo Estado Constitucional Moderno no período anterior, mas como também seria mais fragmentada e heterogênea tanto por suas fontes como por sua lógica, se confundiria facilmente com a desregulamentação social.

Como escreve Boaventura de Souza Santos, grande parte da nova regulação social seria produzida através da sub-contratação política, diferentes grupos e agentes que competem e que representam distintas concepções dos bens públicos e do interesse geral.⁵⁸

Atualmente muitos autores já não se conformam com a mera exposição de temas voltados à superação democrática do Estado Constitucional Moderno. Começam a efetivamente propor novas teses, como é a defendida por Pierre Lévy, em favor de um Poder Público apoiado na *ciberdemocracia*, com alcance local, regional e mundial, transparente e a serviço da consciência coletiva e, em consequência, a favor da separação da cultura da esfera pública.

Uma nova forma de Poder Público estaria emergindo progressivamente, articulado com as novas condições de governabilidade (globalização, liberalização, informatização). Articulado também em nível global garantiria a diversidade cultural e transmitiria essa dinâmica coletiva da Sociedade às demais esferas.⁵⁹

Desde logo é preciso dizer que uma utopia do Século XXI não poderá ser senão a descrição de uma Sociedade aberta e livre, mais aberta e livre que a Sociedade Moderna.

Como já assinalado, é muito provável a intensificação das discussões em torno de um Contrato Social Global para a satisfação das necessidades básicas, dirigido a suprimir as ilegítimas desigualdades sócio-econômicas entre classes, gêneros, etnias, regiões e nações.⁶⁰

António Del Cabo e Gerardo Pisarello sugerem que deveria ser proposto um novo Contrato Social fundado na

⁽⁵⁴⁾ LUHMANN, Niklas. Teoria política en el estado de bienestar, p.44.

⁽⁵⁵⁾ HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia: síntese de um milênio, p.500-501.

⁽⁵⁶⁾ HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia: síntese de um milênio, p.501.

⁽⁵⁷⁾ CRUZ, Paulo Márcio. Política, poder, ideologia e estado contemporâneo, p.189.

⁽⁵⁸⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.79.

⁽⁵⁹⁾ LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia: ensayo sobre filosofía política, p.11.

⁽⁶⁰⁾ DEL CABO, Antonio. Constitucionalismo, mundialización e crise del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y Europa, p.38.

constatação de que a socialização da economia, produzida com o desenvolvimento da modernidade e sob os auspícios do Estado Constitucional Moderno, só foi conseguido às custas da “dessocialização” da natureza, o que conduziu os atores sociais mais relevantes – incluídas as organizações sindicais – a não perceberem, em alguns casos, os graves delitos ecológicos levados a efeito na esfera do trabalho e da produção. Mas, sobretudo, na evidência de que os sistemas sócio-econômicos humanos cresceram irracionalmente em relação à biosfera que os mantém, desencadeando a crise ecológica global e pondo em risco todos os habitantes do planeta.⁶¹

Os dois autores defendem que o contrato anterior deveria ser substituído pela efetiva adoção de um Contrato Social Global democrático, voltado para um novo regime político internacional.

Este processo deveria, evidentemente, culminar numa impostergável democratização da Organização das Nações Unidas, junto com uma reforma profunda de todos os objetivos da instituição e de seu Conselho de Segurança. Seria fundamental também a criação de um verdadeiro Parlamento Mundial, de uma Corte de Justiça independente e vinculante, assim como a mudança do Tribunal Penal Internacional para uma corte capaz de prevenir os genocídios e os crimes contra a humanidade, num sentido que permita superar os duplos critérios (internacional e nacional) e as limitações impostas pelas grandes potências, como atualmente existe.⁶²

Por sorte ou por azar, está-se testemunhando uma série de mudanças no rumo da história, de notável envergadura. Assiste-se, por um lado, como consequência da revolução tecnológica e da mundialização da economia, a um processo de cosmopolitização inevitável da vida política, cultural e social. Querendo-se ou não, na época das comunicações via satélite, todos são forçados a se converterem em cidadãos do mundo. Os mesmos livros podem ser lidos em quase todos os lugares, se assiste aos mesmos espetáculos, se participa e se sofre por idênticos acontecimentos. As ações financeiras e econômicas de Tóquio repercutem imediatamente nas bolsas da América Latina e Europa. Os conflitos bélicos se projetam em Nova Iorque com a mesma intensidade que em Paris, Berlin ou Londres.

Está-se contemplando, como lógica e compreensível reação a esse processo, movimentos de descentralização a

todos os níveis, que permitem a alguns teóricos mais afoitos falar de uma espécie de volta ao sistema feudal.

Por conta disso, proliferam nacionalismos beligerantes e aparecem extravagantes construções ideológicas de um municipalismo e de um localismo que, se no mundo feudal tiveram alguma justificativa, agora não passa de anacrônicos fenômenos de um tempo definitivamente convulsionado.

Pode-se dizer que todos estão condenados a desenvolver uma existência esquizofrênica em duas utopias antagônicas (a utopia da cosmopolitização e a utopia do localismo), que terminam gerando duas realidades contraditórias e excludentes: a realidade do uniformismo e da homogeneidade, própria do universalismo, e a realidade da diferenciação e da diversidade, própria do localismo o do neo-feudalismo.

Paralelamente presencia-se, na condição de expectadores privilegiados, o singular cataclismo das grandes concepções de mundo, que até poucos anos serviram para organizar política e ideologicamente a convivência de milhões de homens. A crise irremediável e definitiva dos países do chamado socialismo real veio acompanhada da crise do Terceiro Mundo. O que significa que, se a utopia socialista fracassou, a velha utopia liberal, mesmo com o empenho contemporâneo de Friedman, Hayek, Kristal ou Fukuyama, também não prosperou.

Nestas circunstâncias, que se acaba de expor, vale falar de uma situação generalizada de crise. Nesses momentos, o mais importante é tomar conhecimento do que realmente está acontecendo e propor uma orientação intelectualmente conseqüente.

Não se deve incorrer na exposição banal de oferecer diagnósticos definitivos e soluções de urgência para um problema tão complexo. No vasto campo das discussões sobre este tema, é comum notar-se o fenômeno da simplificação arbitrária do que é complexo. Isto não passa de falsificar e mascarar a realidade, oferecer remédios e soluções falaciosas aos males oriundos da moribunda modernidade. Como sugere Feliz Tezanos, por todas as partes surgem vozes com vocação de redentores que, por ignorar a magnitude e o alcance de muitas das questões e problemas que discutem, encontram infantil e facilmente receitas milagrosas e fórmulas salvadora.⁶³

Mesmo assim, não se deve incorrer no erro de complicar, de maneira improcedente, o problema, levando a análise para o outro extremo.

⁽⁶¹⁾ DEL CABO, Antonio. Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa, p.42.

⁽⁶²⁾ DEL CABO, Antonio. Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa, p.44.

⁽⁶³⁾ FELIZ TEZANOS, José et alii. La democracia post-liberal. Texto de Pedro Veja García, denominado La crisis de la democracia representativa, p.78.

O que se trata não é de simplificar o complexo ou complicar arbitrariamente o simples. O que se deve, neste momento, é esclarecer que os problemas apontados determinam inúmeras inadequações nos clássicos conceitos de representação e legitimidade democrática, sendo a pretensão desse artigo apenas a de esclarecer, com os riscos que os conhecimentos dos autores permitam, as causas, o sentido e o alcance da crise presente das idéias de Estado Constitucional Moderno e de Democracia Representativa.

Um bom exemplo de abordagem equilibrada é a que faz Norbert Bilbeny, que em sua obra **Política sin Estado**⁶⁴ ensaia um ordenamento internacional democrático criticando a “razão de Estado”. Segundo ele, num hipotético ordenamento mundial mudaria de escala, mas não de ordem estatal. Ou, em termos análogos, se continuaria recorrendo à “razão de Estado”. Para Bilbeny, onde há “razão de Estado” prevalece a autocracia sobre a Democracia e o perigo de guerras sobre a garantia da paz. Mesmo Kant imaginou uma *civitas gentium*, ou união de povos da terra numa perspectiva de uma “federação da paz” e não de um auto-contraditório “Estado de povos”. Por conseguinte, um ordenamento internacional de paz não é um Estado mundial, mas sim uma ordem política na qual, a exemplo do Estado Constitucional Moderno, se invocam normas e se recorre à coação, com a diferença de que não se justifica nenhuma ação com o falso argumento da “razão de Estado”, o maior fato consumado da política que se tem notícia.

Com tudo e com isto, não se está aqui defendendo a súbita abolição de qualquer tipo Estado, ou sua gradual extinção, como propuseram anarquistas e marxistas, respectivamente, mas sim sua lógica e previsível superação desde que se cumpra, basicamente, a condição de desenvolvimento democrático.⁶⁵ Só depois disso é que o Estado Constitucional Moderno poderia ser superado tanto por escala, quanto por ordem e forma específica. Do ponto de vista democrático, o Estado Constitucional Moderno é uma forma incompleta e transitória do ordenamento político em geral, que adotou, nos últimos dois séculos, outros modelos de organização, mas que foram espécies do mesmo gênero, como o de Bem Estar, Providência, Social, Liberal e Neo-Liberal.

Mesmo a despeito do que foi trazido à colação sobre um ordenamento internacional de paz e apesar do estatismo mostrar sérios sinais de exaustão, essa proposta se aloja no longínquo país abstração. Assim acontece com quase tudo que tem relação com a razão prática, que não obstante, seria o único mensageiro de paz possível, tanto na ética como na política.

Um ordenamento internacional de paz não forma parte, em princípio, do gênero de *utopias de predição*. Mas também não pertence às *utopias de intenção*. Ambos gêneros de utopia representam, de um modo ou de outro, um conteúdo positivo, propiciado, no primeiro caso, por um suposto saber teórico ou especulativo e no segundo por um decidido interesse prático ou moral. São utopias, assim, substantivas.

Um ordenamento internacional de paz não é uma utopia nos moldes das figuras míticas da “Nova Atlântida” ou da “Cidade do Sol”. Trata-se de um conceito extraído do conceito de Democracia, como já ressaltado, que é um conceito formal: a existência de uma condição política tal que permita a paz por acordos e por maioria. A utopia dela derivada – uma ordem mundial que ultrapasse o Estado Constitucional Moderno – é, igualmente, formal.

A utopia de um ordenamento internacional que indicaria o “não lugar” e o “ainda não” de uma política que detém os meios necessários para a discussão política. Estes meios seria a negação à guerra, e a negação ao argumento da “razão de Estado”, próprios de um ordenamento democrático desenvolvido. E esta idéia que a razão permitiu pensar, a mesma razão não impede que seja tomada ao mesmo tempo como um ideal e que sua realização chegue a constituir o objetivo de um interesse prático.⁶⁶

Um ordenamento internacional de paz representaria o último passo em direção ao desenvolvimento racional de ordenamento político democrático. As condições atuais, tanto políticas quanto econômicas, sociais e culturais, assim o impõem.

Vê-se assim que o nascimento de uma Sociedade política mundial resultaria de processo vital de crescimento em que o trabalho das instituições oficiais e privadas, interessadas em qualquer modalidade de aproximação e colaboração internacional, acharia seu lugar, mas o papel essencial seria desempenhado pela vontade das pessoas de cada nação de viverem juntas no mundo, ou seja, por uma vontade bastante poderosa para varrer os obstáculos criados pelo mito dos estados soberanos ou pelos prejuízos dos governos ou pelos obstáculos criados pelo próprio povo, originados pela infelicidade, pela lentidão da razão e pelo egoísmo natural.

Ao mesmo tempo pode-se compreender que a independência das nações não correria perigo, muito pelo contrário, seria melhor garantida pela criação de uma Sociedade política mundial. Os estados renunciariam à

⁽⁶⁴⁾ BILBENY, Norbert. *Política sin estado*, p.206.

⁽⁶⁵⁾ BILBENY, Norbert. *Política sin estado*, p.207.

⁽⁶⁶⁾ BILBENY, Norbert. *Política sin estado*, p.208.

corroída Soberania Moderna, o que na verdade nunca tiveram. Renunciariam à sua plena independência, ou seja, a algo que já perderam. Teriam que abandonar algo que ainda possuem, mas cujo uso se mostrou mais prejudicial do que proveitoso às nações, ao mundo e a eles mesmos, ou seja, a capacidade que cada um deles tem de gozar de uma independência que nenhuma autoridade superior controla.

Como já escrevera Jacques Maritain, sem dúvidas, em sua interdependência mútua, as nações poderiam chegar a um grau de independência real, ainda que imperfeita, mais elevado do que o que possuem atualmente, pelo fato de que sua vida política interior, liberada da ameaça da guerra e da interferência das nações rivais, poderia, na realidade, chegar a ser mais autônoma do que jamais foi.⁶⁷

Como isto poderia ser feito é tarefa para os pensadores atais. A situação de hoje é ainda mais dramática, pois a globalização, que não estava na pauta mais imediata de Maritain e seus contemporâneos, insere discussões que vão desde a economia até o meio ambiente, passando por temas de interesse regionais e locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta transformação colocará, pouco a pouco, num mesmo plano as regras surgidas dos processos políticos patrocinados pelo Estado Constitucional Moderno e as resultantes da ação articulada das empresas privadas. Pouco importa que uma norma seja imposta por uma empresa privada ou por um comitê de funcionários. Já não é expressão de uma soberania, senão, simplesmente, um redutor de incertezas, um meio de diminuir o custo das transações e aumentando sua transparência.

Até pouco tempo, os parlamentos que se pretendiam soberanos votavam uma tarifa aduaneira aplicável às mercadorias que atravessavam as fronteiras. Hoje, os “serviços” – esses produtos imateriais da era pós-moderna – obtêm o crescimento pelos intercâmbios. Precisamente por ser imaterial, o desenvolvimento de seus intercâmbios já não está vinculado à diminuição de uma tarifa aduaneira – nunca passam fisicamente uma fronteira – mas sim à harmonização das regras internas, para que um banco ou uma companhia de seguros possa instalar-se no país que escolha e desenvolver nele as conexões a partir das quais cria riqueza. Os debates dos parlamentos soberanos foram sucedidos por negociações entre funcionários, que

não respondem perante parlamento algum, porque nenhum parlamento pode modificar um detalhe sem destruir o conjunto. Está-se bem longe de uma República Mundial. O que se criaria não seria um corpo político mundial, mas sim um tecido sem costuras aparentes, uma aglomeração indefinida de elementos interdependentes.

Esta seria a lógica do mundo pós-moderno, mas ainda não é sua realidade. O espaço das redes não é, efetivamente, nem neutro nem homogêneo. É um campo de forças, de desequilíbrios, no qual a vontade de incrementar o número de suas conexões está compensada pelo temor de perder o controle das redes já constituídas. Esta tensão está no coração de nossas sociedades: o mundo se transforma numa gigantesca bolsa de informações, que nunca termina e, quanto mais informações, mais desequilíbrios há. Como um grande sistema meteorológico, o vento que vem preencher uma depressão aqui, produz outra lá.

Nossas instituições públicas, por estarem ainda inspiradas por uma lógica institucional moderna, não sabem administrar esta tensão entre a abertura que conquista e o âmbito interno que protege.⁶⁸ A definição das fronteiras, a constituição do Poder Público, se entende ainda como dados prévios, como as bases estáveis sobre as quais se pode, seguidamente, edificar-se uma Sociedade. A lógica pós-moderna iria inverter completamente esta perspectiva: a fronteira já não é um começo, mas sim a chegada, sempre precária e fluída por natureza, pois a fluidez torna-se condição indispensável da competição e do dinamismo da Sociedade global. Nenhum espaço do Direito estará definitivamente estabelecido.⁶⁹

Já seria possível ver isto agora, no funcionamento das empresas transnacionais, símbolos deste mundo novo. Nem fechada nos costumes de uma pátria, nem abstratamente apátrida, a empresa multinacional constrói seu êxito a partir da quantidade de relações estruturais e valorativas que pode estabelecer.

Desde o momento em que a fronteira torna-se um elemento secundário – trate-se de uma empresa ou de um Estado – muda a função de direção e, por consequência, a natureza do poder.

No campo ainda chamado de Estado Constitucional Moderno, este fato terá consequências decisivas. Já não se trata de concentrar cada vez mais poder em entidades estatais cada vez maiores, mas sim de organizar a compatibilidade, de preparar a convergência, estabelecendo processos de produção das regras, muito mais do que construindo soberanias.⁷⁰

⁽⁶⁷⁾ MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*, p.231.

⁽⁶⁸⁾ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*, p.78.

⁽⁶⁹⁾ BECK, Ulrich. *Que és la globalización*, p.113.

⁽⁷⁰⁾ GUÉHENNO, Jean-Marie. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego*, p.75 e seguintes.

Sem dúvidas, a idéia de soberania estatal normalmente estaria ligada a esta obscura e contraditória concepção do que é ter supremacia na ordem política. Além disso, se acrescentada a paulatina limitação do poder dos estados – cedem soberania para fora e para dentro e provocam a rarefação da idéia de Estado Constitucional Moderno – ficam reunidas razões suficientes para se rechaçar a tradicional identificação da Soberania com o Poder Público atual e, particularmente, com o Estado Constitucional Moderno. Este último se encontra agonizante pela globalização e é insuficiente para fazer frente aos grandes problemas, com a conseqüente perda de eficácia e legitimidade. Por outro lado, frente aos conflitos relacionados com a identidade cultural, o Estado Constitucional Moderno mostra-se grande demais para solucionar o problema. Assim, sua eficácia está duplamente reduzida.⁷¹

A aceitação ou não de uma soberania da comunidade política internacional constitui uma verdadeira prova de fogo para a consolidação de uma concepção pós-moderna de Democracia.⁷²

Assim, os líderes de amanhã podem muito bem ter de lidar com uma Sociedade muito mais descentralizada e participante. Uma Sociedade muito mais variada do que a de hoje. Eles podem não ser nunca todas as coisas para todo mundo. Com efeito, é impossível que um ser humano algum dia encarne todos os traços requeridos. A liderança pode muito bem se revelar mais temporária, colegial e consensual.⁷³ É como o “solidarismo” ou Democracia solidária, como pregado por Gabriel Real Ferrer aponta, de maneira consistente, para uma das alternativas de Democracia após o Estado Constitucional Moderno.

Necessita-se, portanto, um pensamento alternativo sobre as alternativas. Boaventura de Souza Santos propõe, em sua obra denominada *Towards a New Common Sense: law, science and politics in the Paradigmatic Transition*, editada em 1995, pela *Routledge*, uma epistemologia que, diferente da moderna, cuja trajetória parte de um ponto de ignorância, que denomina caos, para chegar a outro de saber, que denomina ordem de conhecimento como regulação. O ponto de chegada, como proposto por Real Ferrer, seria a *solidariedade*.⁷⁴

O Estado deveria converter-se em um terreno de experimentação institucional no qual coexistam e compitam,

por um determinado tempo, diferentes soluções institucionais como experiências piloto submetidas ao acompanhamento da sociedade como passo prévio à avaliação comparada das prestações de cada uma delas. As prestações de serviços públicos, principalmente no âmbito social, poderiam, assim, realizar-se sob distintas formas e a opção entre elas só poderia ser alcançada uma vez analisada pelos cidadãos a eficiência e a qualidade democrática de cada alternativa.⁷⁵

O Estado que sucederá o Estado Constitucional Moderno seria verdadeiramente democrático na medida que dê iguais oportunidades às diferentes propostas de institucionalização democrática. Só assim pode a luta democrática converter-se numa luta entre alternativas democrática. Só assim se pode lutar democraticamente contra o dogmatismo democrático.⁷⁶

Os destinos da Democracia e do Estado estão intimamente ligados, porque ambos implicam o que de essencial tem a humanidade: a aspiração por liberdade, por justiça e o poder criativo da consciência coletiva.

REFERÊNCIAS

ARDANZA, José Antônio et alii. **La crises del estado y europa**. Ponencia de Pablo LUCAS VERDU. Crisis del estado social de derecho e imaginación constitucional. Oñati: HAAE/IVAP, 1988.

BARRETO, Vicente de Paulo. **A leitura ética da constituição**. Artigo. Rio de Janeiro: UERJ, http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_3.html lido em 06/12/2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

BECK, Ulrich. **Que és la globalización**. Barcelona: Paidós, 2004.

BEETHAN, David & BOYLE, Kevin. **Cuestiones sobre la democracia**. Madrid: Catarta, 1996.

BILBENY, Norbert. **Política sin estado**. Barcelona: Ariel, 1998.

CARRIERI, Mimno. **No hay democracia sin democracia económica**. Madrid: Ediciones HOAC, 1998.

⁽⁷¹⁾ CHOMSKY, Noam. El nuevo orden mundial (y el viejo), p.229 e seguintes.

⁽⁷²⁾ BILBENY, Norbert. Política sin estado, p.84-85.

⁽⁷³⁾ TOFLER, Alvin. A terceira onda, p. 397.

⁽⁷⁴⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.29.

⁽⁷⁵⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.44.

⁽⁷⁶⁾ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar la democracia, reinventar el estado, p.44.

- CHOMSKY, Noam. **El nuevo orden mundial (y el viejo)**. Trad. Carme Castells. Barcelona: Crítica, 1996.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- DAHRENDORF, Ralf, FURET, Françoise & GEREMEK, Bronislaw. **La democracia en europa**. Org. de Lucio Caracciolo, Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberanía: alguns efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.
- FELIZ TEZANOS, José et alii. **La democracia post-liberal**. Madrid: Editorial Sistema 1996.
- FELIZ TEZANOS, José et alii. **La democracia post-liberal**. Texto de Pedro Vega García, denominado **La crisis de la democracia representativa**. Madrid: Editorial Sistema 1996.
- GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995.
- HESPAÑA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HUNTIGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?** Texto crítico de Pedro Martínez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002.
- JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetaria**. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000.
- KNOERR, Fernando Gustavo, in **Representação Política e Globalização, na obra denominada Repensando a Teoria do Estado, organizada por Ricardo Marcelo Fonseca**, Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia: ensayo sobre filosofía política**. Barcelona: Editorial UOC, 2002.
- LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza, 1993.
- MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. **Ecologia y democracia**. Barcelona: Icaria, 2000.
- MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Trad. Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.
- MAYOR ZARAGOZA, Federico & BINDÉ, Gerome. **Un mundo nuevo**. Barcelona: Centro UNESCO de Cataluña, 2000.
- MÜLLER, Bruno. **Notas sobre o fórum social mundial e a crítica ao estado**. Porto Alegre: Anais do Fórum Social Mundial, <http://biano.com.br/democracias/notas.asp?id=3>. 2005.
- NUTI, Domenico Mario. **Democrazia economica: mercato, política económica e partecipazione**. Roma: Ceste, 1991.
- OLLER I SALA, M. DOLORS. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002.
- PEÑA, Francisco Garrido. **La ecología política como política del tiempo**. Granada: Comares, 1996.
- PETRAS, James. **Neoliberalismo: américa Latina, estados unidos e europa**. Blumenau: Editora da FURB, 1999.
- REAL FERRER, Gabriel. **La solidaridad en el derecho administrativo**. Artigo. Alicante: Revista de Administración Pública, Editora Universidad de Alicante. 2004.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado providência**. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- ROSSATO, Geovânio & VILLALOBOS, Jorge Guerra. **Em direção ao Estado. Uma leitura do olho que controla o território**. Maringá: UEM, <http://www.uem.br/dge/geonotas/vol8-1/rossato.shtml>, lido em 07/12/2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.
- SARTORI, Giovanni. **A democracia depois do comunismo**. Madrid: Alianza, 1993.
- TILLY, Charles. **Coerção, capital e estados europeus**. São Paulo: EDUSP, 1996.
- TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. 8 ed. Record: Rio de Janeiro, 1992.
- VILLASANTE, Tomás R. **Las democracia participativas**. Madrid: Ediciones HOAC.

O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA NA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS

Pedro Pulzatto PERUZZO*
Samuel MENDONÇA**

RESUMO

O objeto da presente pesquisa pretende chamar a atenção para o problema relativo à natureza ocidental da Declaração Universal dos Direitos Humanos. As Nações Unidas deveriam garantir a soberania de todas as culturas, e não anular sua força de autodeterminação e o direito supremo de toda cultura: *ser o que cada cultura quiser ser*. O mundo todo reconhece a necessidade de uma Declaração Universal, com sonhos universais, objetivos universais etc., mas deve saber, por outro lado, que cada cultura tem uma ideologia particular, um ponto de vista particular, e se as Nações Unidas quiserem que todas as culturas vejam a vida a partir de uma perspectiva ocidental, essa Organização não poderá se esquecer que a ideologia ocidental, antes, deverá ser assimilada pelas outras culturas. Mas hoje, as Nações Unidas impõem seus valores insensivelmente.

Palavras-chave: hermenêutica – direitos humanos

ABSTRACT

The subject of this research intend to catch attention for the problem relating occidental nature of the Universal Declaration of Human Rights. The United Nations must guarantee all culture's sovereignty, and not avoid the power of self determination and the supreme right of cultures: *be what each culture want to be*. All the World recognize the necessity of an Universal Declaration, with universal dreams, universal objectives etc., but must knows, on the other hand, each culture has a particular ideology, a particular point of view, and if the United Nations want all culture seeing the life by the occidental perspective, this organization would not forget that occidental ideology must be assimilated by other cultures before. But today, they impose theirs values callously.

Key-words: human rights - hermeneutic

INTRODUÇÃO

Quando apresentei o projeto da presente pesquisa ao meu orientador, o conceito de hermenêutica era muito

claro para mim: “processo de aplicação do direito.” Esse conceito estava em minha mente, imbuído de uma clareza tal que todo o meu projeto de pesquisa havia sido elaborado com referência nessa idéia. Qual não foi meu desespero quando, após a aprovação do projeto e início das reuniões

^(*) Estudante de Iniciação Científica 2005/2006 do grupo Filosofia, Cultura e Sociedade. Graduando em Direito pela PUC-Campinas.

^(**) Pesquisador do Grupo Filosofia, Cultura e Sociedade. Docente da Faculdade de Direito da PUC-Campinas e Doutorando em Educação pela UNICAMP.

com o grupo Direitos Humanos e Modernidade, o professor Samuel me questionou a respeito da idéia de hermenêutica como processo de aplicação do Direito. Como se não bastasse, dizia ele: “Eu não consigo pensar em *hermenêutica* nos termos da sua proposta. *Hermenêutica* é objeto da Filosofia!” Pronto! Minha Iniciação Científica caminhava para o precipício, e junto com ela toda a minha empolgação de pesquisador iniciante. No entanto, além dos questionamentos, o orientador me comunicou que um projeto é um projeto, e não a conclusão de pesquisa, logo, muito havia por ser feito. Então, “mãos aos livros”, foi o conselho final.

O processo hermenêutico não é, e está bem longe de ser uma solução ou proposta de solução para a eficácia do Direito. Não se deve pensar, jamais, em interpretação de “normas jurídicas”, senão de “textos legais”, os quais, ao virem à fala pela interpretação, darão origem àquela modalidade de norma. O próximo passo dentro do processo de efetivação do Direito é proposto contemporaneamente por Eros Roberto Grau como a transformação da “norma jurídica” em “norma de decisão”, consubstanciada na sentença judicial. No entanto, vejo dois problemas graves nessa concepção: **1-** a norma jurídica não ganha eficácia somente com a sentença, senão também com as cláusulas definidas em um contrato, bem como pelo terceiro setor que, na sua posição pós-moderna de lateralidade supre a função hierárquica do Estado que se tem mostrado falho e moroso; **2 -** no âmbito multicultural, a transformação do “texto legal” em “norma jurídica” pode, em decorrência da própria natureza da hermenêutica, originar diversas “normas” oriundas de um mesmo texto legal, como, por exemplo, ocorre com os direitos humanos, acabando por prevalecer sempre a norma oriunda da *prudencia* de um órgão detentor de uma parcela de poder político, *prudencia* essa que deixa sempre a desejar, vez que, amiúde, olvida a realidade plural e complexa na qual se busca efetividade.

Nota-se que o que será efetivamente direito transformado em realidade pode ser discutido do ponto de vista da validade de sua positivação – enquanto oriundos, ou não, de órgãos imbuídos do poder para tanto –; da eficácia da transposição da “norma jurídica” interpretada para o mundo da realidade; e a partir da multiplicidade de “normas jurídicas” que podem ser originadas a partir de diferentes resultados hermenêuticos – de um único texto legal, independentemente a questão de sua positivação ou de sua eficácia. É sobre esse último problema, de possibilidade de diferentes resultados hermenêuticos, que residirá a presente pesquisa, tendo a finalidade de contestar o discurso moderno que diz que a interpretação de um texto, independentemente do sujeito hermenêutico, e em decorrência da razão – que até hoje não despiu-se de sua farda de imperador –, sempre

resultará na mesma “norma jurídica” para diferentes realidades sociais.

Deparei-me com a questão da hermenêutica durante minhas primeiras leituras sobre a interpretação dos princípios em Direito Constitucional. Em vista da relevância das matérias objeto dos princípios constitucionais, esse estudo muito me chamou a atenção; no entanto, os livros de doutrina não me ofereciam subsídios suficientes para entender a multiplicidade de entendimentos a respeito de um mesmo princípio, entendimentos que, além de sua variedade, guardavam entre si uma distância ideológica muito intensa.

Nesse estudo dos princípios constitucionais me deparei com a idéia segundo a qual a interpretação dos princípios constitucionais deveria ser de natureza restritiva, como forma de impedir que um interferisse na esfera do outro. Não obstante achar interessante tal idéia, não me furtei às críticas, logo pensando em algumas hipóteses de princípios que nunca coexistiram e, conseqüentemente, nunca respeitaram essa proposta de não interferência. Como exemplo, pode-se citar a existência do princípio da liberdade de imprensa, e daquele que garante ao cidadão o direito à privacidade e ao controle estatal sobre tal liberdade. Nesse caso, mesmo com uma interpretação restritiva, a extensão atribuída ao princípio da liberdade de imprensa, suprime de forma revoltante o direito à privacidade e ao controle dessa liberdade. Da mesma forma, a concepção desvirtuada do princípio do fim social da propriedade tem tomado o âmbito de eficácia do princípio que garante moradia e trabalho dignos a todo cidadão, bem como do próprio artigo 184 da Constituição Federal que trata da reforma agrária. Assim, mesmo vendo em concreto a aplicação das várias espécies de interpretação oriundas da esdrúxula subdivisão realizada pelos cientistas do Direito – teleológica, histórica, sistemática etc. –, as mesmas não foram bastantes para satisfazer minha pretensão de entender esse processo que me era apresentado sob um aspecto, mas que me parecia ser outra coisa totalmente distinta.

As leituras continuaram se desenvolvendo com avidez e um pouco mais de especialidade doutrinária. No entanto, outra questão me perturbava. As leituras que até então eu havia realizado a respeito do tema não havia, ainda, me permitido encarar a hermenêutica como um processo uno, sujeito, porém, a várias determinantes; no entanto, algo estava claro, ou seja, que a cisão realizada pela doutrina jurídica não me permitiria estudar o processo hermenêutico com a clareza necessária. Apesar disso, talvez por ainda não ter as noções necessárias a respeito do assunto e como uma tentativa de me afastar da falta de critério da subdivisão do processo hermenêutico, tentei encontrar na eficácia uma justificativa para a diferença entre os diversos produtos do

processo hermenêutico, vinculando, assim, minha idéia de interpretação com o processo de aplicação do Direito. Nesse sentido, a uma norma **X** deveria ser atribuído um sentido **X**, para se alcançar a plena eficácia de sua aplicação na sociedade. No entanto, não é isso que acontece! Tanto para litígios nacionais, como para os internacionais, dificilmente um texto legal **X** será atualizado em norma **X1**, ou **X2** tendo em mente sua eficácia social, senão pura e simplesmente a convicção ideológica do intérprete autêntico.

No que toca aos direitos humanos, a ONU, no momento em que decide intervir em determinado grupo social, afigura-se como verdadeiro intérprete autêntico, ou seja, como verdadeiro juiz, funcionando os embargos econômicos, a exposição midiática e a exclusão estrutural, as sanções que, no âmbito nacional, seriam aplicadas aos particulares que infringissem normas legais. Como se nota, o cenário internacional assemelha-se muito com um Estado-nacional; no entanto, lamentavelmente, os seus manipuladores se esquecem que em um Estado-nação o povo é aprioristicamente sujeito às regras do ordenamento jurídico nacional, enquanto no cenário internacional, os sujeitos são aprioristicamente culturas organizadas em Estados soberanos, que, ademais, na maioria, são excluídos dos debates de cunho puramente ocidental da Organização das Nações Unidas, cujos representantes com poder de veto nunca foram democraticamente escolhidos.

1. EFICÁCIA E HERMENÊUTICA NOS DIREITOS HUMANOS

Várias opiniões são levantadas quando se põe em debate a questão concernente aos Direitos Humanos. Alguns confundem esta questão, porém, com a pertinente aos Direitos Fundamentais, que constitui direitos reconhecidos pela Constituição;¹ outros atrapalham-se com o problema da hermenêutica frente a um conflito internacional ou um impasse interno de violação de Direitos Humanos; outros, ainda, confundem-se ao se depararem com a falta de condições econômicas e de vontade política para a eficaz realização dos Direitos Humanos.

Ao se dispor ao estudo dos Direitos Humanos, o cientista deverá resolver alguns problemas básicos, que

emergirão de suas reflexões, para então começar a pensar propostas. Como se pode notar, a determinação do objeto (direitos fundamentais ou humanos), bem como a conceituação precisa e crítica dos termos com os quais trabalhar-se-á, será o primeiro passo a ser dado, a fim de se evitar a disseminação de discussões de pouca relevância para a presente pesquisa;

Nas leituras relativas à questão ora em debate, é muito fácil, por exemplo, encontrarmos algumas propostas de interpretação, como a de natureza restritiva, tendo em vista a que postula a não interferência de um princípio na esfera do outro. No entanto, como foi dito, tais propostas são problemáticas, vez que se restringem a propor, e não a pensar em outras consequências, como, por exemplo, uma possível contradição entre princípios fundamentais que, por estarem dentro de uma Constituição, e pressupondo que foram inseridos dentro do sistema jurídico ao mesmo tempo, não é solucionável pelos métodos de validação hierárquico – segundo o qual a norma de categoria inferior só é válida se concordante com os preceitos de normas de categorias superiores –, cronológico – segundo o qual a norma cronologicamente posterior, revoga a cronologicamente anterior – ou da especialidade – segundo o qual norma especial revoga norma geral.

Para esse entrave é oferecido pela doutrina o *método da ponderação dos princípios*², o qual, por sua vez, também se mostra insuficiente, vez que toda ponderação pressupõe um juízo de valor. Sobre este problema, anota Marcelo Medina:

De outra parte, é possível objetar à proposta ora formulada que a ponderação pouco contribuirá para restringir a discricionariedade com a qual o intérprete costuma resolver as hipóteses de antinomia consideradas insolúveis à luz dos critérios tradicionais. Com efeito, haverá sempre uma margem mais ou menos ampla para a determinação da norma à qual, em cada caso concreto, deverá ser atribuída a maior importância. Daí, contudo, não se segue acabem agindo com o mesmo grau de liberdade tanto o magistrado partidário da tese de que certas antinomias podem ser resolvidas discricionariamente, quanto aquele que prefira a proposta da ponderação.³

⁽¹⁾ Esta distinção é feita por Edgar Carpio Marcos, em referência à Robert Alexy, em seu artigo publicado na REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, nº 56, nos seguintes termos: "Por certo, basado en la distinción convencional entre derechos fundamentales, como derechos reconocidos em la Constitución, y derechos humanos, como atributos subjetivos reconocidos em los tratados (...)", p. 468.

⁽²⁾ MEDINA, Marcelo. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Renovar FGV, outubro/dezembro de 2005: "(...) em caso de colisão entre dois princípios, a solução estaria em dar preferência ao que tivesse maior peso relativo. Nos casos difíceis, portanto, o intérprete deveria ir ponderando os princípios, a fim de decidir conforme aquele ao qual fosse atribuído o maior peso, sem que por isso o princípio preterido pudesse ser tido como aliado do ordenamento jurídico." p. 46.

⁽³⁾ Ibid., p. 55.

Como se nota, a escolha do princípio a ser aplicado ao caso concreto é inevitavelmente determinada pelos valores daquele que escolherá o referido princípio. Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, a escolha de um preceito dessa natureza, para que se evite arbitrariedades e interferências negativas nas culturas sujeitas a essa escolha, Boaventura de Souza Santos, como forma de pronunciabilidade das aspirações de outras culturas, propõe que das diversas versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro.⁴

Apesar da relevância da discussão sobre a aplicação e as contradições entre os preceitos pretensiosamente tidos como direitos universais do ser humano, parece-nos que, antes, o debate sobre a hermenêutica e a eficácia é premissa indispensável para se pautar a análise desses direitos.

O presente capítulo analisará vários conceitos de eficácia e hermenêutica oferecidos pela doutrina jurídica, e apresentará os dois pontos principais de discussão e distinção dos Direitos Humanos: 1- os valores em jogo nos conflitos internacionais, ou seja, as relações de política internacional; 2- os valores em jogo nos conflitos internos, ou seja, a questão da autodeterminação, atentando ao problema relativo à intervenção da ONU a fim de solucionar – ou manipular – conflitos internos de culturas não ocidentais.

1.1. HERMENÊUTICA

No plano jurídico, a hermenêutica é amplamente discutida em termos de processo mais técnico do que intelectual, para a realização, a concretização do texto legal dentro dos moldes do sistema jurídico vigente, sendo proposta, no entanto, de forma compartimentada, olvidando a real função do processo interpretativo, que é a determinação das várias possibilidades de entendimento que podem surgir de uma mesma norma, e sua conseqüente atualização, sempre, porém, dentro uma *moldura*, que no âmbito dos direitos humanos deve ser o **sujeito** situado em uma cultura.

A cisão do processo hermenêutico permanece nos círculos acadêmicos em uma atitude apedeuta de todos aqueles que se conformam com essa forma absurda que a

doutrina jurídica trata a realidade. Lenio Streck, em comentário lapidar tecido em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, diz que:

A hermenêutica praticada nas salas de aula continua absolutamente refratária ao giro lingüístico (*linguistic turn*); em regra, continua-se a estudar os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, teleológico etc.), como se o processo de interpretação pudesse ser feito em partes ou em fatias.⁵

Assim, a presente pesquisa oferecerá outra proposta de hermenêutica, uma, indivisível, que leva em conta, ao mesmo tempo, a intenção do legislador, a posição da norma dentro do sistema jurídico, a situação histórica da norma e do fato, bem como a situação cultural do sujeito intérprete. Tendo em vista que uma posição doutrinária no sentido em que estamos nos propondo a estudar a hermenêutica dificilmente será encontrada de forma a atender absolutamente nossas perspectivas, compilaremos algumas idéias de autores clássicos que, não fosse o extremo formalismo ao qual estavam atados, teriam exaurido satisfatoriamente o tema ora em questão e as expectativas de eficácia e justiça nas decisões jurídicas que sempre tiveram o Homem como sujeito.

Iniciando com Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* o autor escreve:

O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem⁶

E ainda: “(...) o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.”⁷ Assim, pelo conceito tecido pelo artigo 226 da Constituição Federal – *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado* –, e pelo parágrafo 4º do mesmo artigo – *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes* –, poder-se-ia entender como

⁽⁴⁾ LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (organizadores). *Identidades: estudos de cultura e poder*. São Paulo: Hucitec, 2000, p. 36.

⁽⁵⁾ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 83.

⁽⁶⁾ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 467.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 465.

família tanto a união entre homens e mulheres, como entre homossexuais. Ademais, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, é assim que tem entendido alguns Tribunais mais preocupados com a eficácia dos fins do Direito. No entanto, para Kelsen, por ser o resultado da interpretação jurídica a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, tal extensão não seria permitida, vez que, para o jus-filósofo, a intenção do legislador é requisito primordial para a fixação da moldura da lei e suas várias possibilidades de realização. Por isso, das idéias de Kelsen nos interessa apenas o reconhecimento que, de uma mesma norma, várias possibilidades de realização podem ser encontradas.

De maneira mais detalhada, acrescentando elementos às nossas idéias, Eros Roberto Grau descreve o processo hermenêutico estabelecendo uma distinção entre o texto legal, a norma jurídica e a norma de decisão, propondo, assim, um maior rigor relativamente aos termos a serem usados, rigor esse que será levado em conta na presente pesquisa.

A norma é a interpretação do texto normativo. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer, o significado da norma é produzido pelo intérprete.

(...) é importante também observarmos que todos os operadores do direito interpretam, mas apenas uma categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para delas extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico: o juiz.¹⁰

Nota-se que o resultado da tarefa interpretativa do qual fala Eros Grau diz respeito ao mesmo processo de estabelecimento das possíveis significações de uma norma jurídica, do qual fala Kelsen, sendo que este desconhece as evoluções histórico-sociais e emoldura os resultados da interpretação unicamente de acordo com a intenção do legislador que, diga-se de passagem, morre com a história. A hermenêutica, contudo, não se restringe a trazer ao mundo fático as possibilidades de significados normativos. Esse processo deve ser consumado com a escolha, pelo intérprete autêntico, de algum desses significados, dando origem a uma norma de decisão de maneira política. É neste ponto que residirá nossas observações concernentes à hermenêutica

e aos Direitos Humanos. A respeito dessa atitude autêntica de interpretação, Kelsen manifesta-se no seguinte sentido:

(...) de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.

(...) A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a se aplicar, a “correta”, não é sequer (...) – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da Teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.⁹

Eros Grau, por sua vez, coloca interessante idéia no seguinte sentido:

A interpretação do Direito é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles. (...) o intérprete autêntico, ao “produzir” normas jurídicas, pratica a *juris prudentia*, e não a *juris scientia*.

O intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não segundo a lógica da consequência (Comparato): a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas.

(...) são distintos um e outro – *campo*: na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de resposta, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão (Adomeit)¹⁰.

Note que a idéia da decisão como uma *prudencia* de natureza política é indiscutível para os dois juristas citados. Essa questão política, por mais que se queira dela manter distância quando se fala em Direito, além de inevitável, é necessária dentro de um Estado-nação nascido de uma Constituição – ou regras morais com a mesma função –, à qual todos os indivíduos sujeitos àquela decisão, estarão também submetidos. A Constituição é o objetivo de um grupo sistematizado em leis – ou costumes –, objetivo esse que deve ser seguido por todos aqueles responsáveis por fazê-la cumprir, como os juízes e outros operadores da Carta Maior. No entanto, como toda lei, a Constituição é apenas a moldura de vários entendimentos político-normativos que lhe darão os intérpretes, podendo ocorrer o direcionamento político das interpretações no sentido das aspirações que têm a sociedade em determinado momento

⁽⁹⁾ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, p. 23.

⁽⁹⁾ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 468.

⁽¹⁰⁾ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, p. 35.

ou em determinada circunstância, bem como vários direcionamentos políticos, na medida em que não há concordância em relação ao melhor destino da sociedade. Devendo ser a vida em sociedade solidária, pressupondo ser as decisões políticas sempre atentas ao progresso do grupo social, do Estado-nação, e sendo a Constituição o contrato mais importante ao qual adere um indivíduo ao ingressar em uma sociedade ou, inconscientemente, ao nela nascer, a submissão às decisões políticas no âmbito nacional é perfeitamente justa e, como já foi dito, necessária. No entanto, a mesma justiça não toca a submissão de culturas diferentes da ocidental imposta pela ONU às decisões políticas por ela tomadas.

Tendo em vista, por ora, apenas a situação do leitor no conceito de hermenêutica e eficácia, e não ainda a elaboração de críticas como a relativa à intervenção da ONU em culturas que não a requisitaram, passaremos à análise da eficácia do direito.

1.2. EFICÁCIA

O termo eficácia, na maioria dos autores, é tratado como sinônimo de efetividade. Para não nos demorarmos em debates terminológicos, que se nos afiguram de pouca relevância para o caso em questão, consideraremos eficácia e efetividade como termos sinônimos, procedendo apenas a um conceito único da idéia que temos em mente.

Juntamente com a problemática da eficácia, surge a questão da *validade* que, não obstante estar ligada àquela, são absolutamente independentes, como se nota pela exposição de Kelsen: “(...) uma norma jurídica ineficaz ou uma norma relativamente ineficaz, (...) podem ser consideradas como válidas, e uma norma absolutamente eficaz, que nem sequer pode ser violada, não é tida por válida porque nem sequer é considerada norma.”¹¹

Bobbio, a respeito da validade diz: “Validez jurídica de uma norma equivale a existência dessa norma como norma jurídica”.¹²

A validade da norma jurídica corresponde à sua adequação ao preceito de norma hierarquicamente superior e ao sistema jurídico vigente tendo, portanto, natureza científica indiscutível. A eficácia, por sua vez, é também, por alguns juristas, analisada em termos científicos, como veremos, agora, antes de analisarmos em termos

sociológicos. Para estudarmos uma concepção jurídica do que seja eficácia do direito, adotaremos como referencial a idéia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior exposta em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”.

A idéia que nos permitirá entender o que, para Tércio Sampaio, constitui eficácia – por ele tratada como “efetividade” –, está na seguinte citação:

(...) normas efetivas são as normas obedecidas. Mas esta simplificação oculta um dado importante, qual seja, que a obediência é apenas uma consequência da efetividade. Mesmo por que, uma norma pode ser obedecida, tendo em vista outras motivações que não a própria prescrição normativa, havendo obediência de uma norma eficaz.¹³

Nota-se que a eficácia é entendida como *aptidão* para ser, a norma, cumprida, sendo tal aptidão colocada pelo autor como a norma cujo “aspecto relato” – prescrição, mensagem – está em relação com o “aspecto cometimento” – ordem, imposição. Norma eficaz, portanto, é aquela da qual se alcança, naturalmente, a ordem por ela pretendida. Assim, a validade respeita à “relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto relato de outra que a imuniza”¹⁴, enquanto a eficácia respeita à relação entre esses dois aspectos dentro de uma mesma norma. A relação entre prescrição e ordem é uma relação de decorrência – a ordem decorre da *prescrição* –, não se confundindo com condições para cumprimento da ordem, nem com o cumprimento propriamente. Esta idéia fica clara com a distinção feita por Tércio Sampaio entre o *sentido semântico*, *sintático* e o *sentido pragmático* da efetividade.

O sentido sintático prescinde do nível cometimento e vê a efetividade como mera relação entre o relato de uma norma e as condições que ela mesma estabelece (que podem estar em outra norma) para a produção dos efeitos. (...) O sentido semântico liga diretamente efetividade e obediência dos fatos, não prevendo, por conseguinte, os casos de desobediência de normas eficazes.¹⁵

O sentido pragmático, e por pragmática entenda-se a relação entre os signos e seus intérpretes – conceito oferecido pelo próprio autor –, concerne à relação já aludida entre o relato e o cometimento. O autor, no entanto, considera o conceito pragmático como abrangente do sentido sintático e semântico, falando que se uma norma sintaticamente eficaz (ou seja, uma norma que oferece em

⁽¹¹⁾ Kelsen, Hans. Op. Cit., p. 29.

⁽¹²⁾ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, p. 34.

⁽¹³⁾ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica, p. 114.

⁽¹⁴⁾ Ibid., p. 114.

⁽¹⁵⁾ Ibid., p. 119.

seu bojo as condições necessárias para sua concretização) e semanticamente ineficaz (não obedecida), estar-se-á frente a uma inefetividade pragmática no sentido de *desuso*; se, por outro lado, uma norma for sintática e semanticamente ineficaz, então estar-se-á frente à uma inefetividade pragmática no sentido de *costume negativo*, ou seja, “omissões que se dão, por que os fatos que seriam condição para a aplicação da norma não ocorrem.”¹⁶

Para Tércio Sampaio, assim, uma norma eficaz é aquela de cujo preceito decorre naturalmente a ordem, e que tem especificados, satisfatoriamente, os sujeitos e as condições aos quais ela faz referência. O cumprimento ou não da norma é irrelevante; o que vale para uma norma, nesses termos, ser considerada “plenamente eficaz” é a decorrência imediata, dela mesma, das possibilidades de produzir efeitos.

Nota-se que esta concepção de eficácia está intimamente relacionada com a noção de hermenêutica estabelecida acima. Se uma norma eficaz é aquela que possibilita a produção de efeitos, e esta produção é possibilitada na medida em que de seu preceito (texto legal, para Eros Grau) consegue-se a extração da ordem (norma jurídica), o processo hermenêutico – entendido com o estabelecimento das possibilidades de um texto legal – só é realizável se a norma for eficaz nos termos propostos por Tércio Sampaio em sua obra citada.

Os conceitos oferecidos são muito precisos e importantes para o nosso debate, no entanto, nossos problemas se concentram na segunda fase hermenêutica (a interpretação autêntica em Kelsen e a concretização da norma jurídica em norma de decisão em Eros Grau) e na obediência da norma (consequência da eficácia para Tércio Sampaio). A conceituação restritiva da eficácia proposta por Tércio é fundamental para se compreender o objetivo mínimo da norma, o que, no entanto, não se coaduna com o nosso objetivo, que é a concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais como fim, e não como consequência. Por isso, entendido o que, dentro da ciência jurídica, é uma norma eficaz, proporemos um conceito mais amplo, oferecido por Norberto Bobbio, e que, se bem observarmos, tem como pressuposto a relação pragmática entre preceito e ordem de Tércio Sampaio: “O problema da eficácia de uma norma é o problema de se a norma é, ou não, cumprida pelas pessoas às quais se dirige (...) e, no caso de ser violada, que a faça valer com meios coercitivos pela autoridade que a impôs”.¹⁷

Conforme o exposto, o conceito de eficácia proposto por Tércio Sampaio é bastante para se chegar até a “norma jurídica” resultante do processo hermenêutico na proposta de Eros Grau. No entanto, para se alcançar a eficácia pretendida por Bobbio, necessário se faz a prudência judicial de Grau, bem como para esta ser eficaz, deve atender ao “cumprimento”, requisito do conceito de Tércio

2. HERMENÊUTICA

Gladston Mamede, doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e professor da Fundação Mineira de Educação e Cultura, tratou do tema em sua obra *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*.

O autor inicia a obra afirmando que onde há ser humano, há Direito, referindo-se à tendência das sociedades humanas pelas regras e pela liderança, dizendo ser essas duas existentes também em sociedades animais, delas se diferenciando pelo simples fato de serem, nas humanas, revestidas de significação cultural. Ao tratar das disputas entre os animais, naturais às várias espécies sociais, afirma que nas sociedades humanas as disputas, são uma forma de luta pela vida e de afirmação de hierarquia no grupo, cuja definição é indispensável para a manutenção da sociedade. Para sustentar sua tese da disputa social instintiva, Mamede cita uma idéia de Trasímaco colocada por Platão em sua obra *A República*: “E, como devemos supor que o governo é quem tem o poder, a única conclusão razoável é que em toda a parte só existe um princípio de justiça: o interesse do mais forte”.¹⁸

Seguindo a idéia da hierarquia social, e comparando a sociedade humana com a animal, o autor diz ser o Direito uma mensagem, uma dimensão semiológico-lingüística, afirmando que, respeitadas as devidas proporções, o Direito guarda analogia com o rosnar de um lobo, os gritos de um macaco, enfim, mensagens que advertem ao grupo quais são os mais fortes e quais os interesses destes. Neste sentido, na sociedade humana será o mais forte aquele que melhor se equipar com os instrumentos da cultura.

Analisando o papel dos signos na sociedade, o autor inicia o estudo sobre as relações que o pensamento tem com a linguagem, colocando a idéia de que o pensamento é modelado pela linguagem, fazendo alusão à idéia de Saussure, no sentido de não haver pensamento puro, livre das

⁽¹⁶⁾ Id. Ibid.

⁽¹⁷⁾ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. “El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (...) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto,” p. 35.

⁽¹⁸⁾ MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*, p.13.

influências da linguagem. Diz o autor também que, além do pensamento, no Direito também a linguagem é necessariamente presente, tendo em vista o fato de o Direito não existir no mundo real, senão no mundo da linguagem. Assim, o sujeito social se submete à uma espécie de adestramento, pela qual sua linguagem, seus sistemas semiológicos são preenchidos pela cultura e cristalizados na “prática social”.

Questão importante relativa a esse sistema semiológico que é a língua – e o Direito enquanto linguagem – é que, para que se alcance uma comunicação efetiva, os indivíduos devem observar as regras do sistema semiológico no qual está inserido e no qual – e pelo qual – pretende comunicar-se. Essas regras socialmente aceitas são chamadas, pelo autor, de “*vala semiológica comum*”, ou “*corredores isotópicos*”. A cultura é dada como, além de código decifrador, um *elemento mortificante da individualidade*. Não obstante concordar que atualmente é fácil se encontrar subgrupos sociais com profundas diferenças culturais, diferenças essas oriundas da artificialização das modernas estruturas sociais de Estado, o autor mantém o foco nos poucos, porém determinantes, elementos comuns que inevitavelmente permeiam todos os subgrupos sociais, manifestando a idéia de que as chamadas sociedades livres não o são efetivamente, sendo senão sociedades que permitem a individualidade dentro de limites socialmente aceitáveis, dizendo que: “Se uma sociedade executou seu trabalho de plasmar devidamente o indivíduo, não tem este mais consciência da maior parte das restrições que ela impôs do que tem das restrições que seu trajar habitual impõe a seus movimentos.”¹⁹ Como já nos manifestamos, a *mortificação da individualidade* dentro de uma sociedade não apresenta-se tão problemática como a que se dá no âmbito intercultural, no qual a soberania está em jogo. Assim, se essa *vala semiológica comum* não existe entre as culturas, inviabilizando o discurso da igualdade encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a pretensão de se forçar essa *vala* é, para nós, absolutamente antidemocrática. Indagamos, como o fez Raimundo Panikar, em seu texto “É a Noção dos Direitos Humanos em Conceito Ocidental? Ser que uma democracia pode ser imposta e apesar disso permanecer democrática?”²⁰

O fenômeno cultural, tão importante para as análises tecidas na obra, é composto por dois elementos. O primeiro, denominado *ideologia*, consiste em uma estrutura de signos, a qual o autor chamará de “óculos sociais”. O segundo elemento é a *práxis*, ou *prática social*, que é a ação social permeada pela ideologia. O autor manifesta-se no sentido

de que somente com o conjunto de ideologia e prática social o ser humano se torna sujeito. A prática social é engendrada pela ideologia e alimenta a existência desta.

Relativamente ao processo semiológico, Mamede diz que a primeira impressão do objeto no cérebro é denominada *intuição*, ou seja, a *experiência* à qual fizemos alusão no início deste capítulo, e constitui um momento dado no inconsciente. Já a passagem da intuição para o consciente, passagem que dará origem ao signo – dotado de conceito –, é denominada *conhecimento*. É neste segundo processo que o objeto é determinado pelos estereótipos ideológicos e, assim determinado, passará a atuar na prática social do indivíduo. Disso tudo se defere que a linguagem não possui como referente o objeto posto na realidade externa, senão o objeto tal qual posto na consciência, ou seja, o objeto enquanto signo dotado de sentido cultural. Daí a importância dessa reflexão para o Direito, vez que a língua, enquanto signo, impede que o sujeito veja a realidade de forma outra que não a programada pelas estruturas semânticas culturais. O autor, afirmando no sentido da idéia de Barthes, que diz ser, a língua, fascista, cita Nietzsche em sua *Obras Incompletas*:

É a língua a expressão adequada de todas as realidades? O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. Mas concluir do estímulo nervoso uma causa fora de nós já é resultado de uma aplicação falsa e ilegítima do princípio da razão. (...) Dividimos as coisas por gêneros, designamos as coisas por gêneros, designamos a árvore como feminina, o vegetal como feminino: que transposições arbitrárias! A que distância voamos do cânone da certeza!²¹

Após a análise da formação dos signos, enquanto representação cultural da realidade, Mamede analisa as condicionantes dos signos, tratando dos contextos nos quais eles “significam” e das relações entre os próprios signos.

O estudo das Ciências Sociais passou por um período no qual seus pensadores buscavam uma relação de necessidade entre as causas e os fenômenos que estudavam. Essa relação de necessidade chegou a conceder à Sociologia a denominação de Física Social. Com o passar do tempo outros pensadores militaram pela abolição dessa “matematização” das Ciências Sociais, em vista da imprevisibilidade e variabilidade do seu objeto. No entanto, essa pretensão de se encontrar uma causa necessária e universal para os fenômenos sociais, se analisada de outra perspectiva, pode ser bastante útil para o debate a respeito

⁽¹⁹⁾ Ibid., p. 39.

⁽²⁰⁾ DIÓGENES, Brasília. Editora UNB, 1983, nº 5, p. 20.

⁽²¹⁾ MAMEDE, Gladston. Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura, p.39.

das aspirações universais que permeia a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não obstante ser hoje cediço o reconhecimento pela impossibilidade de se afirmar que toda civilização teve, e tem, o mesmo conceito de liberdade, de direito à vida, de educação cívica, moral e religiosa, absolutamente evidente é o fato de que, todas, ao menos, reconhecem a necessidade de *uma* moralidade, *uma* liberdade, *um* sistema de educação cívica, moral e religiosa, ou seja, apesar de não podermos afirmar que o conteúdo das aspirações são os mesmos, podemos afirmar que, ao menos no discurso, essas aspirações permeiam todos os grupos sociais humanos. Assim, o problema da Declaração Universal dos Direitos Humanos não está somente nos direitos indiscutivelmente ocidentais, como a propriedade, mas naqueles que, no plano discursivo, são universais; mas no conteúdo cultural são diferentes. É o caso da liberdade e do progresso.

Algumas instituições são encontráveis em todas as sociedades, como a educação. Não obstante poder ser, a educação, ágrafa, pautada em valores diferentes, inegável seu papel na manutenção da coesão social. Julgo impossível se pensar uma sociedade sem se pensar a educação como pressuposto da constituição e manutenção de suas bases axiológicas. Mesmo se a pensarmos como meio de “formatação” do indivíduo, como ocorre na educação religiosa e ditatorial (militar, socialista, capitalista midiática etc), ou se imaginarmos uma educação mais livre, sem imposições – senão de coerência de raciocínio -, não podemos nos esquecer da existência de fatores que também exercem brutal interferência na forma de pensar e agir do indivíduo, como a geografia, a moeda, a distribuição de renda, os hábitos alimentares e comportamentais, enfim, todas essas determinantes que existem em todo agrupamento social e que, de uma maneira ou de outra, *socializa* o indivíduo, interferindo até em seu subconsciente, funcionando como um *sistema de referência* para o comportamento e opiniões do sujeito social.

O motivo de estarmos tratando dessas instituições encontradas em todos os grupos sociais não é a pretensão de militarmos no sentido da *necessidade* das mesmas. Cientes da variedade e imprevisibilidade dessas instituições, pretendemos apenas demonstrarmos a influência que as mesmas exercem sobre os indivíduos, a fim de confirmarmos nossa tese a respeito da impossibilidade de se exigir a adoção de um atalho único para a paz e o progresso da humanidade, pelo simples fato de que, naturalmente, o homem é um ser culturalmente situado, logo com aspirações e um sistema

cognitivo e hermenêutico distinto dos outros homens – situados em culturas diversas .

Relativamente a esse *sistema de referência*, que desde o nascimento o meio faz penetrar nos indivíduos, diz Strauss que se constitui como um conjunto de juízos de valor, centros de interesse etc., estando aí compreendida a visão reflexiva que a educação nos impõe. “Deslocamo-nos literalmente com esse sistema de referências, e as realidades culturais de fora só são observáveis através das **deformações** que ele nos impõe, chegando mesmo a colocar-nos na impossibilidade de perceber o que quer que seja”²². A educação é tratada por Herskovitz também no sentido de um processo de socialização, como se pode notar pelas idéias que seguem:

A educação deve, em seu mais amplo sentido, considerar-se como aquela parte da experiência endoculturativa que, através do processo de aprendizagem, equipa um indivíduo para que ocupe seu lugar como membro adulto de sua sociedade.²³

A discussão da *deformação* ideológica que esse sistema de referência realiza no indivíduo é fundamental para o estudo da diferença entre as atualizações de preceitos universais oriundas de uma hermenêutica cultural, cujas particularidades clamam por um pouco de luz, e não de *iluminação* – nos termos da *Aufklärung*.

Relativamente ao contexto, este é visto como uma condicionante do signo, bem como um segundo nível, ao lado da memória, para a existência do mesmo. Note que uma mesa, anota o autor, pode estar em vários contextos – em uma sala de jantar, em uma loja separando o cliente do vendedor – com significados diferentes; no entanto, a linguagem não está sujeita a essa mesma contextualização; assim, a linguagem – o Direito - deve ser localizada na ideologia, determinada pelo contexto – suas instituições socializantes -, tal qual colocado nos parágrafos anteriores.

Com essas primeiras análises, o autor explica o sistema semiológico mediante duas operações, quais sejam: *identificação* – percepção pelo receptor de que um sinal corresponde ao estereótipo da forma ideal do significante, ou seja, o signo – e a *descodificação* do signo – determinação da parcela da realidade com a qual o signo corresponde. O autor explica que a descodificação não busca a outra parte do texto, mas “uma parte do texto”, ou seja, da descodificação pode resultar vários entendimentos. A semiologia encerra-se na correlação gramatical e gramático-contextual do texto e da fala. Assim, ao ler um preceito e

(22) LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural Dois, p. 345.

(23) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 101.

identificá-lo como jurídico, e não moral, e, num segundo passo, *descodificá-lo* e notar sua natureza de, por exemplo, Direito de Família, o sujeito realiza o processo semiótico.

A atribuição de sentido aos signos nos termos até agora propostos, segundo o autor é, em regra, natural, vez que a ideologia compõe os signos dos grupos culturais; no entanto, dependendo das palavras escolhidas, ou de sua disposição no tempo, por exemplo, hipótese na qual a palavra possivelmente nasceu sob a influência de outra ideologia, o receptor deverá realizar um esforço maior para a atribuição do sentido da mensagem transmitida, e essa atribuição de sentido é o que se denomina Hermenêutica. O autor anota que tanto pode haver atribuições de sentidos delimitados pelos contextos, como atribuições pautadas e validadas retoricamente. No entanto, muito bem ressalva o autor, que a hermenêutica não se restringe a encontrar o sentido de um signo delimitado pelo contexto, uma vez que Gadamer, ao inverter, em sua obra *Verdade e Método* - o foco para o sujeito, destaca, neste, um caráter prejudicioso, no sentido de que: “O indivíduo que atualiza um texto, assim, possui uma certa gama de significados prévios (pré-juízos) para a leitura, tendendo a estendê-los sobre a mensagem, moldando-as às suas expectativas”.²⁴ Essa idéia decorre do fato de que, mesmo frente a normas claras, não se pode afirmar que delas decorre somente uma única forma particular de compreensão da mensagem. Mais, tomando como foco o sujeito, não se pode afirmar que dela decorre uma só mensagem.

Não obstante reconhecermos a influência do contexto no processo hermenêutico, a influência que suas instituições exercem no sujeito e que este, conseqüentemente, exerce na hermenêutica, é questão que merece muito mais atenção, pois a presente pesquisa não pretende expor a necessidade de se levar em conta o conjunto, mas a parte, muito mais complexa, no caso dos direitos humanos, muito mais humana. Uma norma, antes de ser cumprida por uma sociedade, será cumprida por um sujeito dessa sociedade. Assim, é o sujeito que deve ser levado em conta. Se o espaço público internacional ansia certas formas de comportamento, todos os *sujeitos soberanos*, em seus *contextos soberanos*, têm o direito não só de aderirem, ou não, às pretensões em questão; mas também, uma vez optando pela adesão, têm o direito de terem reconhecidas suas ideologias, e a interferência que esta necessariamente exerce no entendimento de preceitos que

inevitavelmente ser-lhe-ão impostos de forma unilateral pelos mais fortes.

Confirmando a idéia de Trasímaco já citada neste capítulo, impossível se pensar em uma uniformidade de sentido, vez que isso não é natural, exigindo para tanto, na idéia do autor uma vultuosa organização inflexível de Estado, e em nosso caso, da ONU. Milita o autor que o Direito é um complexo de relações constituídas pelos seres humanos, dizendo: “Cultural, sim; semiológico, por conseqüência; mas ainda assim exercício de poder (provavelmente baseado num impulso geneticamente determinado, enquanto arquétipo inconsciente)”.²⁵ Uma proposta para essa tendência agonística do ser humano será tratada nos próximos capítulos.

Por fim, não obstante ver o Direito como um instrumento de dominação pelas estruturas culturais de significação, o autor finaliza sua obra com a seguinte idéia:

Sim! Esta teorização acredita que os desníveis são uma tendência (e uma herança) do comportamento animal que o ser humano manifesta. Mas acredita, igualmente, que a razão (e a elevação do espírito pela aprendizagem, pela cultura, até mesmo), pode reduzir tendências agonísticas exacerbadas. Se entre os humanos os desníveis fossem similares aos existentes entre os animais, já seria suficiente: já haveria mais dignidade.²⁶

3. SUJEITO E CULTURA

Acima já fizemos alusão à utilização diferenciada entre o termo “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, porém permanecemos nos referindo, em alguns momentos, a direitos humanos de forma genérica. Tendo em vista o comentário que seguirá, a partir deste momento nos referiremos aos termos com a devida precisão terminológica, tratando os direitos arrolados na Constituição como direitos fundamentais, e os arrolados nas Cartas Internacionais como direitos humanos.

O ponto que queremos tocar diz respeito à diferença da discussão sobre eficácia e hermenêutica jurídica quando o objeto é uma Constituição e quando o objeto é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, quando a interpretação se pretende eficaz dentro de uma cultura, e quando essa interpretação é utilizada *sobre*, ou *contra*, outra cultura.

⁽²⁴⁾ MAMEDE, Gladston. Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura, p. 112.

⁽²⁵⁾ Op. Cit., p. 147.

⁽²⁶⁾ Id. Ibid.

Quando se analisa a eficácia dos “direitos fundamentais” – portanto, dentro de uma Constituição – afasta-se de muitas questões que vêm à baila quando a discussão permeia os “direitos humanos”. Uma Constituição, por sua própria natureza, tem a característica de expressar o objetivo de um Estado – neste compreendido o povo, juntamente com a soberania e o território –, a direção na qual todos os nacionais pretendem seguir para alcançarem o objetivo maior, que é o bem comum – facilmente determinável dentro de uma mesma sociedade. Não obstante as forças política e econômica serem essencialmente influentes, em uma Constituição verdadeiramente democrática, como a nossa atual – com suas deficiências esperadas, pois oriunda de uma nação ainda jovem – constam as aspirações principais de todos os grupos sociais, ou da maioria deles, sejam trabalhadores, empresários, proprietários rurais, imigrantes, católicos, protestantes, surgindo um documento de natureza contratual, pelo qual aqueles que estarão sujeitos às regras e princípios ali positivados manifestaram, direta, ou indiretamente pelo constituinte, a aquiescência com relação a tal submissão, sem a qual, é de se convir, não seria possível nenhum planejamento político, econômico ou social dentro de uma sociedade.

Tendo isso em vista, a problemática que surge com relação aos valores positivados na Carta Magna, bem como com relação à interpretação dos valores e sua escolha pelos administradores públicos e juízes no momento de concretizá-los, não tem importância tão relevante como a problemática que surge na discussão dos Direitos Humanos.

No âmbito constitucional, a eficácia dos direitos fundamentais e sua concretização em norma de decisão dependem apenas e fundamentalmente das condições nacionais para tanto – o termo *condições*, aqui, diz respeito às condições econômicas, geográficas e políticas –, vez que a questão cultural não gera embates de tanta relevância, como se pode notar pelo Brasil, onde presumivelmente todos têm a mesma noção de paz, de liberdade, ordem pública etc – com as exceções de grupos paralelos como o Primeiro Comando da Capital. No âmbito nacional, a sociedade está a serviço dos indivíduos, todos caminhando na mesma direção, o que faz com que todos se preocupem com os membros do grupo, pois há uma solidariedade em prol de um objetivo comum. No âmbito internacional, os objetivos, muitas vezes, são discrepantes, e a diferença de objetivos deve ser entendida como uma condição para o progresso de toda a humanidade. Assim, não dá para se pensar uma única Ordem Jurídica, senão o respeito pela diversidade delas.

Ao lado da vontade política, que contribui para a eficácia dos direitos fundamentais – proporcionando condições econômicas, por exemplo, pelo Executivo; garantindo tais direitos, por meio do Judiciário; e integrando esses princípios, por intermédio do Legislativo –, surgem as necessidades de condições materiais para o cumprimento do objetivo dos direitos fundamentais, necessidades essas ora supridas, por pairar sobre elas interesses políticos – como as soluções para impasses econômicos, embargos às exportações etc. –, ora deixadas em segundo plano, sob o argumento desonesto de serem condições de normas programáticas – como o direito à moradia, saúde e salário dignos.

No que diz respeito à hermenêutica, esta, dentro de um ordenamento nacional, não terá muitos problemas com os valores, que, no máximo, podem entrar em conflito, devendo prevalecer aquele que atender à finalidade do Direito para o juiz ou para o administrador. A interpretação, assim, restringe-se à sua função de dar significados aos princípios, já que *los derechos aparecen normalmente enumerados em las constituciones, sin que se especifique cual es su significado concreto*.²⁷

Nota-se, contudo, que as condições são materiais, logo, proporcionáveis dentro de certo prazo e com vontade política. Os objetivos alcançados pelo processo hermenêutico são, amiúde, determinados e buscados por todos. No entanto, o mesmo não pode ser dito quando se transfere a discussão do âmbito nacional para o internacional, inter e multicultural.

Pensar no entendimento de dois brasileiros ou dois americanos sobre o que representa, para eles, o termo “liberdade”, pode resultar na idéia de que designe liberdade de condições profissionais e sexuais tanto para homens como para mulheres; no entanto, ao buscar-se o mesmo conceito entre um americano e um islâmico, com certeza não se logrará o mesmo consenso.

E Ainda! A mutilação feminina em algumas tribos africanas, por exemplo, nos salta aos olhos de maneira apavorante; porém, o apego à vida capitalista ocidental salta aos olhos de um muçulmano de forma tão apavorante quanto aos nossos saltou a referida mutilação.

O problema da interpretação dos valores ditos universais frente a manifestações culturais distintas das manifestações da cultura ocidental tem sido deixado de lado pela ONU, que vem intervindo em processos de evolução

⁽²⁷⁾ REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, n° 56, p. 466.

de determinadas sociedades sem refletir a respeito da sintomática descaracterização cultural que está provocando.

Com base nessas idéias, colocamos as seguintes questões: É válida uma Declaração Universal que não consolidou valores supremos para todas as culturas – por exemplo, a propriedade? A Declaração dos Direitos Humanos é Ocidental ou Universal? A interpretação dos valores, nessa Declaração consolidados, resulta em normas jurídicas compatíveis dentro de um mesmo sistema? É correta a intervenção da ONU a fim de extinguir o sistema de mutilação feminina citado no texto, se nem mesmo as mulheres que se submetem a essas práticas se organizam para questioná-las? São corretas tais interferências para proibir a automutilação de membros de algumas tribos africanas, que têm as cicatrizes como elementar para o Belo? Será que a honra e a liberdade são conceitos com significações idênticas para todo ser humano? Será que o sistema de castas hindu é injusto? Cremos que não, no entanto, julgamos necessário um parâmetro **igualmente** justo para que a presente pesquisa não seja travestida em “legitimação de barbáries” ou apologia ao desprezo pelos “problemas” internacionais.

No caso dos conflitos internacionais, é difícil protestarmos pela realização de uma escolha que resulte em uma solução perfeitamente balanceada de justiça para cada sociedade envolvida, pois é evidente a prevalência da vontade do mais forte. No entanto, com relação a manifestações culturais localizadas, não podemos mais admitir que as conclusões hermenêuticas ocidentais interfiram em culturas distintas ensejando uma descaracterização das mesmas.

A hermenêutica proposta em termos jurídicos não se mostrou suficiente para tanto, tendo em vista que a concepção jurídica, apesar de reconhecer variedades de entendimentos, os restringe a uma moldura. No cenário internacional é possível observarmos várias molduras que, por estarem relacionadas a interesses individualistas dos mais poderosos, ao invés de se completarem, se anulam, prevalecendo, atualmente, a moldura ocidental. Parece-nos que Gadamer encontrou o ponto fundamental para a hermenêutica a ser realizada frente a um conflito interno, tendo como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Através da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a língua que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por

isso, não pode haver uma interpretação ‘correta em si’, justamente porque **em cada um está em questão o próprio texto**. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação ‘correta em si’ seria um *ideal desprovido de pensamento*, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence. (*grifo nosso*)²⁸

Note-se que o *outro* deve ser levado em conta, e este outro é a essência de nossa proposta. Se nos conflitos internacionais não é possível afastar-se da “prudência” política nas soluções determinadas pela ONU e seus órgãos, com relação à escolha dos valores na Carta Universal dos Direitos Humanos positivados, e se nos conflitos internos as denominadas *conclusões hermenêuticas* se apresentam como um impasse à perfeita satisfação das aspirações de cada ser humano, então precisamos, ao menos, encontrar um ponto de apoio sobre o qual desenvolveremos, a partir de então, todo discurso concernente aos Direitos Humanos.

Assim, julgamos importante não mais se forçar uma igualdade material entre os homens, entre as raças e entre as culturas. É muito mais digno, inclusive conosco mesmo, o reconhecimento das diferenças. A idéia que deve nos guiar não é aquela que prega o fim das diferenças, nem mesmo a mitigação delas. A idéia mais interessante é a que busca o respeito pelas diferenças, aquela que vê cada raça, cada cultura, como uma forte, e merecedora de proteção, *representação* de um ente que, a partir de então, deve passar a ser o foco de nossos discursos, qual seja, a “Pessoa Humana”. É com base nesta idéia que passaremos a enxergar que o islâmico - diferença religiosa - tem o direito de preservar os *seus* valores; que o negro - diferença racial - tem o direito de realizar os *seus* rituais e perpetuar sua cultura; que o ocidental - diferença cultural - tem o direito de perpetuar o *seu* capitalismo, com o só cuidado de que um não interfira na esfera de liberdade de autodeterminação do outro, pois, afinal, a liberdade é da pessoa humana, e não de suas formas de representação.

Se assumíssemos esta posição, poderíamos ir mais longe, penetrando em nossas Constituições, entendendo, então, que as “ações afirmativas” não devem se focar apenas nos negros, mas em toda pessoa humana que precise de escola, que precise forrar a barriga para sobreviver e que também precise de respeito e consideração, como os sertanejos baianos e os índios do Mato Grosso do Sul. Assim, estaríamos livres de discursos superficiais que só ganham espaço nas agendas públicas por consumirem menos dinheiro... dinheiro este que, se poupado, será de grande

⁽²⁸⁾ GADAMER, H. G. O Problema da Consciência Histórica, p. 54.

valia para as futuras campanhas políticas daqueles que levam a vida argumentando pelas vias ociosas.

Ou nós adotamos esta idéia, ou então teremos que esperar a consumação da globalização cultural – unilateral –, quando, então, o humano terá perdido lugar para a informação, para só então conseguirmos conversar no mesmo tom. Um fato não é correto em outra cultura a partir do que é correto para nós. Um fato ou uma ação são corretos a partir do momento que constituem a identidade de uma representação da pessoa humana, e, por serem uma representação de algo que também sou, devo lutar senão pela manutenção desse fato ou dessa ação, e não pela sua extinção, como despreocupadamente tem feito a ONU sob o argumento de lutar pelos direitos do ser humano – ocidental!

4. RELATIVISMO CULTURAL – A NECESSIDADE DE DIFERENÇAS

Todos os povos formam juízos acerca dos modos de vida diferentes dos seus. Quando se empreende o estudo sistemático, a comparação dá origem à classificação, e os especialistas traçaram muitos esquemas para classificar os modos de vida. Emitiram-se juízos morais sobre os princípios éticos que guiam a conduta e moldam os sistemas de valores de diferentes povos. Organizaram-se suas estruturas econômicas e políticas e suas crenças religiosas por ordem de complexidade, eficácia, desejabilidade. Avaliaram-se sua arte, música e formas literárias.²⁹

A questão da diferença cultural não é um fato apenas atualmente reconhecido pelos estudiosos do tema. O que se nota, é uma pré-disposição natural dos sujeitos para analisar outras culturas tomando como referencial a sua própria cultura. Em razão do fato de ser a noção de *progresso* também elaborada a partir de referenciais – cultura ocidental –, bem como do fato de ter sido tomado, o progresso, como elemento de poder, poder este que confere legitimidade às análises referenciadas tecidas pelos seus detentores, os juízos lançados pelo Ocidente sobre outras culturas atribuiu a estas o conceito de primitivas, atrasadas.

A atitude mais antiga, e que se baseia indiscutivelmente em fundamentos psicológicos

sólidos (já que tende a reaparecer em cada um de nós quando nos encontramos numa situação inesperada), consiste em repudiar pura e simplesmente as forças culturais: morais, religiosas, sociais, estéticas, que são as mais afastadas daquelas com as quais nos identificamos. “Hábitos de selvagens”, “na minha terra é diferente”, “não se deveria permitir isto”, etc., tantas reações grosseiras que traduzem esse mesmo calafrio, essa mesma repulsa diante de maneiras de viver, ver ou pensar que nos são estranhas.³⁰

Essa conceituação de culturas diferentes como primitivas ou atrasadas acabou por atribuir legitimidade às ações do Ocidente sobre outras sociedades com o argumento de estar-se visando o *progresso* de todas elas. Lamentavelmente, até hoje os bancos acadêmicos estão repletos de *cérebros referenciais*, que ainda não perceberam que, como afirmou Gofredi Telles Jr., em seu *Direito Quântico*:

Cada ser humano possui seu próprio *universo cognitivo*, isto é, possui um conjunto ordenado de conhecimentos, uma *estrutura cultural*, que é seu próprio *sistema de referência*, em razão do qual atribui a sua significação às realidades do mundo.

Toda realidade pode ser objeto de conhecimento. Mas o conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo sistema de referência do sujeito conhecedor.³¹

Assim, é mais do que evidente o fato de o sujeito tomar sempre como referência a sua cultura, ou melhor, a cultura que tem assimilada por um processo endoculturação, originado da já comentada permeabilidade entre a ideologia e a prática social. Herskovits comenta que: “Os juízos baseiam-se na experiência, e a experiência é interpretada pelo indivíduo em termos de sua própria endoculturação.”³²

Nota-se que o sistema de referência subjetivo é elemento determinante do processo cognitivo, logo, determinante e todas as obras humanas, como o Direito, que nos interessa. Sendo o Direito também resultado de um sistema de referências, com igual razão o será também a sua interpretação, residindo aqui a questão central da presente pesquisa. Muito complicado, então, se falar em Direito Universal. Eros Grau, fazendo referência a Pasukanis e Rui

(29) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 83.

(30) LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural, p. 333.

(31) TELLES-JR., Gofredo. Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica, p. 217.

(32) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 86.

Fausto, comenta em sua exposição na obra *O que é Filosofia do Direito* que:

Só existem, concretamente, os Direitos de cada sociedade. Na medida em que compreendo que o Direito é um a instância da realidade, começo a compreender também que apenas existem, concretamente, os Direitos: o Direito curdo, o Direito Alemão, o Direito brasileiro, e assim por diante.³³

A universalidade de certas aspirações é inegável, principalmente se se trata de aspiração à vida, à liberdade, à soberania e autodeterminação. No entanto, como comenta Herskovits, o conteúdo dessas aspirações é diferente, e se dá dentro das culturas:

Veremos já como se reconhecem em toda parte certos valores da vida humana, embora não haja duas culturas cujas instituições sejam idênticas na forma. A moralidade é universal, assim como também o prazer estético e algum critério de verdade. As diversas formas adotadas por esses conceitos não passam de produtos da particular experiência histórica das sociedades que os manifestam. Em cada uma, os critérios estão sujeitos a contínuas interrogações e mudanças. Porém, as concepções básicas permanecem para canalizar o pensamento e dirigir a conduta para dar um sentido à vida.³⁴

A diferença cultural é inolvidável, no entanto, foi mitigada pelo discurso “racional” da igualdade, talvez por não terem, os idealizadores desse discurso de poder, noção alguma da importância que têm as diferenças para toda a humanidade. Em seu texto *Raça e Cultura*, Strauss estrutura inigualável visão a respeito da necessidade das diferenças como condição vital para a humanidade, razão pela qual os comentários que seguirão até o fim deste capítulo pautar-se-ão nas idéias do referido estruturalista.

A primeira idéia interessante para a presente pesquisa diz respeito às diferenças, não apenas como oriundas da distância geográfica, mas como reação à própria “ameaça” da identidade, ou seja, oriunda da necessidade de autodeterminação: “E, ao lado das diferenças devidas ao isolamento, existem aquelas, também muito importantes, devidas à proximidade: desejo de se oporem, de se distinguirem, de serem elas mesmas. (...) Ela é menos função do isolamento dos grupos que das relações que os unem.”³⁵

A diferença é uma constatação evidente, que não exige esforços. É muito clara a diferença entre um índio americano, um europeu e um xiita. Como anota Strauss, as declarações de direitos do homem têm a força de pregar a igualdade, tendo, no entanto, também uma fraqueza, qual seja: “(...) enunciar um ideal que raramente atenta para o fato de que o homem não realiza sua natureza numa realidade abstrata, mas em culturas tradicionais.”³⁶

Essa supressão das diferenças acaba sendo um falso reconhecimento das mesmas, pois o homem não as reconhece, senão as considera como um estágio atrasado de um processo de desenvolvimento único, qual seja, *o seu próprio processo*. A esse falso reconhecimento das diferenças Strauss atribui o conceito de *falso evolucionismo*, atentando para o fato de que esse evolucionismo social não deve ser confundido com o darwinismo, sendo muito perigosa a afirmação de que as culturas são estágios de uma única concepção de humanidade, ilustrando a necessidade desse cuidado ao dizer que “um machado não gera fisicamente um machado, como o faz o animal.”³⁷

Reconhecendo ser extremamente tentadora a busca por relações de semelhanças de ordem cronológica, Strauss pergunta-se como seria possível não se comprar as figuras rupestres feitas por uma tribo indígena hodierna ágrafa e sem conhecimentos de metalurgia, com os desenhos da civilização ocidental arcaica encontrados nas grutas da França e da Espanha. Afirma o estruturalista belga que o homem se esquece que, apesar de as sociedades indígenas utilizarem instrumentos semelhantes aos utilizados por sociedades paleolíticas, “(...) a elaboração do material, os tipos de instrumentos, sua destinação, portanto, eram diferentes, e uns nos ensinam pouco sobre os outros a esse respeito. Como, portanto, poderiam instruir-nos sobre a linguagem, as instituições sociais ou as crenças religiosas?”³⁸

A idéia da evolução social, do progresso de uma sociedade, como se depreende, é intrínseca à proposta evolucionista pautada em um modelo único de humanidade. Seria titular de mais progresso a sociedade tomada como modelo, que já passou por “todos os estágios evolucionistas” – nos quais ainda estariam certas sociedades – e, conseqüentemente, a sociedade mais velha, ou melhor, mais experiente. Além de comentar que seria preciso admitir que, para tratar certas sociedades como *etapas* do desenvolvimento de outras, seria preciso admitir também que, enquanto para estas últimas acontecia alguma coisa,

(33) GRAU, Eros. et al. *O que é Filosofia do Direito*, p. 33.

(34) HERSKOVITZ, Melville J. *Antropologia Cultural*, p. 100.

(35) LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*, p. 333.

(36) Id., p. 335.

(37) Id., p. 336.

(38) Id., p. 339.

para as outras nada acontecia, Strauss anota que a tradicional classificação dos *progressos* da humanidade em “idade da pedra lascada, da pedra polida, do cobre, do bronze e do ferro”, está sendo, atualmente, colocada em questão, vez que tem-se suscitado que o polimento e a talha existiram simultaneamente, não sendo resultado de uma técnica oriunda de um processo anterior, “mas como uma tentativa para copiar, em pedra, as armas e os utensílios de metal das civilizações, sem dúvida mais “avançadas”, porém de fato contemporâneas de suas imitadoras”.³⁹

A noção de progresso, como se pode notar, está intimamente ligada à idéia de acumulação de conhecimento – daí se falar em história cumulativa e estacionária -, não se afastando, também e fundamentalmente, de uma concepção referenciada na própria cultura do *sujeito observador*.

Se atribuímos à América o privilégio da história cumulativa, não é, com efeito, apenas por que lhe reconhecemos a paternidade de um certo número de contribuições que lhe emprestamos, ou que se parecem com as nossas – *européias (grifei)*? Mas qual seria nossa posição na presença de uma civilização que se tivesse dedicado a desenvolver valores próprios, onde nenhum fosse suscetível de interessar à civilização do observador? Este não seria levado a qualificar esta civilização de estacionária?⁴⁰

Assim, por não serem as linhas de desenvolvimento de outras culturas mensurável com base na referência que o observador utiliza comumente – si mesmo -, e por nada significarem para ele, é que serão vistas como estacionárias.

Para Strauss, a dificuldade de se classificar uma cultura como sendo superior a outra reside no fato de que somente há desenvolvimento cultural a partir de correlações culturais, de coligações – migrações, guerras, comércio etc. Comenta que as culturas que alcançaram um grau extremo de cumulatividade, nunca foram culturas isoladas.

(...) as primeiras civilizações têm de duzentos a quinhentos mil anos, e as condições de vida se transformaram apenas no decorrer dos últimos dez mil anos. Se nossa análise é exata, não foi por que o homem paleolítico tivesse sido menos inteligente, menos dotado que seu sucessor neolítico, mas simplesmente porque, na história humana, uma combinação de grau *n* levou um tempo *t* para sair;

esta poderia ter-se produzido muito mais cedo ou muito mais tarde.⁴¹

Pode até ser nesse sentido as idéias colocadas nas declarações universais de direitos, pregando a autodeterminação dos povos e o respeito pelas diferenças; no entanto, todos esses discursos buscam justificativa na afirmação de que *assim deve ser, pois somos todos iguais*. A ONU intervém em muitos conflitos internos, de natureza eminentemente cultural – política, religiosa -, sem se preocupar com a descaracterização dos costumes dessas culturas, operando uma verticalização da ideologia ocidental capitalista. No entanto, essa posição ideológica não se preocupa com o fato de que a ideologia deve ser assimilada, para só então dar margem à prática social, que é o comportamento orientado pela ideologia cultural. Por não passarem pelo filtro que é a assimilação social das idéias, as intervenções da ONU, ao colocarem fim em determinados conflitos, colocam fim também em toda a base cultural do grupo que sofre a intervenção. Mais, além de destruir a ideologia desse grupo, tendo em vista a intensa incompatibilidade, não consegue, a ONU, impor sua ideologia de maneira satisfatória, deixando sem referências uma sociedade inteira. Essa ausência de referência é o resultado mais lamentável de toda essa problemática, vez que, além de não terem outra escolha, senão ocidentalizarem-se, o Ocidente – a ONU – não lhes dá os meios suficientes para tanto. “Começaremos a observar que esta adesão ao gênero de vida ocidental, ou a alguns de seus aspectos, está longe de ser tão espontânea quanto os ocidentais gostariam de acreditar. Resulta menos de uma adesão livre que de uma ausência de escolha.”⁴²

Raimundo Panikar, a respeito da tentativa de se atribuir um conceito universal aos Direitos Humanos – por ele tratados como Direitos do Homem -, diz que:

(...) divulgar o conceito de Direitos do Homem – conceito indubitavelmente positivo – bem poderia revelá-lo ser um acavalo de Tróia introduzido clandestinamente no coração de outras civilizações, com a finalidade de obrigá-las a aceitar modos de existência, de pensamento e de sentimento (...)⁴³

Ao declarar que todo ser humano é sujeito com direito à vida, que todos os seres humanos são iguais, que têm direito à propriedade etc., a Declaração Universal dos Direitos Humanos pretendeu reconhecer o “todo” – *humanidade* – na “parte” – *ser humano*. No entanto, Panikar tem interessante opinião sobre essa pretensão de reconhecer

⁽³⁹⁾ Id., p. 341.

⁽⁴⁰⁾ Id., p. 344.

⁽⁴¹⁾ Id., p. 359.

⁽⁴²⁾ Id., p. 350.

⁽⁴³⁾ Op. Cit., p. 15.

o universal no particular, dizendo que, “sendo a filosofia uma reflexão em situação, ela nos faz tomar consciência de que ninguém tem acesso direto a toda gama universal da experiência humana.”⁴⁴ Assim, por ter declarado a propriedade como um valor universal, além de repelir potenciais signatários, a Declaração Universal não tutelou um valor *humano*, senão o que para Panikar é apenas um valor *impregnado de humanidade*. A inviabilidade do discurso que vê o todo na parte reside no fato de que o todo apenas pode ser visto dentro de uma moldura, e através dessa moldura. Ilustrando essa idéia, Panikar explica que:

Os Direitos do Homem são uma das janelas através da qual uma determinada cultura faz vislumbrar uma ordem humana justa para os indivíduos que dela participam. Eles não podem vê-la, a menos que peçam auxílio a uma outra cultura que enxerga através de uma outra janela. Ora, eu coloco como postulado o fato de que a paisagem humana, tal qual ela é percebida através de uma dada janela é, ao mesmo tempo, semelhante e diferente da visão que dela oferece uma outra janela.⁴⁵

Essa janela, essa moldura, é a própria situação do sujeito, a sua ideologia, a sua estrutura cognitiva cultural que, como já tivemos a oportunidade de expor, , determina as ações e as opiniões dos homens. Ademais, Panikar lembra também que o todo não apenas a soma de todas as partes, mas que esse todo só existe em função das partes através das quais ele é visto.

Ele é visto apenas dentro do quadro e pelo intérprete de uma *pars*, e não há ponto de partida a partir do qual poder-se-ia proceder à integração de todas as partes. A coexistência só é possível em um terreno comum, um *co-esse* reconhecido pelas diferentes partes. (*grifei*)⁴⁶

Com Strauss:

Pois se nossa demonstração é válida, não há, não se pode haver uma civilização mundial no sentido absoluto que geralmente se atribui a esse termo, porque a civilização implica a coexistência de culturas oferecendo entre si o máximo de diversidade, e consiste mesmo nessa *coexistência*. (*grifo nosso*)⁴⁷

Panikar propõe duas saídas: *1- fazer voar aos pedaços as janelas e fazer destes múltiplos pontos de mira uma única abertura escancarada;*⁴⁸ ou *2- alargar os pontos de vista tanto quanto for possível e, sobretudo, fazer com que as pessoas se conscientizem de que há – e que é necessário que haja – uma pluralidade de janelas.*⁴⁹ O autor se manifesta favorável à última saída como opção por um pluralismo são, vez que a primeira, adotada pelos discursos da modernidade, afigura-se como um perigo de *devastação estrutural*. Assim, a saída seria o reconhecimento da existência e da necessidade da diferença como condição para a sobrevivência e o progresso da humanidade, sendo possível a proposta de um todo em prol das partes e suas particularidades apenas quando as parte estiverem conscientes de que existem pelo todo. “Nós devemos aceitar o que nos diz o nosso parceiro: simplesmente, que tomemos o totum pro parte quando estivermos conscientes da *pars pro toto*.”⁵⁰

Conclui Strauss no seguinte sentido:

É preciso que saibam, ao contrário, que a humanidade é rica de possibilidades imprevistas, que, ao aparecerem, sempre deixarão os homens estupefatos; que o progresso não é feito à imagem confortável dessa *similitude melhorada* onde nós procuramos um esforço preguiçoso, mas que é repleto de aventuras, rupturas e escândalos.⁵¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por um caminho pacífico para a evolução da humanidade intensificou-se após as duas guerras mundiais. O Estado assumiu uma posição interventiva na sociedade, submeteu-se às leis e principalmente a uma Constituição; vários movimentos de paz tiveram lugar no cenário internacional, coligações econômicas foram pactuadas, dando origem, por exemplo, à Organização Mundial do Comércio, aos blocos econômicos (NAFTA, MERCOSUL, UE, etc.), bem como, expressando a ânsia por apagar os vestígios da guerra e iniciar um marcha desenvolvimentista, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. Os discursos filosóficos de uma modernidade pautada na razão que se renovaria

⁽⁴⁴⁾ Id., p. 19.

⁽⁴⁵⁾ Op. cit., p. 8.

⁽⁴⁶⁾ Id., p. 19.

⁽⁴⁷⁾ Op. cit., p. 363.

⁽⁴⁸⁾ Op. cit., p. 8.

⁽⁴⁹⁾ Id., Ibid.

⁽⁵⁰⁾ Id., p. 20.

⁽⁵¹⁾ Op. Cit., p. 366.

eternamente por um processo endógeno, legitimaram e conferiram segurança às idéias referentes à elaboração de um rol de direitos pretensiosamente imbuídos de caráter universal, figurando nos círculos acadêmicos e políticos do Ocidente dominante como direitos dos quais qualquer ser humano ansiaria ser detentor. Assumindo essa tarefa tão “digna” e tão tardiamente idealizada, algumas nações soberanas decidiram se reunir para decidir, tal qual o fez o criador da humanidade, no início da vida, qual seria o *conceito* e o *limite* do Humano.

Como se pode notar pelos estudos relativos à estrutura semântica e cognoscitiva do sujeito, cada indivíduo cultural tem inerente um *óculos social*, uma ideologia que, permeada com sua ação social, lhe permite, de forma determinante, fazer jus à sua natureza subjetiva, permite ao sujeito sentir-se parte ativa do todo que é a sociedade, só assim podendo sentir-se efetivamente livre. Ocorre que essa estrutura cognoscitiva, por atuar inconscientemente no sujeito, o cega para o fato de que a diferença não está apenas no “outro”, mas principalmente, e fundamentalmente, em “si mesmo”. Foi o que inevitavelmente aconteceu com a ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, às quais nos propusemos criticar. A ocidentalização da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que pauta as ações e intervenções da ONU, é tão evidente que em janeiro de 1981, em Banjul – Gâmbia - foi aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA), a **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, com flagrantes contradições com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como por exemplo as seguintes passagens:

Preâmbulo:

(...) Tendo em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos;

Reconhecendo que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica sua proteção internacional, e que, por outro lado, **a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos**; (*grifamos*)

Artigo 20:

1-Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu. (*grifamos*)

2-Todos os povos têm a assistência dos Estados Partes na presente Carta, na sua luta de libertação contra a dominação estrangeira, quer seja esta de ordem política, econômica ou cultural. (*grifamos*)

Ainda, no Capítulo II – *Dos Deveres* -, no artigo 27 a Carta estabelece como dever do indivíduo *zelar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, em um espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade.*

É evidente o confronto entre os valores prestigiados na Carta Africana e aqueles aos quais a Declaração Ocidental atribuiu *status* de humanos. A maneira como a propriedade é defendida na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta, a propriedade é garantida no artigo 17 nos seguintes termos: **Artigo 17 I) Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade;** Na Carta Africana, ao direito à propriedade são feitas algumas ressalvas, vejamos:

Preâmbulo:

(...) Convencidos de que, para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.

Artigo 21

2. Em caso de espoliação, o povo espoliado tem direito à legítima recuperação dos seus bens, assim como a uma indenização adequada.

4. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se, tanto individual como coletivamente, a exercer o direito de livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais com vistas a reforçar a unidade e a solidariedade africanas.

5. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a eliminar todas as formas de exploração econômica e estrangeira, nomeadamente a que é praticada por monopólios internacionais, a fim de permitir que a população de cada país se beneficie plenamente das vantagens provenientes dos seus recursos nacionais.

A idéia de que o direito dos povos deve garantir o direito do humano é a saída para o impasse cultural que

permeia toda a problemática dos direitos humanos. Essa idéia coaduna-se com a proposta de Panikar de só se tomar o todo pela parte quando a parte estiver ciente de que existe pelo todo. Levi Strauss, a respeito da necessidade de diversidade e da luta pela sua manutenção, diz:

A necessidade de preservar a diversidade das culturas, num mundo ameaçado pela monotonia e uniformidade, não escapou certamente às instituições internacionais. Elas devem compreender também que não bastará, para atingir essa finalidade, acalantar tradições locais e conceder uma trégua aos tempos passados. É o fato da diversidade que deve ser salvo, não o conteúdo histórico que cada época lhe deu, e que nenhuma soberania saberia perpetuar para além de si mesma. É preciso, portanto, atentar para a força nascente, encorajar as potencialidades secretas, despertar todas as vocações para conviver o que a história tem em reserva; é preciso estar pronto também para considerar sem surpresa, sem repugnância e sem revolta, o que todas essas novas formas sociais de expressão não poderão deixar de oferecer de inusitado. **A tolerância não é a posição contemplativa, dispensando as indulgências ao que já foi ou que é. É uma atitude dinâmica, que consiste em prever, compreender e promover o que quer ser.** A diversidade das culturas humanas está atrás de nós, à nossa volta e à nossa frente. A única reivindicação que podemos fazer a esse respeito (exigência que cria para cada indivíduo deveres correspondentes) é que ela se realize de modo que cada forma seja uma contribuição para a maior generosidade do outro.⁵²

É chegada a hora de transpormos as barreiras que nos foram impostas pelo discurso da razão moderna ocidental; é chegada a hora de assumirmos para nós mesmos, por uma questão de honestidade intelectual, que *liberdade, deus e luta* não são, não foram, e nunca deverão ser conceitos universais, sob pena de estagnarmos a elaboração e a descoberta pelos homens das várias possibilidades de ser. O que devemos entender agora é que as diferenças estão emergindo inclusive em subgrupos sociais, que antes se escondiam por serem diferentes da maioria, e hoje ganham força por terem em seu modo de vida uma proposta inolvidável para as crises das grandes instituições criadas pela modernidade. Como disse Gofredo Telles Jr.: “*No reino humano, a presença da liberdade se revela no ato de escolha, ou seja, na efetiva adesão do ser humano a uma das vias*

cerebrais, abertas ante seu sistema de comando.”⁵³ Assim, devemos deixar de lado o discurso da igualdade descaracterizadora de nossa ideologia e levantarmos a bandeira da diferença como uma saída para expansão da *circunferência intelectual* da humanidade. No entanto, muito mais do que militarmos em defesa das diferenças, devemos, antes, entendermos que nossa cultura não é parâmetro de vida para nenhuma outra cultura - e vice-versa -, senão um mero complemento que deve, por exigência lógica, ser, antes, assimilado pela ideologia dessas culturas e colocado em prática de maneira, se não voluntária, ao menos democrática, pela maioria *quantitativa* dos membros desse grupo, pois, como bem disse Strauss, “mal compreendemos como uma civilização poderia esperar aproveitar-se do estilo de vida de uma outra, a não ser renunciando a ser ela mesma”.⁵⁴ Nesse sentido, Strauss propõe uma “coligação” entre as culturas para o progresso da humanidade, coligação essa que tem natureza complementar, de acréscimo, que é muito diferente do mero “aproveitamento de cultura”, que é descaracterizador, dizendo ser o maior dever da humanidade “(...) jamais esquecer que nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto, e que uma humanidade confundida num gênero de vida único é inconcebível, pois seria uma unidade petrificada.”⁵⁵

Como se pode notar, nossa opinião é no sentido de que a aceitação da “maioria” é elemento fundamental para que a ONU intervenha em grupos sociais a fim de garantir, ou fazer valer, determinados direitos, por ela alçados à condição de “humanos”. No entanto, a vontade da maioria é um elemento que deve ser levado em conta quando se tem em pauta um determinado povo, sujeito à uma Constituição e uma soberania. Assim, não há de se falar em “maioria” quando os sujeitos são os próprios Estados soberanos, pois a soberania enquanto direito e poder de autodeterminação é absolutamente inviolável, vez que não se trata de um direito *do* ser humano, senão de um direito *de* ser humano, único direito indiscutivelmente universal, pois o direito do ser humano é um direito logicamente atribuído por alguém, enquanto o direito *de* ser humano é um direito inerente e natural, logo, impassível de juízo de valor. Ademais, a soberania e a Constituição de um povo devem ser oriundas de conquistas populares, pois um povo só conseguirá organizar-se no cenário internacional soberanamente, se, antes, conseguir se organizar perante as forças hostis que operam no seu próprio seio.

A ONU, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, intitularam-se como o afã de toda a humanidade

⁽⁵²⁾ Id., p. 366.

⁽⁵³⁾ Op. Cit., p. 245.

⁽⁵⁴⁾ Id., p. 362.

⁽⁵⁵⁾ Id., p. 365.

“racional”. No entanto, como salientou Panikar: “A história mostra manifestamente que sozinhos os vencedores proclamam e promulgam direitos, os quais não são nada mais que o que os detentores da força consideram como justo em um determinado momento.”⁵⁶

Não se discute que a *liberdade* é ansiada por todos os seres humanos, mas a questão fundamental está em saber *qual liberdade*; se a liberdade de exploração das riquezas minerais de países economicamente subdesenvolvidos, ou se a liberdade de assassinar norte-americanos a fim de se fazer prosperar o islamismo radical. Não se discute que a *vida* é um direito também universalmente ansiado; no entanto, qual o valor atribuído à vida de uma mulher adúltera condenada à morte, por ocasião do adultério, em alguns agrupamentos sociais? Será um valor que leva em conta a integridade do *sujeito* condenado, ou a integridade da *sociedade* que vê a instituição da família ameaçada, e não dispõe de outros meios sancionatórios para protegê-la? Gofredo Telles Júnior comenta que:

Nas sociedade dos homens e das mulheres, porém a inteligência submeteu a sociedade às pessoas, isto é, fez da sociedade, um *meio* a serviço de *cada* ser humano. Nesses agrupamentos, a sorte de seus componentes é o que, sobretudo, interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é *instrumento* de cada ser humano.⁵⁷

Esse comentário diz respeito à forma de organização da sociedade ocidental, que vê na sociedade um instrumento para a realização dos anseios de seus membros. Impossível se pretender que uma sociedade menos complexa, que vê no indivíduo um instrumento para a consecução dos anseios da coletividade, considere a vida de um indivíduo como mais importante do que a vida, a coesão, da própria sociedade. Assim, além de ser bastante complicado incriminarmos a condenação de uma pessoa adúltera à pena de morte, em vista de também já termos nos utilizado de penas cruéis, como por exemplo nas Ordenações Filipinas, tal incriminação também não deve proceder em vista do fato de que essa condenação não visa a proteção da vida individual, mas da vida social.

O que é o *progresso* para uma tribo indígena que tem, à sua disposição, alimento e abrigo natural? Será mesmo, a *tecnologia*, necessidade para essa tribo? Será que o

progresso não seria melhor expressado pela *manutenção da sociedade tribal coesa e solidária*? E a *dignidade humana*? Boaventura coloca como uma das cinco premissas para a construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos, o reconhecimento do fato de que “todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas mais abertas à outras culturas do que outras.”⁵⁸

A idéia proposta por Panikar de tomarmos o “todo pela parte” quando estivermos conscientes da “parte pelo todo” talvez seja a maneira mais interessante de se manter a necessária diferença entre as culturas, bem como de se manter as culturas engajadas na manutenção do bem do *outro* como condição para seu próprio bem. O reconhecimento do *outro distante* não é natural do ser humano, sujeito desonesto que cega até suas instituições de paz. “Para o cristão o Cristo será o símbolo da totalidade; para o não cristão, ele será apenas o símbolo dos cristãos”⁵⁹, comentou Panikar, lembrando ainda que:

O passado é pródigo em exemplos, notadamente o passado do Ocidente. Eles são bastante numeráveis e demasiado surpreendentes para que não estejamos avisados do perigo de repetir o que foi feito em nome do Deus único, do Império único, da Religião única, e o que é feito hoje em dia sob a égide da única Ciência e da única Tecnologia.⁶⁰

A ONU deve ser repensada, e com ela toda a ideologia que embasa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que determina as práticas daquela Organização, pois como disse Boaventura, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes, quando a igualdade os descaracteriza.”⁶¹ Sabemos muito bem da necessidade de um parâmetro para que os povos evoluam sem interferência na soberania uns dos outros. Para isso, uma Carta Internacional de Direitos Humanos seria a melhor saída, sim, no entanto, não uma Carta nos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A humanidade necessita de uma Carta internacional que reconheça as diferenças culturais entre os povos e que, muito mais do que reconhecimento, respeite e proveja a sua manutenção como meio fundamental para o efetivo progresso da vida humana.

Uma Carta internacional, mesmo que assinada por todos os povos, inevitavelmente será composta de artigos,

⁽⁵⁶⁾ Op. Cit., p. 12.

⁽⁵⁷⁾ TELLES-JR., Gofredo. Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica. 7º ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2003. p. 257

⁽⁵⁸⁾ LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (organizadores). Identidades: estudos de cultura e poder, p. 29.

⁽⁵⁹⁾ Op. Cit., p. 19.

⁽⁶⁰⁾ Id. Ibid.

⁽⁶¹⁾ Op. Cit., p. 37.

ou melhor, de *palavras*, abstratas e transcendentais a toda humanidade, palavras essas que, para operarem no mundo dos homens, precisarão ser *realizadas e atualizadas* pelos próprios homens e em determinados contextos histórico-sociais. Eis o motivo do presente estudo sobre o problema da hermenêutica na análise dos direitos humanos, vez que a estrutura hermenêutica de cada indivíduo varia de acordo com a ideologia de cada cultura. A hermenêutica nasce do sujeito, e o sujeito é um produto da cultura. No entanto, o primeiro passo para a convivência com essa questão hermenêutica é reconhecer a existência e a necessidade das diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*. 6. ed. Madrid: Debate, 1992.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GADAMER, H. G. *O Problema da Consciência Histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. et al. *O que é Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004.
- HERSKOVITZ, Melville J. *Antropologia Cultural*. Tomo I e II. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1960.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (org.). *Identities: estudos de cultura e poder*. São Paulo: Hucitec, 2000.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.
- MENDONÇA, Samuel. *Projetos e Monografia Jurídica*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- TELLES-JR., Gofredo. *Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2003.

PERIÓDICOS

DIÓGENES, Brasília. *Editora UNB*, 1983, nº 5

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, nº 56

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Renovar FGV, outubro/dezembro de 2005.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

GAMBIA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.

TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA E A PRODUÇÃO DA NORMATIVIDADE

Jaqueline Santa Brígida SENA*

RESUMO

Este trabalho tem como propósito pensar sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas em discussão com a questão da validade das normas. O presente trabalho se propõe como reflexão da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, como alternativa ao modelo moderno de produção da normatividade. Entende-se aqui que a forma de produção da normatividade, enquanto sistemática inserida no bojo da modernidade, ou seja, fundada numa razão científica, cartesiana e instrumental, está em crise. Com isso, as normas se revestem de uma pretensa imparcialidade, que não existe, e se validam através de um conteúdo retórico que na verdade exprime sua auto-justificação. O referencial teórico adotado será a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que consiste na expansão do conceito de razão comunicativa, como contraponto do modelo de racionalidade instrumental da modernidade. A metodologia consistirá na análise de textos e fragmentos de Habermas e seus comentadores, além da leitura de tópicos da Filosofia do Direito, sobretudo Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Hans Kelsen, pretendendo a produção de um trabalho interdisciplinar. Espera-se, assim, como resultado, apresentar a teoria de Habermas como fundamento para a produção da normatividade, tendo em vista a crise da modernidade e seus reflexos na produção do Direito.

Palavras-chave: crise da razão, ação comunicativa, normatividade.

ABSTRACT

This article related to proposes a reflection upon the theory of communicative action of Jürgen Habermas the question of validity of juridical norms. The present work proposes a reflection the theory of the communicative action of Jürgen Habermas, as an alternative to the modern model of production of normativity. It is verified that the current form of production of normativity, while systematic inserted in the context of the modernity, is based in a scientific, cartesian and instrumental reason that is in crisis. Therefore, the norms are revested of a pretense impartiality that does not exist, and take validity through a rhetorical content that in truth expresses their auto-justification. The adopted theoretical referential will be the theory of communicative action of Jürgen Habermas, that consists of the expansion of the concept of communicative reason, as counterpoint of the model of instrumental rationality of modernity. The methodology will consist of the analysis of texts and fragments of Habermas and its commentators, beyond the reading of topics of the Philosophy of Law, mainly the authors Tercio Sampaio Ferraz Jr. and Hans Kelsen, intending the production of an interdisciplinary work. As result, thus, it is expected to present the theory of Habermas as bedding for the production of the normativity, considering the crisis of modernity and its consequences in the production of Right.

Key-words: crisis of reason, communicative action, normativity.

^(*) Graduanda em Direito. Bolsista de Iniciação Científica CNPq, sob a orientação do Prof. Luiz Paulo Rouanet, da Faculdade de Filosofia da PUC-Campinas. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Ética e Justiça, e da ANDHEP – Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-graduação. O presente trabalho compreende um dos desdobramentos de sua pesquisa de Iniciação Científica e de seu TCC, e foi apresentado na forma de comunicação oral no IX Encontro Nacional de Pesquisa na Graduação em Filosofia da USP, em setembro de 2006.

INTRODUÇÃO

Pensar numa nova teoria para a produção da normatividade é, certamente, uma tarefa árdua, contra a qual se interpõem desafios e barreiras muitas vezes difíceis de transpor. Ainda que se sustente numa fundamentação claramente filosófica, o mundo jurídico se coloca de forma hermética, praticamente alheio às outras áreas do saber com as quais deveria dialogar.

Assim, propor uma nova forma de encarar o mundo, no Direito, é se colocar contra a maré de uma dita ciência com pretensões de pureza, de valor superior, de hierarquia, de poder. Porém, é um desafio que vale a pena ser aceito.

A presente reflexão começa com a constatação de que o modelo que sustenta a racionalidade moderna é o mesmo modelo que confere ao Direito tais pretensões. E que a sua crise, que mora na crise de todo o projeto da modernidade, tem repercussões claras na forma como se produzem as normas, e na própria forma de pensar o Direito enquanto estrutura de coordenação social e política. Tal construção tem origem na teoria de Hans Kelsen, jurista austríaco que produziu, no bojo do projeto filosófico da modernidade, uma teoria do Direito claramente influenciada por seus pressupostos. Será feito, assim, um breve diagnóstico da crise da razão na modernidade e de sua influência para a produção da normatividade.

Nessa esteira, o próximo passo será apresentar a teoria da ação comunicativa, do filósofo alemão Jürgen Habermas, da Escola de Frankfurt, com as investigações do autor e de seus comentadores. A proposta é indicar claramente sua contraposição à razão monológica e instrumental do iluminismo, tendo a racionalidade comunicativa habermasiana como referencial teórico.

Em seguida, a idéia é relacionar os pressupostos da teoria da ação comunicativa com aspectos da produção da normatividade, a partir das reflexões de Habermas e de autores da Filosofia do Direito, tendo em vista a construção de uma reflexão multifacetada. Afasta-se aqui a pretensão de falar em esgotamento da razão, como pensam autores de referencial pós-moderno, e que esta, ainda que apresente deficiências e limitações, tem as ferramentas para rever-se a partir de si própria, como coloca Habermas.

Por fim, será feita uma breve conclusão, da qual constará a síntese das reflexões feitas no artigo, em especial se a teoria da ação comunicativa é uma alternativa à produção da normatividade, tendo em vista a crise do projeto filosófico da modernidade e suas repercussões no campo do Direito.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CRISE DA RAZÃO

A razão foi elevada a referencial infalível das ações do homem. O Iluminismo, movimento intelectual surgido no século XVIII, provocou o enaltecimento do pensamento racional e das ciências, como forma de combate ao dogmatismo, às explicações do universo com base em crenças religiosas, motivo que levou a razão a ser vista como libertadora, emancipatória. No entanto, a exacerbação do racionalismo, ao revés, prendeu o homem a uma esfera sistêmica, burocrática e instrumental de apreensão das relações interpessoais e das estruturas normativas da vida em sociedade. E, na medida em que, assoberbada pelas certezas da infalibilidade nas respostas dos mistérios da natureza, constituiu-se num dos mais eficientes e perversos artifícios de dominação e poder.

Mas o que aconteceu, para que a razão, compreendida como único atributo capaz de libertar o homem, fosse revestida de um caráter meramente instrumental, que visa a adequação de meios a fins, quaisquer que sejam estes?

A resposta reside, talvez, na opção ocidental por um modelo liberal, baseado no indivíduo, com fundamentação numa lógica de competição, potencializada na modernidade pelo discurso de legitimação das ciências pelo desempenho e pela eficácia.

Sinal claro dessa lógica, influenciada por fatores externos, é uma sucinta análise do que foi o século XX. A ciência, que tanto evoluiu nos últimos séculos, influenciada por essa perspectiva racionalista e instrumental, conseguiu o desenvolvimento de tecnologia capaz de viabilizar a exploração espacial e sustentar a guerra fria, mas não desenvolveu remédios e políticas aptas a dar profilaxia a doenças como a malária, que arrebata milhões de seres humanos por ano. Ampliou os horizontes da comunicação permitindo, em segundos, o acesso a um número incomensurável de informações através da Internet, mas não é capaz de produzir justiça social.

E é no bojo dessa crise da razão que, concebida como libertadora e emancipatória, tornou-se a aprisionadora do homem, que se insere a problemática acerca do processo de elaboração das normas de direito positivo que ora se enfrenta.

2. A PRODUÇÃO DA NORMATIVIDADE E A RAZÃO EM CRISE

O modelo atual de produção da normatividade foi concebido sob a égide do conceito moderno de razão, e

encontra seu maior expoente no pensamento do autor austríaco Hans Kelsen, representante do chamado positivismo normativista e cuja contribuição modificou a forma de compreensão da produção da normatividade, especialmente após as reflexões externadas na obra intitulada *Teoria Pura do Direito*.

Buscando conferir cientificidade à análise do fenômeno jurídico, Kelsen se propôs a realizar um estudo do Direito ontologicamente livre de quaisquer influências externas. Daí o nome de sua obra. O que pretendeu o autor foi proceder a uma análise axiologicamente neutra do universo jurídico, evitando-se a subjetividade decorrente de um estudo que levasse em conta considerações de ordem valorativa, em prol da pureza metodológica positivista. Para tanto, valeu-se da distinção entre as categorias do *ser* e do *dever-ser*, relacionadas às ciências naturais e às ciências sociais, respectivamente. Enquanto as primeiras se sujeitam ao princípio da causalidade, ou seja, para uma mesma causa espera-se sempre o mesmo efeito, nas segundas impera o princípio da imputação, segundo a qual uma dada consequência pode ou não vir a acontecer diante de um mesmo fato ou condição antecedente. Exemplificativamente, uma dada sanção pode ou não ser imposta face ao acontecimento de um crime.

No âmbito do Direito, as normas prescrevem condutas que devem se verificar na prática, mas que, por algum motivo, podem não se realizar. Nesse sentido, Kelsen extrai a conclusão de que o *dever-ser* jurídico está desvinculado de quaisquer fatos históricos, sociais e culturais. Em consequência, a validade de uma norma não repousa nos valores que antecederam sua elaboração e, em virtude de sua incessante busca por conferir cientificidade aos seus achados (ainda que resumir cientificidade à neutralidade axiológica seja um conceito um tanto quanto questionável), tampouco poderia ser buscada fora do sistema normativo. Assim, Kelsen define norma válida como toda aquela que, após ter se submetido ao processo legislativo definido no próprio ordenamento jurídico, passa a integrá-lo de maneira regular.

Percebe-se que a norma jurídica ocupa papel central na teoria kelseniana, sendo observada a partir de si própria, consoante uma perspectiva estritamente formalista. Ou seja, uma norma jurídica não é válida porque seu conteúdo é socialmente aceito; prescinde-se da análise do teor da norma para se dizer se ela é ou não válida, bastando constatar se ela obedeceu ao requisito formal básico exigido para a sua entrada no ordenamento jurídico, qual seja, a observância a uma norma de direito que lhe é logicamente anterior e superior. Nas palavras do autor: “O fundamento de validade

de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, norma inferior”.¹

A partir de Kelsen, o sistema normativo passa a ser compreendido como um sistema escalonado de normas, organizado segundo esse conceito de validade. Desse modo, para aquilatar se uma dada norma é válida ou não, basta proceder a uma análise retrospectiva e verificar se ela está de acordo com outra norma que lhe seja anterior. Esse esquema pode ser representado por uma pirâmide de normas, em cujo topo está a chamada “norma fundamental”, um pressuposto lógico-formal, desprovido de conteúdo, que serve para fechar o sistema e conferir validade para todas as normas inferiores, inclusive à Constituição, norma origem do ordenamento jurídico. A esse respeito, ponderam os professores de Filosofia do Direito Eduardo Bittar e Guilherme Almeida:

Do conceito de validade é que se pode partir para o conhecimento do fundamento de todo o ordenamento jurídico: a norma fundamental (*Grundnorm*). De fato, na cascata das recíprocas relações de validade entre as normas é que reside a chave para a dissecação do conceito de norma fundamental, que nada mais é que o fundamento último de validade de todo um sistema jurídico. O sistema jurídico, para Kelsen, é unitário, orgânico, fechado, completo e auto-suficiente; nele nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico resume-se a esse complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez e completude, de modo que a norma fundamental desempenha papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado.

E continuam:

Numa doutrina em que as normas têm total preponderância, até mesmo o fundamento do ordenamento vem definido como uma norma, a norma fundamental, aquela que não remete a nenhuma outra. Seu caráter é técnico-gnosiológico, e sua existência, puramente lógica. Assim, essa norma possui uma natureza puramente pensada, como forma de estancar o regresso *ad infinitum* do movimento cadenciado de busca do *principium* de

⁽¹⁾ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p.267.

validade de toda a estrutura piramidal do ordenamento jurídico; trata-se de uma ficção do pensamento, na busca de determinar logicamente um começo e um fim.²

Nesse sentido, o fundamento de todo ordenamento jurídico repousa na aludida norma fundamental, numa estrutura lógica que, apenas a título de elucidação, poderia ser descrita como dotada do seguinte conteúdo: os indivíduos que vivem em sociedade devem comportar-se segundo as prescrições contidas na Constituição.

Ao assumir uma postura positivista básica e configurar o Direito como um conjunto escalonado de normas, organizado segundo critérios de lógica formal, tais como o princípio da validade formal, Kelsen se abstém da análise do conteúdo das normas, pois, do contrário, teria que lidar com valores, elementos esses considerados metajurídicos. Nessa esteira, as questões da Justiça e da legitimidade das normas jurídicas não constituem preocupação da ciência do direito. Em consequência disso, operou-se um notável afastamento da ciência jurídica em relação às demais ciências, visando a construção de um saber jurídico dominante tido como axiologicamente neutro e, portanto, científico.

É nítido, pois, que tal postura corporifica o modelo moderno de razão, uma razão instrumental, voltada para o domínio prático e/ou teórico dos objetos, cartesiana, do “dividir para conhecer”, que se traduz numa estrutura monológica de apreensão do conhecimento, limitada à relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. O excesso de racionalismo conduziu ao culto à forma, ao fetichismo da lei, que a reduz a mero instrumento destinado à consecução de fins. Como consequência disso, a produção da normatividade, ou seja, o mecanismo utilizado na elaboração das normas jurídicas, também se sujeita aos moldes dessa razão instrumental, estreita e limitadora, que se ocupa da adequação de meios a fins.

A questão que se coloca, então, é a seguinte: é possível encontrar no conceito de ação comunicativa habermasiano um contraponto à razão instrumental preconizada pelo projeto filosófico da modernidade e, conseqüentemente, ao atual modelo de produção da normatividade?

3. A AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA COMO ALTERNATIVA AO MODELO ATUAL DE PRODUÇÃO DA NORMATIVIDADE

O reconhecimento da natureza lingüística do discurso científico e de que o mundo se revela através da

linguagem impôs uma mudança paradigmática na filosofia, que rompeu com o modelo de conhecimento em vigor até então, adstrito à representação dos objetos na consciência do sujeito cognoscente. Nesse sentido a razão, que sempre fora vista segundo uma perspectiva cognitivo-instrumental, ou seja, a partir dos aspectos da relação sujeito-objeto, e também de uma relação meio-fins, passou a ser compreendida (ao menos em termos filosóficos) através do paradigma da linguagem e, portanto, a considerar a relação sujeito-sujeito. Permitiu-se, com isso, a superação da noção de subjetividade que balizava o conceito moderno de razão, pela noção mais ampla de intersubjetividade. A essa transição paradigmática, da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, deu-se o nome de “guinada lingüística”.

Contudo, os avanços lingüísticos restringiram-se à análise do campo semântico da linguagem, o qual se ocupa apenas do caráter formal das frases e expressões gramaticais. Nesse sentido, o semanticismo, preocupado apenas com a função representativa da linguagem, mostrou-se insuficiente para romper com o quadro anterior, uma vez que o estudo da relação linguagem/mundo correspondia justamente ao estudo da relação sujeito/objeto, sem que qualquer outro elemento fosse inserido nessa pretensa “nova” perspectiva de análise da razão. Por tal motivo, partindo do pressuposto de que a comunicação é um traço distintivo da natureza humana e, com o objetivo de formular um conceito mais amplo de razão, Jürgen Habermas propôs uma nova virada, a chamada “guinada teórico-comunicativa”, baseada no reconhecimento da intenção comunicativa da linguagem.

Para sustentar que o modo de uso original da linguagem é a comunicação, Habermas invocou as noções de Austin, estudioso da filosofia da linguagem, sobre efeitos locucionários, ilocucionários e perlocucionários dos atos de fala. Os primeiros representam o uso gramatical da linguagem. Os segundos, por sua vez, referem-se à possibilidade de se vislumbrar a intenção do sujeito falante revelada no ato de fala. Por fim, os terceiros dizem respeito às intenções do sujeito falante que não são reveladas através do ato de fala e que, assim, permitem o sucesso na ação que envolve o discurso.

Esta última classe de efeitos é a que torna viável a manipulação do ouvinte, que pode ser induzido à tomada de decisão e conseqüente realização de uma ação justamente porque não compreendeu a intenção do falante contida no ato de fala. Possibilita-se, assim, o sucesso do discurso para o falante, que poderia restar comprometido caso o ouvinte partilhasse de suas intenções. Trata-se do chamado uso estratégico da linguagem. Habermas se socorre dessas

⁽²⁾ ALMEIDA, Guilherme de Assis; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 338.

noções para afirmar que o modo original da linguagem é o seu uso comunicativo, uma vez que, não fosse assim, sequer seria possível utilizá-la como instrumento de manipulação do ouvinte. Antes de ser manipulado, enganado, é fundamental que primeiramente se atinja a meta locucionária, ou seja, que o ouvinte compreenda o teor gramatical do discurso, ainda que não consiga perceber as reais intenções do falante. Nesse sentido, ele critica o uso estratégico da linguagem, o qual se baseia numa adequação de meios a fins, intitulando-o de parasítico, pois impede que se atinja um acordo racional e comunicativamente alcançado.

Falantes e atores competentes podem, eles mesmos, distinguir os casos nos quais se está tentando chegar ao acordo com os outros dos casos em que se estão usando todos os meios possíveis para conduzir ao consenso, incluindo engano, manipulação ou coerção. Além disso, de acordo com Habermas, mesmo essa capacidade de forçar o consenso pode parecer repousar na possibilidade de agir comunicativamente. Isto é, o uso ‘comunicativo’ da linguagem para alcançar o acordo é o modo ‘original de uso da linguagem’ em relação ao qual seu uso ‘estratégico’ para conduzir ao consenso é ‘parasítico’.³

Portanto, ao se conceber a comunicação, ou seja, a busca pelo consenso, como finalidade da linguagem, tem-se que esta pressupõe uma racionalidade que lhe é inerente, pois um discurso desprovido de racionalidade não será compreendido e, por conseguinte, não será aceito. Nesse sentido, a linguagem é o paradigma que melhor revela a razão, que, por sua vez, não é instrumental nem subjetiva, mas intersubjetiva, pois intenciona a comunicação. Isto é, do ponto de vista teórico-comunicativo, a linguagem é *medium* para entendimento e obtenção de acordo sobre algo relativo ao mundo, constituindo, portanto, o instrumento apropriado para compreender a racionalidade.

Com isso, o conceito de razão, que antes era compreendido segundo uma perspectiva monológica, cartesiana, comprometido tão somente com o caráter descritivo do conhecimento e marcado pela primazia do sujeito sobre o objeto, foi alargado e passou então a ser encarado de maneira dialógica, apoiado numa relação composta por três termos, quais sejam, a linguagem, o mundo e os participantes da comunicação (falantes/ouvintes).

É daí que surge a idéia habermasiana de “racionalidade comunicativa”, que não mais se vale do antigo padrão cognitivo-instrumental, tido como insuficiente e limitado, e que dá lugar a uma perspectiva mais abrangente, que reconhece a intersubjetividade e se atém à relação entre falantes/ouvintes na busca e produção de um acordo racional destinado a orientar e coordenar a ação. Trata-se de um consenso que se atinge comunicativamente e, portanto, racionalmente, sem que haja sobreposição de vontades ou o uso de qualquer forma de coação.

Na medida em que recai na linguagem o paradigma da fundamentação, esta não se fecha no monólogo solitário da subjetividade voltado para o domínio teórico ou prático de objetos como no paradigma da consciência; pelo contrário, abre-se numa comunicação intersubjetiva não instrumental que para ser interpretada precisa de outros sujeitos participantes e orientados pelo entendimento. Nesta perspectiva o entendimento, como finalidade imanente, como razão de ser da linguagem humana, sobre o qual gira o pensamento crítico de Habermas, pressupõe que o falante ao dizer algo seja compreendido dentro de um contexto. A ‘situação ideal de fala’ refere-se ao uso da linguagem sem coação interna ou externa, simetria de posições entre proponentes e oponentes no panorama da comunicação.⁴

Para que um discurso possa ser tido como racional e, portanto, ser compreendido e aceito, ele deve respeitar certas exigências de validade trans-subjetivas, que possam ser demonstradas caso seu teor seja criticado pelos participantes da comunicação. Isto quer dizer que a racionalidade dos atos de fala repousa na possibilidade de se fornecerem seus fundamentos quando questionados. Nesse sentido, o entendimento depende do reconhecimento intersubjetivo dessas pretensões de validade criticáveis que, para Habermas, somente é viável se os sujeitos compartilham o mesmo “mundo da vida”, termo criado por ele para designar o conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado a partir do qual os indivíduos se abastecem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo. Ou, mais simplesmente, trata-se do mundo cultural e de relações sociais que uma dada comunidade partilha⁵. Portanto, a consecução de um acordo alcançado comunicativamente depende da

(3) No original se lê: “Competent speakers and actors can themselves distinguish the cases in which they are attempting to come to agreement with others from the cases in which they are using any means as possible to bring about compliance, including deceit, manipulation, or outright coercion. Moreover, according to Habermas even this capacity to force compliance can be shown to rest on the possibility of acting communicatively. That is, the ‘communicative’ use of language to reach agreement is the ‘original’ mode of language use upon which its ‘strategic’ use to bring compliance is ‘parasitic’.” in WARNKE, Georgia. Communicative rationality and cultural values. In WHITE, Stephen K. The Cambridge Companion to Habermas, p. 121.

(4) BOLZAN, José, Apud BITTAR, Eduardo C. B., in Prefácio do livro Projeto e Monografia Jurídica, p. 15.

(5) ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas, p. 52.

intersubjetividade do “mundo da vida”, que fornece aos participantes do diálogo os recursos para a superação de suas visões subjetivas e permite a percepção de que compartilham do mesmo núcleo de relações sócio-culturais e, portanto, emprestam o mesmo valor e significado aos acontecimentos do mundo.

O consenso só se garante ou se torna possível mediante o discurso argumentativo e livre de coações, interesses e influências, em que se preserva a individualidade e se permite o afloramento e conservação da diferença. Tal formulação de racionalidade comunicativa visa a dissolver a relação instrumental fundamentada na via de mão única do monólogo impositivo e dominador, pressupondo um mundo partilhado intersubjetivamente, no qual cada sujeito vive, atua e fala ao mesmo tempo em que preserva a e aperfeiçoa sua identidade subjetiva com a renovação da tradição.⁶

Do conceito habermasiano de racionalidade comunicativa deriva ainda a idéia do “agir comunicativo”, por contraposição ao “agir estratégico”. Enquanto neste o sujeito ambiciona a realização de intenções próprias por meio do discurso, visando atingir metas perlocucionárias, naquele os participantes pretendem alcançar um entendimento e coordenar um plano de ação através de um acordo obtido consensualmente, buscando, pois, a consecução de metas ilocucionárias. Nesse sentido, a ação comunicativa traduz-se num mecanismo de orientação e coordenação de ações tendentes a alcançar as metas definidas consensualmente.

Falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a de negociar sobre a situação e as conseqüências esperadas. Em ambos os casos, a estrutura teleológica da ação é pressuposta na medida em que se atribui aos atores a capacidade de agir em vista de um objetivo e o interesse em executar seus planos de ação.⁷

Pelo fato de que a linguagem contém dentro de si a disponibilidade para o entendimento, de que o que é verdadeiramente inerente à comunicação é a vontade de exprimir algo que possa ser entendido e partilhado pelos demais, possibilitando assim um acordo intersubjetivo entre os participantes na comunicação, isto vai acarretar importantes

conseqüências no plano da ação social, e sublinhar a relevância da ação comunicativa como forma de ação social ideal. Pois, na medida em que os participantes da comunicação visam um acordo intersubjetivo, todos os envolvidos encontram-se em igualdade de chances para decidir as orientações da ação que vão determinar a vida social. A ação comunicativa, portanto, como forma de mecanismo de coordenação das ações baseadas na intersubjetividade do entendimento lingüístico vai acarretar a total ausência de coerção, já que as posições assumidas deverão levar em conta a possibilidade de [que] venham a ser contestadas pelos demais, devendo provar-se por suas pretensões de validade, e não por qualquer influência externa ou pelo uso da força⁸.

Isso significa que as asserções devem ser sustentadas porque há como vencer tais pretensões de validade criticáveis, ou seja, porque os fundamentos e razões do discurso são sólidos e racionais o suficiente para conferir-lhe fundamentação, satisfazendo os anseios do ouvinte, que os aceita, e não porque existem elementos externos ao discurso que garantam a sua sustentabilidade. Na ação comunicativa somente se admite a força do melhor argumento.

Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido do adversário por meio de manipulações: o que *manifestamente* advém graças a uma intervenção externa não pode ser *tido na conta* de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns.⁹

Nessa esteira, a ação comunicativa constitui um padrão ideal de ação social a ser buscado, que, ao libertar os participantes da comunicação de quaisquer forças coercitivas, os coloca em igualdade de condições no curso do diálogo, tornando-se uma via de combate ao dogmatismo e à dominação social, assumindo, conseqüentemente, um caráter emancipatório (libertador), pois pretende que a ação seja orientada por um modelo racional de discurso, que encontra arrimo em razões e fundamentos próprios, cuja validade pode ser contestada e sustentada racionalmente e não imposta arbitrariamente, obrigando os ouvintes à aceitação.

⁽⁶⁾ BOLZAN, José. Idem, p. 13.

⁽⁷⁾ HABERMAS, Consciência moral e Agir Comunicativo, p. 165

⁽⁸⁾ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Op. Cit, p. 54.

⁽⁹⁾ Ibid. Idem, p. 165.

É justamente nesse sentido, de ação social ideal, que a teoria da ação comunicativa habermasiana relaciona-se com o modelo que se pretende de produção da normatividade.

É o agir comunicativo a única fonte de fundamentação do próprio processo de constituição do direito positivo, como emanção do poder de comando do Estado. Nem razões naturalistas, nem razões metafísicas, nem razões histórico-econômicas são aqui invocadas para a fundamentação da juridicidade, pois tudo repousa na capacidade de consenso gerada pelo agir comunicativo.¹⁰

Com a virada lingüística e a posterior virada teórico-comunicativa impõe-se o reconhecimento do direito como linguagem, como discurso. Por conseguinte, não há como pensar o fenômeno jurídico sem se ater à intenção comunicativa da linguagem preconizada por Habermas e às consequências disto no âmbito da ampliação do conceito de razão. Entretanto, ainda que a filosofia tenha passado pela virada lingüística, o Direito ainda parece estar preso à filosofia da consciência, com sujeitos e objetos que interagem de forma unitária. Não importa o conhecimento do todo: o Direito é visto como compartimentações estanques, que não se voltam dialogicamente para outras disciplinas ou mesmo áreas do saber. Como sugerem Lenio Streck e Tercio Sampaio Ferraz Jr.

*O universo jurídico deve ser compreendido como um universo lingüístico e se infere daí que o pensamento jurídico haverá de assumir como seu método específico a análise da linguagem – a análise da linguagem legal, isto é, a interpretação jurídica daqueles dados empíricos que consistem nas proposições normativas de que se compõe o discurso do legislador.*¹¹

Não é este, entretanto, o ponto de vista tradicional da doutrina jurídica. Este costuma ver a norma como um *imperativo acabado e dado* antes do caso concreto ao qual ela se aplica. Daí a tendência em confundir o texto da norma com a própria norma ou, pelo menos, a tendência em admitir que a palavra da norma exprime basicamente, de modo suficiente e adequado, a sua validade.¹²

Nesse sentido, o problema reside em vislumbrar por quem e para quem esse discurso é proferido.

Concebido segundo os princípios iluministas, o Estado moderno tem como uma de suas características a

tripartição dos Poderes, em que cada um deles assume funções específicas e particularmente delineadas. Dessa forma, a elaboração das leis compete ao Parlamento, composto de cidadãos democraticamente escolhidos pelo povo e, portanto, encarregados de legitimamente definir quais as condutas socialmente aceitas e desejadas. Ou seja, cabe aos parlamentares confeccionar o discurso, a linguagem que configura o direito positivo que dá os contornos do Estado.

Dessa maneira, dentro de um sistema democrático, a atitude dos políticos eleitos deve corresponder à vontade da maioria do povo. No entanto, não é isso que se vislumbra na prática. Orientados pela já aludida razão instrumental, o Legislativo distorce a função do direito positivo transformando-o em meio para a consecução de fins não claramente expostos. E, assim, o discurso da norma se traduz num discurso monológico, alheio à intersubjetividade inerente à linguagem, que não reconhece a alteridade e, voltando à terminologia de Austin, constitui-se num ato de fala em que predomina o efeito perlocucionário, pois com a apenas aparente pretensão de realização da justiça social, a norma tal qual é produzida hodiernamente, sem refletir e realizar os anseios populares, torna-se ação destinada ao sucesso do falante (legislador ou qualquer grupo cujos interesses ele representa) por meio da ocultação de suas reais intenções.

É nesse sentido que a ação comunicativa habermasiana aponta no horizonte como alternativa a esse modelo de produção da normatividade. Com efeito, na medida em que o poder comunicativo, cujo *locus* se dá na esfera pública, ambiente em que os cidadãos se reúnem para, comunicativamente e através do consenso, definir as metas que devem ser socialmente perseguidas, transmutar-se em poder administrativo, então as normas realmente serão expressão da vontade popular.

O fluxo de poder dentro do Estado de Direito, hodiernamente, se dá no sentido centro-periferia, ou seja, do núcleo de poder institucionalizado para a esfera pública, quando deveria ocorrer justamente o inverso, porquanto é nesta última que se forma a opinião pública e, portanto, a vontade popular.

No entanto, conforme pondera Aylton Barbieri Durão, da Universidade Estadual de Londrina, existem diversas barreiras de ordem prática que comprometem a operacionalidade desse modelo de produção da normatividade:

⁽¹⁰⁾ BITTAR, Eduardo C. B. Ética, educação, cidadania e direitos humanos, p. 183.

⁽¹¹⁾ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise, p. 67.

⁽¹²⁾ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Direito, retórica e comunicação, p. 105.

Contudo, este modelo de socialização comunicativa pura ainda é demasiado forte para a sociedade moderna por causa dos inevitáveis momentos de inércia que dificultam a comunicação dos cidadãos e a tomada de decisão das instituições políticas, porque os cidadãos devem refletir sobre os problemas em condições de escassez de informações, de manipulações implementadas pela publicidade e pelos meios de comunicação de massa, bem como de crescente apatia e decrescente interesse e participação eleitoral, enquanto o parlamento e o governo possuem cada vez menos poder de se impor sobre um sistema econômico globalizado que permite a fuga de capitais diante de decisões desfavoráveis aos negócios; por isso, o funcionamento normal do poder procede do centro em direção à periferia, o que constitui uma circulação contrária à manutenção da complexidade social, uma vez que descarrega os cidadãos da tarefa de gerar uma opinião pública capaz de sensibilizar o parlamento a tomar decisão, mas, em situações extraordinárias, os próprios cidadãos podem se mobilizar através da opinião pública e determinar o fluxo da circulação do poder.¹³

Não obstante, conforme dito anteriormente, a ação comunicativa constitui uma ação social ideal que deve, portanto, servir de guia da ação. É claro que a simetria de posições entre os sujeitos participantes da comunicação é algo difícil de atingir, especialmente nos países em desenvolvimento, nos quais o nível de formação da maioria da população é tão baixo que se torna quase impossível a constituição de uma massa de sujeitos ouvintes aptos a interferir no ato comunicativo, criticando as premissas em que se baseia o discurso do falante; contudo, isso não implica que tal modelo de produção da normatividade e de organização social não seja buscado. Aliás, Habermas utiliza-se da racionalidade comunicativa como padrão de verificação do grau de evolução de uma dada sociedade, ponderando que quanto mais próxima do agir comunicativo uma sociedade conseguir se organizar, maior racionalidade sua estrutura social apresentará e, conseqüentemente, maior será seu nível de evolução social.

Destarte, ainda que existam óbices empíricos para a utilização da ação comunicativa como substrato do modelo de produção da normatividade que se pretende como substituto daquele instrumental, derivado do criticado projeto filosófico moderno, ainda assim tal modelo alternativo deve ser perseguido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto filosófico da modernidade está em crise, o que traz conseqüências inevitáveis para a acepção do conceito de razão. Conforme explicitado ao longo do presente trabalho, a exacerbação do pensamento racional resultante do enaltecimento dos pressupostos iluministas transfigurou a razão, que de libertadora, passou a aprisionadora e instrumental, destinada à adequação de meios a fins, independente de quais fossem.

Tal razão representava a filosofia da consciência, segundo a qual o fenômeno do conhecimento deveria ser compreendido nos termos de uma relação monológica e subjetiva, consoante a perspectiva sujeito-objeto.

Dentro desse quadro é que surgiu o pensamento de Kelsen, que passou a conceber o Direito (ordenamento jurídico) segundo uma ótica estritamente formalista, calcado num modelo de produção de normatividade que refletia os exatos termos da razão moderna.

Com o desenvolvimento do saber científico, essa compreensão da razão enquanto cognitivo-instrumental mostrou-se limitada e, principalmente, inabilitada à análise das relações sociais como um todo. Diante da tão falada crise da razão, impôs-se uma mudança paradigmática na filosofia.

A filosofia da consciência, aos poucos, deu lugar à filosofia da linguagem, cujos pressupostos, conforme inicialmente ressaltado, permitiram uma revisitação do conceito de razão a partir dela própria. Com base nessa “virada lingüística” e, posteriormente, propondo a “virada teórico-comunicativa”, que sustenta a necessidade de reconhecer a intenção comunicativa da linguagem, Habermas elaborou os conceitos de racionalidade e ação comunicativa, que visam a produção de acordos alcançáveis comunicativamente, sem que seja necessária a sobreposição de vontades através da coerção.

Com base, então, na teoria da ação comunicativa habermasiana, e no reconhecimento do direito enquanto discurso (e não como um conglomerado de normas organizadas segundo princípios lógico-formais, como sustentava Kelsen) é que se propôs, ao longo deste trabalho, uma alternativa ao atual modelo de produção da normatividade. Este, calcado numa estrutura de poder legiferante cujo fluxo se dá socialmente no sentido centro-periferia, ou seja, verticalmente e de cima para baixo, é substituído por um modelo novo, dialógico, em que

⁽¹³⁾ DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão entre faticidade e validade no direito segundo Habermas. In Revista *ethic@*, Florianópolis, v.5, n. 1, p. 103-120, Junho de 2006.

predomina o aspecto comunicativo cujos *locus* se dá na esfera pública. Desse modo, as idéias de Habermas servem como substrato teórico para um novo modelo de produção da normatividade, mais representativo do povo, apto a refletir nas normas jurídicas os anseios populares de maneira mais homogênea.

É certo que existem barreiras de ordem prática a serem transpostas para a implementação das idéias de Habermas, mas o importante é o resgate da utopia. É imprescindível, portanto, compreender a ação comunicativa nos moldes de uma ação social ideal, que pode servir de guia da ação social concreta. Nesse sentido, a sugestão de incrementação dos mecanismos de democracia participativa, como o incentivo à elaboração de leis de iniciativa popular, da freqüente realização de plebiscitos e referendos, e da organização da sociedade civil, seja na forma de Organizações Não-governamentais (ONG's) ou de associações, ou até mesmo sob a forma de movimentos sociais, como forma de ampliar a participação do povo no processo de elaboração das normas, compreendendo-se o fenômenos jurídico e a produção da normatividade de maneira mais elástica e tendente à promoção de justiça social do que pretenderam os autores modernos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme de Assis. BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.
- ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos: Estudos Filosóficos entre Cosmopolitismo e Responsabilidade Social*. São Paulo: Manole, 2004.
- DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre faticidade e validade no direito segundo Habermas*. In *Revista ethic@*, v.5, n. 1. Florianópolis, 2006.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e Democracia v. 1 – Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HORKHEIMER, Max. *O Eclipse da Razão*. 5ª ed. São Paulo: Centauro, 2003.
- INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Brasília: EdUnb, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Armando Editor, 1974.
- MENDONÇA, Samuel. *Projeto e Monografia Jurídica*. Campinas: Millennium, 2006.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *O Mal-Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- _____. *Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.
- SIEBENEICHLER, Fábio Beno. *Razão Comunicativa e Emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- WARNKE, Georgia. *Communicative rationality and cultural values*. In WHITE, Stephen K. *The Cambridge Companion to Habermas*. Virginia Polytechnic Institute and State University, Blacksburg: Cambridge University Press, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

A presente resenha é produção da linha de pesquisa ética e sociedade, do grupo de pesquisa Filosofia, Cultura e Sociedade (CNPq/PUC Campinas), sob a orientação do Prof. Samuel Mendonça.

Estaria o Direito ingressando na chamada *pós-modernidade*, ou seja, no momento em que se encontram esgotados as referenciais e as categorias que permearam o mundo desde a Revolução Francesa e a Iluminismo? Ou mesmo, podemos falar em pós-modernidade? O que isso seria? O que significa para o mundo, para a Filosofia e, principalmente, para o Direito?

Responder a essa pergunta e a proposta do livro de Eduardo C. B. BITTAR, resultado de profunda investigação para obtenção do título de livre-docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP.

Eduardo C. B. BITTAR, doutor e livre-docente, professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, pertence a uma nova geração de docentes pesquisadores, para quem a senda da pesquisa científica configura um caminho do qual o ensino do Direito não pode se dissociar ao andar em paralelo. Tal perspectiva coaduna com a idéia de que um entendimento multifacetado, e não apenas instrumental do manejo normativo, depende de domínio metodológico e, sobretudo, de conhecimento aprofundado em várias áreas do saber, de forma a entender a sociedade e suas contradições tendo em vista a consecução da Justiça.

O autor define claramente seus referenciais teóricos como pós-modernos, como o sociólogo francês Gilles LIPOVETSKY e o filósofo francês Jean-François LYOTARD, além de Michel MAFFESOLI. Não se esquece, porém, de dialogar com autores de inspiração moderna, como os filósofos da Escola de Frankfurt, entre eles Max HORKHEIMER e Jürgen HABERMAS, este com presença marcante em sua trajetória acadêmica, e seus comentadores, como o brasileiro Sergio Paulo ROUANET. Assim, trata-se de uma obra profundamente influenciada para referenciais filosóficos a que demonstra profundidade e preocupação com a fundamentação dos conceitos apresentados. É

possível apontar também que o autor não se pretende a categorias modernas quando discursa sobre a pós-modernidade: não se vê a elevação do neoliberalismo e da democracia ocidental como imperativos, ou mesmo a noção de fim da história, presente na reflexão do filósofo norte-americano Francis FUKUYAMA, ou mesmo a releitura marxista apelidada de pós-moderna do sociólogo alemão Robert KURZ.

A divisão do livro atende ao horizonte amplo no qual se funda as investigações do autor, e esta organizada segundo um encadeamento lógico. Ainda que a pretensão seja grande, isso não se traduz em falta de densidade, problema comum a diversos textos jurídicos. Ela começa a com a problematização do tema. O que denota preocupação metodológica, pois a definição do problema é imprescindível, em textos científicos, para o desenvolvimento do raciocínio do autor.

Em seguida, apresenta um panorama da modernidade, sua origem, seus referenciais e o que esta alterou as estruturas do mundo, até então encobertas pelo obscurantismo dogmático. Apresenta, também, a inserção do Direito no cerne dessa estrutura filosófica através da sagração do positivismo como fundamento teórico e em que medida isso contribuiu para a configuração do direito moderno e suas mazelas.

Temos, aqui, a colocação oportuna do autor:

Quando se pensa que o Direito pode ser uma espécie de instrumento neutro de controle social, na medida em que olha objetivamente os conflitos sociais e procura pacificar-lhes o confronto, deixa-se de pensar que, já em seu nascedouro, o direito nasce comprometido com a ordem burguesa e liberal em ascensão, como parte de um *panneaux* de grandes dimensões amplificado por grandes teorias, justificado por grandes sistemas de pensamento e desejado por grandes contingentes humanos, especial mente pelas elites detentoras de riquezas.¹

O terceiro capítulo apresenta a descrição da pós-modernidade. Aqui o autor se preocupa em desenvolver a

⁽¹⁾ p. 58.

audaciosa tarefa de discutir o amplo espectro que compreende as reflexões pós-modernas, que vão do campo cultural, com as novas formas de produção de cultura para as massas, presentes na reflexão de LIPOVETSKY até as discussões sobre o caráter instrumental da razão, presentes na crítica de HABERMAS, passando pela (des)construção da linguagem a partir de LYOTARD e a sociologia de Boaventura de Sousa SANTOS. Para o autor, em síntese, o conceito de pós-moderno e como um momento, como:

(...) a descrição intelectual (filosófica e sociológica de um quadro de mudanças definido como *estado histórico transitivo*, marcado pelo desaparecimento das grandes marcas culturais distintivas da modernidade (...) que se percebe na ruptura do *viver* a sensação de transitiva intertemporal, grande característica do que é o pós-moderno; a não-inauguração de um tempo *novo* (o que se chama de futuro) com relação a um tempo *velho* (o que se chama passado) e a marca temporal do pós-moderno, na medida em que não se pode afirmar que a modernidade foi expulsa dos quadrantes da vida contemporânea, assim como não se pode dizer que seja a mesma (ainda que se admita que seja Eder, Sapir, reflexiva, líquida ou fluída), na medida em que se retém uma *transitividade* na idéia de *simultaneidade* que está perspassando as categorias temporais na vivência pós-moderna.²

Registra-se, aí, a opção pela consideração de que a pós-modernidade não é externa a modernidade, denotando profunda influência do pensamento habermasiano, que admite as limitações e deficiências da modernidade e procura, através de uma racionalidade comunicativa que resgata a intersubjetividade da razão solitária e adstrita a relação entre sujeito e objeto. E a modernidade revista a partir de si própria, como sugere HABERMAS. É de HABERMAS também a premissa do esgotamento do paradigma da filosofia da consciência, que se resume relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, fundamento da razão solitária e instrumental da modernidade, sendo, assim, um norte conceitual para toda a obra.

O quarto capítulo trata especificamente do Direito na pós-modernidade. O capítulo é composto basicamente pela reflexão a respeito da validade e da eficácia jurídica na pós-modernidade, a partir de autores como o austríaco HANS KELSEN, o italiano NORBERTO BOBBIO e os jusfilósofos brasileiros TERCIO SAMPAIO FERRAZ, MIGUEL REALE, e suas respectivas abordagens a respeito da questão da

eficácia. Constatase, ao final, os problemas referentes a eficácia nesse recorte histórico. Como coloca BITTAR:

O sistema jurídico, como um todo, sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade em sua configuração, eis a necessária constatação. Sabendo-se tratar de um sistema que não vive autonomamente, com relação aos demais sistemas (social, cultural, político, científico, econômico, ético...) é de se dizer que o sistema jurídico recebe diretamente o impacto das modificações sofridas nas últimas décadas, que acabaram por produzir profunda desestruturação nos modos tradicionais e modernos de concepção do mundo.³

O quinto capítulo expande a discussão para outros campos, como a realidade brasileira. O autor questiona, nesse momento, se podemos falar em pós-modernidade no Brasil? Entre tantas ambivalências, responde o autor, e impossível falar apenas em pós-modernidade por aqui. A isso responde o autor:

O Brasil vive, a um só tempo, pre-modernidade (pense-se nas comunidades de pescadores da Amazônia), modernidade (pense-se no crescimento e no desenvolvimento tecnológicos que agora apontam em certas cidades brasileiras) e pós-modernidade (pense-se em metropolizações e conurbações urbanas dos grandes centros populacionais brasileiros). Ao se falar do impacto de fenômenos pós-modernos (informatização e telecomunicação mundial, globalização econômica, comunidade em rede, privatização do Estado, terceirização das responsabilidades sociais (...)) violência e criminalidade urbanas, desemprego em massa de jovens diplomados, multiplicação dos cultos e crenças religiosas, filiarquia inlertendo a relação de poder na família etc.) na realidade brasileira deve-se também ter em consideração que a pós-modernidade não é um fenômeno homogêneo nas dimensões continentais brasileiras (...). Os contastes, portanto, são a tônica da observação de uma realidade multifacetada; ao se aproximar o olhar desta realidade dever-se-á ter presente a visão de diversos matizes.⁴

Considera-se, também, a crise do Direito no Brasil, tendo em vista a experiência de sucessivos fracassos da Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, e como ela não foi capaz, por si só, de resolver os graves problemas sociais que de certa forma assolam o país.

(2) p. 138.

(3) p. 207.

(4) p. 218.

Pontualmente, aqui, destaca-se a preocupação com temas atuais ao mundo do Direito. O autor aborda, por exemplo, a explosão de organizações não-governamentais e do terceiro setor, além dos movimentos sociais, como efeito direto da crise de gestão e da ineficiência do Estado na administração pública. Assim, restará ao Estado apenas o monopólio da produção da normatividade, ainda que esta esteja sendo questionada por grupos paralelos⁵. Dessa forma, como coloca o autor:

o surgimento do terceiro setor é uma espécie de manifestação inusitada, não compreendida da lógica de funcionamento do Estado moderno, que visa a cumprir uma função mediatizadora de interesses sociais, ante as estruturas formais de Estado, altamente deficitárias e ineficientes.⁶

Ou ainda:

A expressão movimentos sociais, com toda a sua ambigüidade, ainda assim, pode ser concebida como uma ordem que manifesta uma outra lógica, que não aquela oficial do Estado, cuja representatividade e legitimidade decorrem do fato de serem o conjunto das forças populares organizadas por segmentos e grupos de interesse. A *vox*, neste sentido, e a medida da capacidade de expressão dos grupos sociais que, devidamente organizados, são capazes de interagir com os demais grupos sociais e instituições públicas, no sentido da implementação de políticas públicas e alternativas de soluções para problemas sociais e de interesse comum *elou material*?⁷

A preocupação com os Direitos Humanos, como era de se esperar, se faz presente integralmente a obra. Aqui sistematiza-se as reflexões e vivências do autor na investigação acadêmica e na participação ativa nos debates sobre direitos humanos, seja em congressos, seja acompanhando o trabalho do Núcleo de Estudos da Violência, da USP, e da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação), vinculada ao primeiro, da qual ele seria, posteriormente a publicação

da tese de livre-docência, alcançado a condição de secretário-executivo. Antes de tratar o tema de forma vazia, preenchida na medida em que serve de retórica pouco aprofundada, ele se propõe a retomar os fundamentos axiológicos dos direitos humanos e como este, na esteira da modernidade, teve sua formulação distorcida em prol de um arremedo de democracia ocidental que se impõe ao resto do mundo de cima para baixo. E a demonstrar os impactos da pós-modernidade, em suas bases, quando fala em direitos humanos no Brasil, e suas sucessivas formas de violação⁸.

Em seguida, aborda vários tópicos que vão dos efeitos da pós-modernidade, nas relações internacionais e ao aprofundamento de tópicos antes abordados, como a questão brasileira e os direitos humanos. Não se esquece de propor, ao final, uma nova dinâmica jurídica, como forma de aperfeiçoamento da justiça brasileira. Trata-se, assim, de uma perspectiva pró-ativa, e não apenas um diagnóstico de laboratório como faziam os modernos.

O autor não se esquece, também, de dedicar um espaço a investigação sobre o ensino jurídico, outro campo em que se faz sentir o ocaso da filosofia da consciência, que reduz as relações a interações entre sujeito e objeto, e do *dividir para conhecer* de Descartes, através da divisão em disciplinas estanques que não dialogam entre si. Tal capítulo é imprescindível para entender a realidade do ensino do Direito no Brasil, e espelha a experiência do autor como membro da direção da ABEDi (Associação Brasileira de Ensino do Direito).

Sobre isso pontua:

As aulas estavam profundamente concentradas na figura do professor, e, geralmente, despertavam pouco interesse e simpatia dos alunos. As grades curriculares espelhavam a visão positivista de ciência que se possuía a época. A Academia de Direito era mais lembrada pelas vivências políticas, pelas experiências acadêmico-juvenis, pelas leituras paralelas, pelas oportunidades que gerava, pelas descobertas pessoais, pelas amizades e influências

(5) Para uma análise mais aprofundada desse fenômeno pós-moderno, cabe a análise das reflexões de Boaventura de Sousa SANTOS, sociólogo português da Universidade de Coimbra, que empreendeu um grande estudo das comunidades favelizadas do Rio de Janeiro, apontando que lá o Estado não se faz presente nem no monopólio normativo, dominado por facções criminosas. A essa nova modalidade deu-se o nome de pluralismo jurídico. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa (1980). *Notas sobre a história jurídico-social de Pasargada*. In: Claudio Souto & Joaquim Falcão (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira.

(6) p. 275.

(7) p. 275.

(8) Aqui temos o raciocínio do autor: "O desenraizamento histórico da questão dos direitos humanos da cultura brasileira, a impertinência da tradicional forma de desmando no poder pelas elites latifundiárias, a falta de consciência, de práticas e de preparo democrático tomam a questão dos direitos humanos mais complexa do que se pode imaginar. Neste quadrante e que se permite dizer que um inquestionável paradoxo está estampado no horizonte: de um lado, direitos fundamentais de diversos quilates (primeira, segunda e terceira gerações textualmente expressos nos diversos artigos da Constituição Federal de 1988; de outro lado, práticas sociais defasadas em pelo menos um século ante os desafios (econômicos, políticos, institucionais, orçamentários ...) propostos por diversas inovações constitucionais", p. 291,

do que pelas próprias aulas e pelo próprio aprendizado.⁹

Talvez este seja um dos recados desse texto para a comunidade acadêmica do Direito.

O livro é indicado a docentes e estudantes interessados em entender um pouco mais sobre os conturbados tempos em que vivemos, e os reflexos das profundas transformações da sociedade no Direito. É também uma das poucas obras seguramente científicas sobre o tema da pós-modernidade, tratado habitualmente com

descaso nas universidades brasileiras. Trata-se de um texto imprescindível para investigações em vários campos do saber, sendo adequado para a graduação e a pós-graduação em Direito.

Wilson Levy

Graduando em Direito pela PUC-Campinas.
Bolsista de Iniciação Científica CNPq.
Associado da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, pesquisa e pós-graduação, vinculado ao Núcleo de estudos da violência da USP).

⁽⁹⁾ p.378.

BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Manole, 2004.

Qual o entrelaçamento entre Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos? Até que ponto esses conceitos se cruzam? Até que ponto é possível falar que são interdependentes? De que forma dialogam? Como se situam no tempo e nas realidades brasileira e mundial? São assuntos amplos, cuja discussão renderia teses específicas e aplicadas a campos distintos de análise. Porém, aqui, encontram pontos em comum.

Assim, a partir da tomada da consciência histórica e situando-se num momento de Crise do projeto filosófico da modernidade¹, surge a necessidade de se pensar transversalmente as temáticas apresentadas pelo autor. Não há que se falar em Direitos Humanos sem uma densa e profunda reflexão ética, em sua dimensão filosófica. Não há que se falar em cidadania sem um embasamento criterioso sobre educação. Não há, assim, como pensar cada um dos temas apresentados sem que outro seja refletido, ainda que indiretamente.

E assim que pensa o autor de *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Eduardo C. B. Bittar, professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, secretário-executivo da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, vinculado ao Núcleo de Estudos da Violência, da USP) e coordenador científico da ABEDi (Associação Brasileira de Ensino do Direito). Autor de 15 livros e mais de 50 artigos publicados em periódicos especializados e indexados no QUALIS. Ele pertence a uma nova geração de docentes pesquisadores, para os quais a preocupação com a pesquisa científica, com fundamentação metodológica e relevância social está além da presunção de notório saber jurídico e da tradicional aula de Direito, que se resume a sala de aula, e na qual a ciência jurídica não se sujeita a outras ciências na produção do seu saber.

O autor baseia suas reflexões em autores da filosofia moderna, ilustres desconhecidos do universo jurídico, mais

acostumados a manuais, doutrinas e abordagens filosóficas específicas, muitas de cientificidade duvidosa. Sugere, assim, que a reflexão jurídica se sustenta a partir de uma perspectiva interdisciplinar, ou seja, numa perspectiva na qual o Direito a se situa no espaço e no tempo e dialoga em tempo integral com outras áreas do saber, como a sociologia, a história a economia e a filosofia, que reconstróem o cenário de profundas tensões que marca a sociedade brasileira.

Sobre Ética, o autor pensa suas origens filosóficas para situá-la na crise da modernidade, em constante confronto com um modelo de racionalidade que não aceita elementos externos e uma fundamentação moral das ações do homem, a saber, a racionalidade moderna e instrumental. A ética *pós-moderna*² lembra de certa forma um conceito relativizado, ante o conceito universal do iluminismo, e que tolera desde a retomada do fenômeno religioso até a banalização da violência.

Em Educação, BITTAR bebe da fonte de Paulo Freire, considerado maior educador do Brasil e que se formou em Direito. Na esteira do entendimento amplo, remete a questões históricas e sociais e sua relação com a educação, para sugerir os problemas que disso decorrem, sobretudo no sentido da consciência de direitos e do reconhecimento da cidadania, para sugerir as bases de uma educação libertadora e de formação de consciências, ante a tendência moderna de coisificação e da transformação da educação em mercadoria ou em técnica pura, destinada a um fim, sem a devida preocupação social. Tal idéia se aplica também ao ensino jurídico, e toda a sua problemática. Lembra, com base nisso, que:

Um pouco de diálogo, de rebeldia, de autoconsciência, de responsabilidade eticamente engajada, de autonomia, de criatividade e inovação não farão nada mal ao Brasil, que durante longos trechos de sua história foi apacentado para representar o rebanho ruminante e silente de

⁽¹⁾ BITTAR constata isso no início de sua obra, para em seguida trazer tal debate para o campo jurídico: A própria ciência moderna, que se constitui na base da experiência sensível, da experimentação e do teste, com base na herança baconiana e newtoniana, negou qualquer possibilidade de comprometimento do cientista com os mistérios da realidade. Somente valia o que estava provado, de que se podiam descartar as instituições e os sentimentos, as ideologias e as parcialidades tendenciosas do cientista. (p. 32)

⁽²⁾ Eduardo BITTAR tem produção relevante a respeito do assunto, tendo sido o tema de sua tese de livre-docência. Para tanto, ver BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

sustento e alimentação dos desejos das cortes coloniais. Assim, a libertação desses moldes, que vem de longa data, so poderá representar a redescoberta da dimensão de sua própria identidade e vocação brasileiras, dentro das inúmeras pressões que sobre a nação para permanecer em sua condição estacionária/retrograda. (p. 89)

Em Cidadania, o foco e a questão brasileira. O autor apresenta uma investigação multifacetada da problemática social brasileira, a partir de dados estatísticos e reflexões que abordam desde a origem da questão social até os reflexos disso em termos de criminalidade. Traz também uma reflexão apurada a respeito da (não) efetividade normativa no Brasil, no sentido de demonstrar que não basta apenas positivar direitos fundamentais e garantias sociais se estes se apresentam de forma exatamente inversa, como se quisesse acabar com a desigualdade social por decreto. Como coloca o autor:

Assim, em verdade, o que se pensa e que toda questão da cidadania encontra-se profundamente enraizada na discussão de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que não se deve falar em cidadania se não puder falar em acesso efetivo a direitos fundamentais da pessoa humana. Isso só será possível se então se quiser, de modo míope e tacanho, assumir com a palavra cidadania algum sentido meramente formal, como a tradução de alguma coisa posta em leis ou em Constituição, no que se acredita como discurso abstrato, mas que não se coaduna com realidades e políticas sociais. (p. 19)

Em Direitos Humanos, as reflexões apontam para os filósofos alemães Immanuel Kant e a idéia do *Aufklärung* (Esclarecimento), que discute a condição do homem e as limitações de seu aprimoramento, apontando para uma valorização do conceito de razão, e do projeto da Paz Perpétua através de uma federação de nações, no âmbito da internacionalização do conceito de Direitos Humanos, e Jürgen Habermas, herdeiro da Escola de Frankfurt e autor da teoria da ação comunicativa, para quem a ilustração e a crença numa razão libertadora se transformaram numa prisão do homem. Sugere, assim, uma razão comunicativa, que leva em conta fatores externos à razão, para fundamentá-la

eticamente e para aperfeiçoá-la através do discurso com o objetivo comum de ter a verdade. Sobre a teoria de Habermas ele coloca:

No sentido de valorizar a dimensão da intersubjetividade, e de combater a unilateralidade da idéia da razão solitária e que se funda a teoria do agir comunicativo. No lugar da *ratio* eivada de categorias lógicas e transcendentais, como pós-metafísico e pós-kantiano, e que Habermas aparece como um pensador ligado a questão do compartilhar que a comunicação permite. Desacredita-se, nesse modelo, que o *cogito ergo sum* possa ter qualquer significação maior para a fundamentação da ética. (p. 169)

Trata-se, portanto, de uma obra de horizonte muito amplo, mas que não se perde por conta disso; pelo contrário, o texto de Eduardo BITTAR preserva um eixo teórico comum aos tópicos apresentados, lembrando que há uma interdependência entre os temas, e que analisá-los de forma isolada e errar como erraram os juristas que acreditaram na idéia de um Direito Puro. Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos, assim, adquirem um novo sentido: situados temporalmente num momento de incertezas que e a transição da modernidade para a pós-modernidade, em que o conceito de ética se toma cada vez mais relativo, em que a Educação se transforma em mercadoria, a Cidadania em conceito vazio e os Direitos Humanos em mentira sádica que não se aplica a 3/4 da população mundial.

O livro se destina a estudantes de graduação e pós-graduação, de Direito e Filosofia, preocupados em entender as contradições sociedade em que vivem a partir de uma perspectiva interdisciplinar e crítica, em que vale o pró-ativismo ante o academicismo da palavra vazia e a fundamentação filosófica ante o *vademecum* de Direito e seu conteúdo meramente retórico e imaginário, teoricamente imparcial, mas que se insere no espaço e no tempo e não no espírito de um legislador que sabe tudo e desinteressadamente isento.

Jaqueline Santa Brigida Sena

Estudante de Direito e de Iniciação Científica - CNPq
Grupo Ética e Justiça/CNPq/PUC-Campinas

MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito - tópicos para um debate referenciado pela anormalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.

Gladston Mamede, doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e professor da Fundação Mineira de Educação e Cultura, tratou na obra ora em resenha de um tema pouco estudado, ou estudado sem o devido cuidado, nos cursos de Direito, qual seja, a atualização da norma jurídica. Lançando os olhos e críticas sobre o Direito de forma geral, Mamede realiza, num segundo momento, uma análise minuciosa sobre o referido processo de atualização da norma, explicando seus momentos principais: semiologia, hermenêutica e aplicação da lei.

O autor inicia a obra afirmando que onde há ser humano, há Direito, referindo-se a tendência das sociedades humanas pelas regras e pela liderança dizendo ser essas duas tendências diferentes das encontradas nas sociedades animais, pelo simples fato de serem, nas humanas, revestidas de significação cultural. Ao tratar das disputas entre os animais, naturais as várias espécies sociais, afirma que nas sociedades humanas não é diferente, sendo, as disputas, uma forma de luta pela vida e de afirmação de hierarquia no grupo, cuja definição é indispensável para que, então, se suceda o comportamento altruísta, essencial para a manutenção da sociedade. Para sustentar sua tese disputa social instintiva, Mamede cita uma idéia de Trasimaco colocada por Platão em sua obra *A República*: “E, como devemos supor que o governo é quem tem o poder, a única conclusão razoável é que em toda a parte só existe um princípio de justiça: O interesse do mais forte.”¹

Seguindo a idéia da hierarquia social, e comparando a sociedade humana com a animal, o autor diz ser o Direito uma mensagem, uma dimensão semiológico-lingüística, afirmando que, respeitadas as devidas proporções o Direito guarda analogia com o rosnar de um lobo, os gritos de um macaco, enfim, mensagens que advertem ao grupo quais são os mais fortes e quais os interesses destes. Neste sentido, na sociedade humana será o mais forte aquele que melhor se equipar com os instrumentos da cultura, afirmando também que, pelo fato de o ser humano ainda estar preocupado com a sua luta do dia-a-dia, em vista inclusive da globalização, o parâmetro ainda é obter recurso

para si, impossibilitando-o a levar recursos aos que deles estão absolutamente desprovidos.

Analisando a razão como definida e limitada pela bagagem genética do ser humano, o autor comenta a respeito de toda uma abstração desenvolvida pelo homem - abstração esta que lhe permitiu ficar muito a frente de outras espécies animais - a luz do pensamento de Chomski e Piaget. Não obstante Piaget propor que a linguagem é condição necessária para o pensamento, e Chomski não acreditar ser possível uma distinção nítida entre os elementos lingüísticos e não lingüísticos do conhecimento, o autor aceita a tese de que as duas idéias são concomitantemente válidas. Assim, propõe um problema maior, qual seja, as relações que o pensamento tem com a linguagem, colocando a idéia de que o pensamento é modelo dado pela linguagem, fazendo alusão a idéia de Saussure, no sentido de não haver pensamento puro, livre das influências da linguagem. Diz o autor também que, além do pensamento, no Direito também a linguagem é necessariamente presente, tendo em vista o fato de o Direito não existir no mundo real, senão no mundo da linguagem. Assim, o sujeito social se submete a uma espécie de adestramento, pela qual sua linguagem, seus sistemas semiológicos são preenchidos pela cultura e cristalizados na “política social”.

Questão importante relativa a esse sistema semiológico que é a língua - e o Direito enquanto linguagem - e que, para que se alcance uma comunicação efetiva, os indivíduos devem observar as regras do sistema semiológico no qual esta inserido e no qual - e pelo qual - pretende comunicar-se. Essas regras socialmente aceitas são chamadas, pelo autor, de “vala semiológica comum”, ou “corredores isotópicos”. A cultura é dada como, além de código decifrador, um *elemento mortificante da individualidade*. Não obstante concordar que atualmente é fácil se encontrar subgrupos sociais com profundas diferenças culturais, diferenças essas oriundas da artificialização das modernas estruturas sociais de Estado, o autor mantém o foco nos poucos, porém determinantes, elementos comuns que inevitavelmente permeiam todos os

⁽¹⁾ Obra em resenha. P. 13

subgrupos sociais, ‘manifestando a idéia de que as chamadas sociedades livres não o são efetivamente, sendo senão sociedades que permitem a individualidade dentro de limites socialmente aceitáveis, dizendo que: “Se uma sociedade executou seu trabalho de plasmar devidamente o indivíduo, não tem esta mais consciência da maior parte das restrições que ela impôs do que tem das restrições que seu trajar habitual impõe a seus movimentos.”²

O fenômeno cultural, tão importante para as análises tecidas na obra, é composto por dois elementos. O primeiro, denominado *ideologia*, consiste em uma estrutura de signos, a qual o autor chamara de “óculos sociais”. O segundo elemento é a *práxis*, ou *prática social*, que é a ação social permeada pela ideologia. O autor manifesta-se pelo sentido de que somente com o conjunto de ideologia e prática social que o ser humano se toma sujeito. A prática social é engendrada pela ideologia e alimenta a existência desta.

A primeira impressão do objeto no cérebro é denominada *intuição*, e constitui um momento dado no inconsciente. Já a passagem da intuição para o consciente, passagem que dará origem ao signo, é denominada *conhecimento*. E neste segundo processo que o objeto é determinado pelos estereótipos ideológicos e, assim determinado, passara a atuar na prática social do indivíduo. Disso tudo se defere que a linguagem não possui como referente o objeto posta na realidade externa, senão o objeto tal qual posta na consciência, ou seja, o objeto enquanto signo. Assim, e com base nos denominados “corredores isotópicos” que vemos a realidade e fabricamos o referente, que, por sua vez, será o ponto de partida da linguagem. Daí a importância dessa reflexão para o Direito, vez que a língua impede que o sujeito veja a realidade de forma outra que não a programada pelas estruturas semânticas culturais. Para Barthes, a língua é fascista. O autor, afirmando no sentido dessa idéia, cita Nietzsche -*Obras Incompletas*:

“É a língua a expressão adequada de todas as realidades? O que é uma palavra?

A figuração de um estímulo nervoso em sons. Mas concluir do estímulo nervoso uma causa fora de nós já é resultado de uma aplicação falsa e ilegítima do princípio da razão. (...) Dividimos as coisas por gêneros, designamos as coisas por gêneros, designamos a árvore como feminina, o vegetal como feminino: que transposições arbitrárias A que distância voamos do cânone da certeza!”³

Após a análise da formação dos signos, enquanto representação cultural da realidade, Mamede analisa as

condicionantes dos signos, tratando dos contextos nos quais eles “significam” e das relações entre os próprios signos.

Relativamente ao contexto, este é visto como uma condicionante do signo, bem como um segundo nível, ao lado da memória, para a existência do mesmo. Uma mesa, anota o autor, pode estar em vários contextos - em uma sala de jantar, em uma loja separando o cliente do vendedor - com significados diferentes; no entanto, a linguagem não estaria sujeita a essa mesma contextualização; assim, a linguagem deve ser localizada na ideologia. As relações entre os signos, por sua vez, são as denominadas *relações sintagmáticas*, apresentadas como condicionantes delimitadoras do sentido dos termos de um discurso. Assim, ao dizer ação de cobrança, delimito o significado do termo ação e do termo cobrança. Por essas análises, fica muito complicado olvidar a afirmação de Birdeman, citada na obra, no sentido de que “não é possível definir uma palavra de maneira universal”, vez que, como afirmou Saussure, “deve-se entender que o laço que une o significante ao significado não possui nenhuma ligação natural na realidade”.

Com essas primeiras análises, o autor explica o sistema semiológico mediante duas operações, quais sejam: *identificação* - percepção pelo receptor de que um sinal corresponde ao estereótipo da forma ideal do significante, ou seja, o signa - e a *descodificação* do signa - determinação da parcela da realidade com a qual o signa corresponde. O autor explica que a descodificação não busca a outra parte do texto, mas “uma parte do texto”. A semiologia encerra-se na correlação gramatical e gramático-contextual do texto e da fala. Assim, ao ler um preceito e identificá-lo como jurídico, e não moral, e, num segundo passo, descodificá-lo e notar sua natureza de, por exemplo, Direito de Família, o sujeito realiza o processo semiótico.

A próxima análise realizada é relativa a atribuição de sentido aos signos que, segundo o autor e, em regra, natural, vez que a ideologia compõe os signos dos grupos culturais; no, entanto, dependendo das palavras escolhidas, ou de sua disposição gramatical, o receptor deverá realizar um esforço maior para a atribuição do sentido da mensagem transmitida, e essa atribuição de sentido é o que se denomina Hermenêutica. O autor anota que tanto pode haver atribuições de sentidos delimitados pelos contextos, como atribuições pautadas e validadas retóricamente. No entanto, muito bem ressalva o autor, que a hermenêutica não se restringe a encontrar o sentido de um signa delimitado pelo contexto, vez que não se pode esquecer-se de Gadamer, que inverte o foco para o sujeito, destacando, neste, um caráter prejudicioso, no sentido de que: “O indivíduo que

⁽²⁾ Id. p.39

⁽³⁾ Id. p.47

atualiza um contexto, assim, possui uma certa gama de significados prévios (prejuízos) para a leitura, tendendo a estendê-los sobre a mensagem, moldando-as as suas expectativas.⁴ Essa idéia decorre do fato de que, mesmo frente a normas claras, não se pode afirmar que delas decorre somente uma (única forma particular de compreensão da mensagem. Mais, tomando como foco o sujeito, não se pode afirmar que dela decorre uma só mensagem. No entanto, o problema da atualização da norma não se resume ao processo semiológico e hermenêutico, sendo de extrema importância o momento da realização do preceito atualizado, ou seja, a *aplicação*.

O processo de aplicação segue dois passos: 1) a subsunção, assim definida a redução do fato concreto a um núcleo conceitual genérico (semelhante ao momento de identificação) e 2) imputação, que é a verificação de elementos particulares comuns entre a norma e o fato (semelhante ao momento de decodificação). Após a atribuição de sentido o resultado será a norma atualizada. No entanto, essa atualização só será válida para o Direito se for realizada por sujeitos aos quais o Estado atribui competência para tanto (*Ermächtigung* para Kelsen), não podendo ser olvidada a inevitável subjetividade e diferenças nas atualizações realizadas mesmo por esses sujeitos competentes, vez que, como entende o autor, ao longo do tempo o ser humano evolui, continua aprendendo, com o que as estruturas semiológicas e axiológicas também variam.

Pelo exposto, o autor confirma a idéia de Trasimaco citada no início da obra no sentido de que o “justo” é justa

para o mais forte. Ainda que seja assim, impossível se pensar em uma uniformidade de senti do, vez que isso não é natural, exigindo para tanto, na idéia do autor uma vultuosa organização inflexível de Estado. Milita o autor que o Direito é um complexo de relações constituídas pelos seres humanos, dizendo: “Cultural, sim; semiológico, por consequência; mas ainda assim exercício de poder (provavelmente baseado num impulso geneticamente determinado, enquanto arquétipo inconsciente).⁵

No entanto, não obstante ver o Direito como um instrumento de dominação pelas estruturas culturais de significação, o autor finaliza sua obra com a seguinte idéia:

Sim! Esta teorização acredita que os desníveis são uma tendência (e uma herança) do comportamento animal que o ser humano manifesta. Mas acredita, igualmente, que a razão (e a elevação do espírito pela aprendizagem, pela cultura, até mesmo), pode reduzir tendências agonística exacerbadas. Se entre os humanos os desníveis fossem similares aos existentes entre os animais, já seria suficiente: já haveria mais dignidade.⁶

Pedro Pulzatto Peruzzo

*Monitor de Sociologia Geral da
Fac. de Direito da PUC-Campinas.
Estudante de Iniciação Científica*

⁽⁴⁾ Obra em resenha. P. 112. Referência a obra *Verdade e Método*.

⁽⁵⁾ Obra em resenha. P. 147

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

WALZER, Michael. **As Esferas da Justiça - Uma Defesa do Pluralismo e da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Walzer é um autor norte-americano, que escreveu seu livro “Esferas da Justiça” para criticar a teoria de John Rawls, utilizando o mesmo sistema que o autor criticado e, por essa razão, acabou tendo suas críticas aceitas por Rawls que, mais tarde, publicou outro livro expressando sua aceitação. Michael Walzer escreve o livro na época do liberalismo, ele fala de justiça social e das instituições básicas da sociedade, dividindo os bens sociais em esferas e atribuindo relações sociais justas dentro de cada uma delas, buscando justiça a partir das instituições.

É um autor considerado de esquerda nos EUA, ele é liberal e acredita no capitalismo e em seu estudo, não conseguindo imaginar outro sistema de sociedade que não este.

Walzer inicia sua obra asseverando que a igualdade e um sentido propício à traição e quem se compromete a fazê-la já a trai por distribuir poderes entre si. A afirmação feita de fato pode ser observada na realidade, pois se cada indivíduo possui poderes distintos não há que se falar em igualdade no sentido literal (compartilhar em parcelas iguais), pois sempre haverá alguém mais forte que convencerá os demais que suas ordens devem ser seguidas.

A igualdade almejada no capitalismo e apresentada como igualdade de capital, que não sobreviveria, pois as pessoas usariam o dinheiro de forma diferente causando desigualdade do momento seguinte a distribuição igualitária. Assim não há igualdade no capitalismo. Entretanto, o mundo de igualdade e de falsas aparências e necessita de um Estado controlador para mantê-la e, negar aos indivíduos possibilidade de organização política, de forma que naturalmente as pessoas não são iguais em todos os aspectos e, por isso, não se mantêm iguais se deixadas livres.

Afirma o autor que não há uma esfera simples ou privilegiada de justiça, por exemplo, igualdade de renda, mas que se deve pensar em várias esferas de justiça. Na verdade, deve-se lutar para que não haja uma dominância de uma esfera sobre as outras, nisto consistindo propriamente a injustiça.

Para ilustrar sua argumentação, Walzer divide a igualdade em simples e complexa. O regime de igualdade

simples e aquele em que, em uma sociedade, tudo está à venda e todos têm a mesma quantia de dinheiro, parte-se do mesmo patamar. Contudo, conclui, ele que tal situação não dura por muito tempo, pois o livre intercâmbio no mercado com certeza trará desigualdades. O monopólio reaparecerá e a predominância desaparecerá.

Desta forma, a igualdade simples exigiria intervenção contínua do Estado para restringir as monopólios incipientes e reprimir novas formas de predominância. Porém, o próprio poder do Estado passa a ser objeto de disputa, pois haverá grupos interessados em usar o Estado para consolidar seu controle sobre os outros bens sociais.

Parte então para a conceito de igualdade complexa, que significa que a suposta superioridade de um cidadão em uma determinada esfera não lhe garante superioridade em uma esfera distinta daquela. O que ele considera crucial e que nenhum bem, ou posição, seja dominante, isto é, mais importante, em sentido absoluto, do que outro bem ou posição.

Em uma sociedade justa, portanto, um determinado bem, como o dinheiro, não deve prevalecer sobre outros bens, como educação, saúde, alimentação, trabalho digno, lazer.

O autor acredita analisar o mundo de uma forma concreta, pois logo no início de sua obra afirma que não se distanciara da realidade para analisar a sociedade capitalista, contudo, olvida-se que e um idealista acredita em um Estado ideal, imaginário e, muitas vezes acaba olhando a realidade de forma distorcida, não apresentando as reais problemas do capitalismo e não mostrando soluções ao longo do livro.

Walzer acredita que a problema de distribuição dos bens pode ser resolvido de *uma* maneira fácil e racional. Os bens regulam as relações sociais estruturais e um bem é predominante quando as indivíduos que a possuem podem comanda (outros bens, porém, para a autor, nenhum bem social predomina inteiramente sobre os demais. Admite que pode haver 03 tipos de contra-reivindicações quanto aos bens sociais, afirmando que esta seria uma forma que muitos autores utilizam para basear suas novas ideologias e substituir a sistema vigente:

1. O monopólio é injusto
2. O predomínio é injusto
3. O padrão existente de predomínio e de monopólio é injusto

Na primeira situação existe uma oposição ao monopólio, mas não ao predomínio de determinado bem social. Verifica-se a regime de igualdade simples, já tratado, mas que não dura por muito tempo, a não ser que exista um Estado muito forte, que faça interferências constantes, para evitar o surgimento de monopólios e reprimir novas formas de predomínio, porém o próprio poder do Estado passa a ser objeto de disputa.

Na segunda hipótese os diversos bens sociais são monopolizados, mas nenhum bem em especial é geralmente conversível. Essa é uma sociedade de igualdade complexa, ou seja, embora haja muitas desigualdades pequenas, a desigualdade não será multiplicada pelo processo de conversão, existindo diversos monopólios de diferentes bens, mas nenhuma predominância de uma esfera sobre outra, pois ele acredita que não é possível que alguém, pelo fato de possuir um bem, interferir em uma outra esfera, pois são vários os bens que satisfazem as necessidades do homem e cada bem tem um critério de distribuição diferente.

Segundo essas explicações podem os entender que ele acredita que ninguém detém os meios de produção porque por mais que uma esfera tenha monopólio de um bem, não consegue interferir nas outras esferas, evitando assim o predomínio de uma esfera (detentores dos meios de produção) sobre a outra (proletários).

A assertiva do autor não é correta e mais uma vez demonstra seu idealismo e simplificação dos problemas da sociedade, porque na realidade pode haver sim o predomínio de um bem sobre o outro, Marx demonstra ser o dinheiro o bem predominante, inclusive porque hoje o dinheiro pode gerar mais; dinheiro, também acreditamos que os meios de produção podem predominar; porque as pessoas precisam satisfazer suas necessidades naturais e se alguém tiver o completo monopólio de um bem escasso (ex. o petróleo hoje e talvez a água em um futuro não muito distante), pode dominar uma sociedade, sem se preocupar com as demais esferas” pois ele possui o bem mais disputado.

O grande erro da igualdade complexa de Walzer é que ele ignora o problema do capitalismo, no qual existem as pessoas que detém os meios de produção e pessoas que vendem a sua força de trabalho. Quando algumas pessoas passam a produzir os meios de produção, a classe que possui esses bens passa a ter maior poder de barganha na hora de realizar acordos, pois dominam os meios de produção e isso que causa a desigualdade.

A terceira hipótese, não tem interesse filosófico para Walzer, a não ser que alguém acredite que existe um bem naturalmente predominante, de modo que seus possuidores possam reivindicar com legitimidade o poder sobre todos nós. Porém, fato é que esse bem predominante existe e são os meios de produção, que fazem com que os seus detentores possam reivindicar o poder sobre a classe operária.

Como pudemos verificar, Walzer acredita em uma igualdade complexa, onde nenhum bem predomina sobre outro. Para ele existe o conflito social, mas ele nega a existência de um bem predominante. O problema é que ele não vê a realidade como um todo, ele não explica como resolver o problema do capitalismo; no qual existe um conflito entre as pessoas que detém os meios de produção e as pessoas que vendem a sua força de trabalho o primeiro grupo será sempre privilegiado, pois terá maior barganha na hora de realizar trocas e fazer acordos.

Ainda, para ele, a afiliação a um país é o que dá o direito de cidadania às pessoas, essa esfera é muito importante porque somente sendo cidadão é que se pode participar efetivamente da sociedade através do voto, contudo, há sempre a ideologia que ira ludibriar as escolhas dos cidadãos. Também com relação à afiliação, o autor faz clara declaração que só possuem plenos direitos os afiliados de países ricos, pois, os cidadãos de países subdesenvolvidos sempre procuram uma vida melhor nos países mais desenvolvidos (trabalhador convidado) e acabam aceitando condições desfavoráveis de trabalho em razão do dinheiro que podem ganhar.

Nesse diapasão, podemos analisar outra esfera de que trata o autor: o dinheiro. O autor alega que colocar tudo por conta do dinheiro é uma perspectiva ingênua e utiliza Marx com exemplo, pois Marx não se opunha ao próprio meio, mas sim ao predomínio do dinheiro em relação aos outros bens. Já para, Walzer se o dinheiro fosse analisado de maneira abstrata, verificar-se-ia que ele é mera representação do valor.

Ocorre que, a análise de Walzer sobre Marx é extremamente superficial, vista que Marx é um autor realista, ou seja, analisa a realidade fática. Para Marx deve-se analisar como o sistema está estruturado, ele não é a favor do capitalismo, visto que essa forma, de sistema tem como base a predomínio do mercado, contando com o proletariado que vende sua força de trabalho a burguesia, que possui o domínio dos meios de produção. Sendo o proletariado sempre explorado pela burguesia, detentora dos meios de produção. Como o dinheiro e a base de troca dessa relação, torna-se a forma mais nítida para acusar a classe a que cada membro (proletariado e burguesia) pertence.

Já para Michael Walzer, o dinheiro é uma mera forma de troca como os demais bens, o autor alega ser uma linguagem mais neutra, o meio universal de intercâmbio. Para ele o intercâmbio é essencial à vida. Entretanto, podemos verificar que, na atualidade, muitas pessoas matam e roubam por conta do dinheiro, não apenas a classe mais baixa, mas também grandes empresários.

Visto assim, não se pode falar que o dinheiro é um, mero meio de troca, mas sim que uma forma de gerar discórdias, visto que por meio dele se identifica a desigualdade entre as classes sociais, que é profunda.

Para Walzer, portanto, o simples dinheiro não gera problema algum, inclusive para ele é benéfico; o problema surge quando se colocam significados nas mercadorias, como, por exemplo a publicidade que coloca a mercadoria como o meio pelo qual se possa adquirir afirmação e identidade.

E aí realmente ocorre o que o autor citado no livro “As Esferas da Justiça”, Lee Rainwater, alega. Este autor explicita que sem o dinheiro sofreremos uma perda mais grave do que a própria pobreza, que há uma deserção sociológica, que nos tornamos estrangeiros em nosso próprio país, não podemos mais desempenhar nosso papel de pais, vizinhos. Contrapondo esse pensamento, Michael Walzer, ingenuamente, alega que em uma sociedade democrática, o fracasso econômico jamais pode desvalorizar a cidadania e se tiver tal consequência, a situação deve ser remediada.

Assim, verifica-se que uma pessoa que não tem dinheiro, e muitas vezes humilhada pelas demais e discriminada pela própria família e, não bastasse isso, é excluída da possibilidade de compra no mercado. É isso que ocorre em um sistema capitalista, que tem como base a desigualdade.

O autor valoriza o mercado, alega que esse é um local empolgante afirma que se houver bloqueios corretos, não existirá má distribuição de bens de consumo.

Conclui-se, portanto, que para o autor, o capitalismo e por consequência o mercado são benéficos, ocorre, entretanto, que a análise feita por Walzer sobre essa forma de sistema é muito superficial, já que o autor não analisa as diferenças de classes sociais, nem os impactos que surgem por decorrência do capitalismo.

Walzer realmente acredita no capitalismo como um sistema justo de trocas e sem dominação, pois em sua visão simplificada da realidade, todos os seres humanos necessitam dos bens sociais para sobreviver e que, por essa razão, jamais haveria domínio de nenhum deles, pois a pessoa possuidora de um bem social, quando precisasse de

outro, faria uma troca. Contudo, o autor não analisa os meios de produção que são o ponto principal do capitalismo.

Na cultura capitalista, conforme afirma Pasukanis, o direito legitima a apropriação material dos bens pelos indivíduos através de uma ideologia (representação da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência), coerente em si mesma, para não expressar as contradições existentes na base material da sociedade, porque tem por fim representá-la, negando suas contradições de forma que os subordinados a sigam acreditando realmente que aquela forma de estruturação é a melhor para eles.

Contudo, é impossível que a lei, portanto, o direito, seja um mecanismo de expressão, da vontade da maioria das pessoas e, portanto, impossível existir um modelo ideal de sociedade burguesa, democrática, baseada no Direito positivo e na divisão dos poderes, pois sempre haverá alguém que irá impor sua ideologia, seja por meio de violência física, como ocorre em países não democráticos, seja por meio de violência consensual, que é ainda mais agressiva, pois como demonstramos, as pessoas que a ela se submetem acreditam na ideologia como realmente sendo boa, o legítima e digna de ser seguida.

Os indivíduos que pertencem a uma sociedade não param para pensar no contrato social, mas como demonstramos, certas pessoas passam a produzir os meios de produção, resultado do trabalho, e tais meios fazem o homem continuar vivo. Os meios de produção não surgem espontaneamente, eles são produzidos por alguém e as pessoas que os produzem tem, no contrato social, maior poder de barganha para contratar com os demais. Aqueles que não possuem meios de produção, mas deles necessitam para sobreviver, negociam qualquer coisa para poder ter distribuído para eles esses meios de produção. A divisão em classes sociais acaba surgindo daí, pois existem homens que dominam a sociedade e possuem meios de produção e homens que não, os possuem e que pertencem a classes sociais mais baixas findando por obedecerem aos que estão em posição mais privilegiada.

Todo o sistema capitalista é posto de uma maneira tal que atenda muito mais aos interesses daqueles que possuem os meios de produção, apesar de dar certo poder aos menos favorecidos, de tal forma que não caracterize o totalitarismo, como Trasímaco explica para Sócrates no livro de Platão “A República”, o sistema é posto de tal maneira que o injusto pareça justo e que os súditos fiquem felizes por promover a felicidade dos soberanos.

Guilherme Cremonesi Caurin

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. 1. ed. Trad. Mario de Meroe. São Paulo: Centauro, 2002.

Fruto de conferência proferida no ano de 1872, na Sociedade Jurídica de Viena, a totalidade da obra de Ihering¹ deve ser interpretada no contexto da Alemanha do séc. XIX, ou seja, um momento de grande efervescência intelectual, filosófica, jurídica e social. O que nos dá a plena exatidão da contribuição de Ihering a filosofia do Direito, e saber que foi escrita a época de Hegel, Schopenhauer, Nietzsche e Marx, que puseram a Alemanha entre as principais nações do mundo quanto ao saber filosófico e cultural.

Nessa obra especificamente, considerada por Laveleye como a “*Bíblia da Humanidade Civilizada*”, o autor desenvolve uma das teses fundamentais do direito positivado e grava definitivamente seu nome dentre aqueles que mais contribuíram para a construção do arcabouço “*jusfilosófico*” moderno. E assim Ihering inicia seu texto:

A paz é o fim que o Direito tem em vista e a luta é o meio de que se serve para o conseguir-lo. Por muito tempo perdurara ainda, enquanto o mundo for mundo - nunca poderá subtrair-se a violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. (p.21)

E é através desta e de outras maneiras que ele tenta nos mostrar que o Direito é um produto social, um produto de lutas, nada mais propício ao conhecimento filosófico da época, ou seja, uma visão com fulcro na dialética hegeliana, que do embate de idéias exsurge uma solução, a síntese do pensamento. Podemos notar isto também quando o mesmo afirma que todos os direitos da humanidade foram conquistados através da luta e todas as regras básicas de

qualquer ordenamento jurídico, diz o autor, “*devem ter sido, na sua origem, arrancadas aquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.*” (p.21). Essa é a idéia central da obra e que O autor desenvolve com brilhantismo e inúmeros exemplos tirados às vezes da vida real, às vezes da literatura.

Para Ihering o Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva e por isso,

a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, e na outra a espada de se serve para defendê-lo. A espada sem a balança e a força bruta; a balança sem a espada a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem a energia com que a justiça aplica a espada sem igual a habilidade incessante com que manejar a balança. O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira. (p.21)

A palavra direito assim, tem duplo sentido: no sentido subjetivo, e a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada; e no sentido objetivo, como o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado a ordem legal da vida. Nessa obra, o autor demonstra inclinação ao estudo do direito subjetivo sem, no entanto, esquecer do objetivo, uma vez que tanto numa direção como noutra o direito encontra o que chama de “*resistência*” (p.23).

Quanto ao nascimento ou a origem do Direito, Ihering contesta a opinião de Savigny² e Puchta de que a formação do direito se faz de forma sutil, livre de dificuldade, sem força, sem lutas, defendendo a tese de que:

⁽¹⁾ Rudolf von Ihering [ou Jhering] (1818 - 1892), jurista e romancista alemão nascido em Aurich, Hanover, pioneiro na defesa da concepção do direito como produto social e fundador do método teleológico no campo jurídico. Estudou em diversas universidades alemãs e doutorou-se em direito na Universidade de Berlim (1842). Professor universitário em Berlim, Basileia e Kiel! é também na Universidade de Giessen, paralelamente estabeleceu seu pensamento jurídico, baseado no estudo das relações entre o direito e as mudanças sociais. Expôs seu trabalho em uma obra de quatro volumes de *Geist des römischen Rechts* (1852-1865). A seguir passou a ensinar na Universidade de Göttingen, onde ficou por mais de 20 anos e escreveu outra importante obra: *Oer Zweck im Recht* (1877-1883). Morreu lá mesmo, em Göttingen, Alemanha.

⁽²⁾ Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta. Pandekten, juntos fazem “*uma vertente do conhecimento jurídico inovadora, baseada na regionalização cultural e na ‘abiogênese’ do Direito fundada nos costumes. Essa Escola Histórica do Direito (século XVIII) recebeu forte influência da ideologia romântica alemã, pois 13 bastante claro que os elementos presentes são o nacionalismo e o historicismo, de forma processual. Mostrava Savigny que o Direito seria reflexo histórico dos costumes e emanaria da consciência popular, única capaz de determinar suas demandas de forma razoável.*” (SANTOS, Diego Prezzi. Direito e ideologia uma perspectiva histórico-instrumental. *Revistas Juristas*, ano II, no. 51. [versão on-line, visitada em 28.06.06])

é um dever resistir a injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, a lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal é um dever do interessado para consigo próprio é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize. (p.35)

Ihering até mesmo admite que por vezes o direito, em semelhança à própria linguagem, sofre um desenvolvimento de dentro para fora, imperceptível, inconsciente, ou melhor, orgânico, mas afirma com contundência que muitas dessas mesmas vezes a modificação não pode ser obtida senão com sacrifício de um ataque muito sensível a direitos e a interesses privados existentes. Exemplifica que com o decorrer do tempo os interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras prendem-se ao direito existente, por maneira tal que este não poderia ser abolido sem os irritar fortemente. Assim, discutir a disposição ou a instituição do direito seria como declarar guerra a todos esses interesses, como *“arrancar um parasita que está preso por mil braços”* (p. 25); pela ação natural do instinto de conservação toda tentativa deste mencionado gênero provocaria a resistência dos interesses ameaçados, daí uma luta na qual, como todas as lutas, não é o peso das razões, mas o poder relativo das forças postas em presença que faria a balança pender.

E isto não se pode negar, pois um olhar atento, observa tal situação de oposição tanto no decorrer da história da humanidade como também nos dias atuais - e talvez por essa razão esta obra seja de suma importância para o entendimento do Direito e sua filosofia e, então, não se caracterize como “velha” mesmo com seus mais de cem anos de idade. A luta de interesses na mudança das normas jurídicas acontece nas menores relações privadas, como já diria Foucault, nas micro-relações de poder da sociedade, mas alcança até mesmo as mais expressivas relações como a luta de interesses entre uma classe e outra que reivindicam um direito que atente para si próprios.

O autor sabiamente afirma:

O direito é como Saturno devorando os seus próprios filhos; não pode remorçar sem aniquilar seu próprio passado, um direito concreto que se vangloria da sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra sua própria mãe. Insulta a idéia do direito, invocando-a, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação; mas o que desapareceu deve ceder / ugar ao que em seu /ugar aparece, por que ... *‘tudo o*

nasce esta destinado a vo/tar ao nada’ (GOETHE, Fausto).” (p.26)

A LUTA PELO DIREITO É UM DEVER DO INTERESSADO PARA CONSIGO PRÓPRIO

A luta pela existência, considerada como a lei suprema de toda a criação animada, se manifesta sob a forma de instinto da conservação, porem o homem sem o direito desce às raías do animalesco, segundo Ihering, porque no seu direito *“O homem possui e defende a condição da sua existência moral”* (p.37). A partir desse pressuposto, o autor entende a luta pelo Direito como um dever da própria conservação moral, pois o abandono completo seria como suicídio moral, haja vista que o direito *“não é mais do que a soma das diversas instituições isoladas que o compõem; cada uma delas contém uma condição de existência particular, física ou moral ...”* (p.37).

Neste capítulo, o autor lembra-nos que nem toda injustiça é um ato despótico contra a idéia do Direito. Afirma que, se o indivíduo sofrer qualquer espécie de injustiça, cabe a ele proteger suas condições de vida. Contudo, não devemos esquecer que justiça é um sentimento, que para cada pessoa, se reflete de maneira diferente. É um conceito plurívoco, isto é, pode ser encarado por uma pessoa ou povo de maneira diversa do que seria para outra pessoa ou povo. O conceito de justiça depende do lugar, do tempo e de outras condições como culturais, econômicas e sociais.

Para o autor, uma verdade universal e que se aplica tanto ao direito publico quanto ao privado é

O grau de energia com que o sentimento jurídico reage contra uma lesão do direito é a meus olhos uma medida certa da força com que um indivíduo, uma classe ou um povo compreende, por si e pelo fim especial da sua vida, a importância do direito, tanto do direto em geral, como de uma instituição isolada do direito. (p.46)

Considera o direito criminal como o *“termômetro da suscetibilidade”* de cada Estado. Para exemplificar, cita a obra *“O Espírito das Leis”*, de Montesquieu, afirmando que cada Estado pune mais severamente os delitos que ameaçam o seu princípio vital particular: O direito mosaico (Teocracia); O direito antigo de Roma (Estado agrícola); O Estado comerciante, que privilegiara a *falsificação* da moeda; O Estado militar, que considera como delitos mais graves a insubordinação e a falta de disciplina; e O Estado absoluto, onde os delitos norteavam as lesões práticas contra a realeza. Em resumo, *“a reação do sentimento jurídico dos Estados e dos indivíduos atinge maior vivacidade sempre que uns e*

outros se sintam imediatamente ameaçados nas condições particulares da sua existência” (p.47).

Em outro momento do capítulo, em que trata do direito a propriedade, Ihering defende que o único motivo para defesa do patrimônio é o interesse, e conclui que *“um processo do ‘meu’ e do ‘teu’³ e uma pura questão do interesse” (p.48)* Para ele, esta concepção e a degeneração, não do sentimento, mas da própria propriedade. Não recrimina a riqueza e o luxo, mas a imoralidade do lucro por acreditar que a *“fonte histórica e a justificação moral da propriedade e o trabalho” (p.48)*. E por trabalho, é importante alertar, pois ele mesmo o faz, não o entende somente os das mãos, mas também o do espírito e do talento, reconhecendo um direito ao produto do trabalho não somente ao trabalhador, mas também aos herdeiros.

Assim, ainda afirma, que o trabalho e a fonte onde a propriedade se regenera e vivifica, onde mostra claramente o que é para o homem. Porém, quando o homem se aproxima do ganho fácil - bolsa e agiotagem - o trabalho desaparece e fica evidente que não é um dever moral defendê-lo. Segundo Ihering, o meio pode influenciar o homem, podendo ocasionar o *“enfraquecimento do caráter que por amor das comodidades se subtrai a luta pelo direito, e ainda que durante muito tempo o valor do objeto não excite a resistência, basta para nós reconhecê-lo ...” (p.50).*

Partindo dessa concepção o autor considera que o ato isolado de abdicar da luta pelo direito individual, próprio, e inofensivo se analisado isoladamente, porém traria a ruína do direito se viesse a tornar-se uma regra geral. A luta do direito contra a injustiça não fica restrita aos indivíduos, o poder público - nos estados mais avançados - protege o direito dos indivíduos através da polícia e do juízo criminal. Contudo, se estas condições desaparecessem e a acusação coubesse exclusivamente ao lesado, aonde chegaríamos com o abandono do direito? Segundo Ihering, *“ao incitamento dos ladrões e dos desordeiros” (p. 51).*

Aplicando o mesmo conceito a vida dos povos, Ihering busca o exemplo da língua quadrada de terreno⁴ para demonstrar a impossibilidade de que uma doutrina - a que pretende medir a resistência contra a injustiça pelo valor material do objeto em litígio - seja reconhecida como exata. Segundo ele, trata-se de *“um sentimento jurídico mórbido e impotente; não é afinal outra coisa mais do que o puro e grosseiro materialismo no domínio do direito”.*(p. 51)

Há uma conexão entre o direito e a pessoa que confere a todos os direitos, independente da sua natureza, um valor designado de *“valor ideal”*, chamando assim com

a finalidade de distinguir do valor que seja puramente substancial, que os direitos tem sob o ponto de vista do interesse, sendo que e esta íntima afinidade que produz a energia na defesa do direito. Trata-se, na opinião do autor, de uma concepção que perpassa todas as camadas da população - da mais rica a mais pobre - reforçando o *“quanto este idealismo e fundado sobre a mais íntima essência do direito”.* (p. 52)

“A luta pelo direito e a poesia do trabalho” (p. 53). Prosa nas questões materiais, poesia na esfera pessoal, na luta para defender a personalidade.

“Não é a experiência, nem a educação, mas o simples sentimento da dor (..). A dor que o homem experimenta, quando é lesado no seu direito, contém o reconhecimento espontâneo, instintivo e violentamente arrancado, do que e o sei direito, primeiro para ele, indivíduo, em seguida para a sociedade humana. A verdadeira natureza e a essência pura do direito revelam-se mais completamente nesse só momento, do que durante longos anos de pacífica fruição. Aquele que por si só ou por outrem nunca experimentou essa dor, não sabe o que é o direito.” (p .53)

Segundo Ihering, dois dos critérios do sentimento jurídico e a excitabilidade - faculdade de sentir a dor causada pela violação do direito - e a energia, isto é, a coragem. A excitabilidade não é idêntica todo indivíduo, classe ou povo, variando de acordo com a consideração que cada um da ao direito ou a uma instituição de direito como condição moral de sua existência. Quanto a energia, ela é puramente uma questão de caráter.

“Consciência do direito, convicção jurídica, são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta” (p . 53)

A DEFESA DO DIREITO É UM DEVER PARA COM A SOCIEDADE

A luta pelo Direito e vista sob o ponto de vista ético, isto é, é válido pugnar quando seu direito é violado, pois quando o seu direito individual (subjetivo) é violado todo o Direito objetivo também o é, pois são os dois uma única e mesma coisa. Negar o direito subjetivo é negar o direito como um todo. A legitimidade da luta pelo Direito consiste justamente em, ao defender o direito individual,

⁽³⁾ Para Ihering a luta do direito privado fica, aparentemente, nas *“regiões do frio calculo e da vida positiva.” (p. 31)*

⁽⁴⁾ Ver página 33.

estar protegendo o Direito de toda a coletividade (p. 63). O indivíduo tem o dever ético, para consigo mesmo e para com a sociedade, de lutar por seus direitos. Para Ihering “*cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade*” (p. 63) E essa luta deve ser contra o arbítrio.

Para Ihering, Direito e Idealismo - enquanto caráter - são sinônimos e, nesse sentido, o idealismo do sentimento jurídico, define a visão que, internacionalmente, terão do Estado. Resguardar e cultivar, na nação, o sentimento do direito e um dever da política. Leis injustas e más instituições jurídicas são como veneno atuando na raiz (o sentimento jurídico) e, se a raiz nada vale, tudo o mais não passa de uma miragem. (p. 77). O despotismo sabe onde agir, começa por ataques ao direito privado, por violências contra o indivíduo. Para matar a força moral de um povo, nada melhor do destruir seu sentimento de liberdade pessoal e a imposição arbitrária de impostos. “*A força de um povo corresponde à força do seu sentimento jurídico*” (p. 78), cultivá-lo e dar vigor e força ao Estado.

O autor, assim, contrapõe novamente o interesse particular e o interesse geral, afirmando que quem defende seu direito, defende também na esfera estrita desse direito, todo o Direito, por que o interesse e as consequências se seus atos - como já mencionado no capítulo anterior - dilatam-se para muito além de sua própria pessoa. O

interesse geral a que então se liga não seria somente o interesse ideal de defender a autoridade e a majestade da lei, mas o interesse muito real, muito prático, que em todos, -se manifesta e todos também compreendem, mesmo aqueles que daquele primeiro) interesse não tem o menor conhecimento, de que a ordem estabelecida na sociedade, na qual cada um pela sua parte e interessado, seja assegurada e mantida. Cada qual e, portanto, um lutador nato pelo Direito, no interesse da sociedade.

Para concluir, Ihering nos deixa a seguinte lição: “*a essência do direito, consiste na ação; a ação livre e para o sentimento jurídico o que o ar livre e para a chama: diminuí-la ou perturbá-la e abafá-lo inexoravelmente*” (p.80). E com isso, desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio devendo-se aplicar as palavras do poeta Fausto (p.97), por que só na luta encontraremos o direito, que diz:

“*Tal é a conclusão aceite atualmente:*

Só deve merecer a liberdade e a vida

Quem para as conservar luta constantemente.”

Ana Carolina Maluf

*Estudante de Direito
da PUC-Campinas*

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

Dom Bruno Gamberini

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Pe. Wilson Denadai

VICE-REITORA

Prof^ª Angela de Mendonça Engelbrecht

PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO

Prof. Germano Rigacci Júnior

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Prof^ª Vera Engler Cury

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Paulo de Tarso Barbosa Duarte

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Marco Antonio Carnio

CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

Diretor

Prof. Pe. Paulo Sérgio Lopes Gonçalves

Diretor Adjunto

Prof. André Nicolau Heinemann Filho

FACULDADE DE DIREITO

Diretor

Prof. Luís Arlindo Feriani

