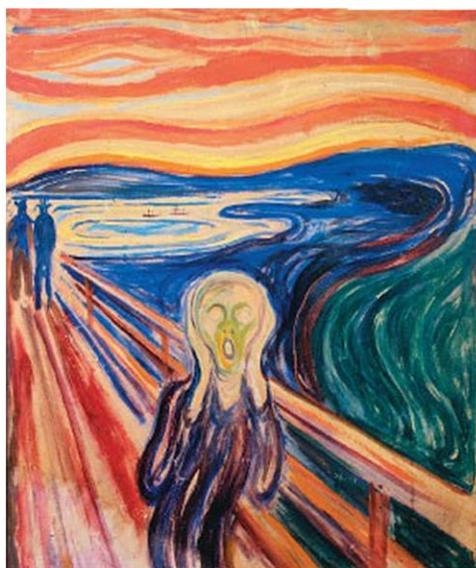
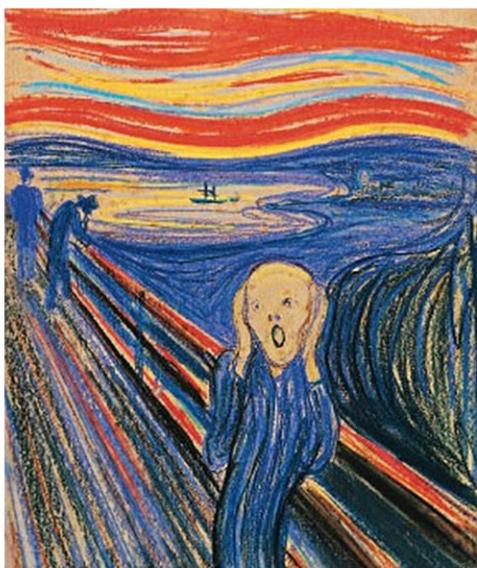


FILOSOFIA DO DIREITO e contemporaneidade



Φ editora fi

Leno Francisco Danner
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira
(Orgs.)



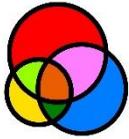
O livro que o leitor tem em mãos é fruto de um trabalho coletivo levado a efeito pelos autores que acolheram o desafio proposto pelos organizadores de pensar a filosofia do direito a partir de diversos contextos e problemas, mas que tem um, por assim dizer, núcleo comum: a contemporaneidade. É certo que os conceitos, quando dissociados de seu necessário contexto, são nada mais do que chavões que não cumprem a função para as quais aqueles existem: orientar o pensamento e tornar possível a compreensão dos problemas aos quais se buscou, ao fim e ao cabo, responder. Posto isso, o que devemos entender por contemporâneo? A seguir as lições de Roland Barthes no Colège de France, “[...] contemporâneo é o intempestivo” [contemporaneo è l’intempestivo]. Trata-se, como se pode perceber, de um conceito interessante, quase um paradoxo: se geralmente pensamos o contemporâneo como aquilo que nos é atual, no tempo e no espaço, para Barthes ele significa aquilo que é extemporâneo, aquilo que chega atrasado, e por isso é imprevisível, mesmo inoportuno; e por assim ser, contemporâneo é o que “[...] diven[e] storico e non cessa di operare [...] como l’embrione continua a agire nei tessuti dell’organismo maturo e il bambino nella vita psichica dell’adulto [...]”. Nesse sentido, todos os trabalhos aqui reunidos se preocupam em dar respostas a problemas contemporâneos/extemporâneos da filosofia jurídica, sejam eles relativos à relação entre religião, estado e sociedade, o (nem sempre enfrentado) conceito de político em Carl Schmitt a partir da tríade estado-movimento-povo, o da superação do jusnaturalismo pelo juspositivismo ou o lugar da Grundnorm no pensamento do Kelsen internacionalista, assim como os demais trabalhos.



Filosofia do Direito
e contemporaneidade

Comitê Científico da Série Filosofia e Interdisciplinaridade:

- **Agnaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Goncalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgareo**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernildo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, PUCRS, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Bühring**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Migule Giusti**, PUC Lima, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm De Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Bandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil



Série
Filosofia & Interdisciplinaridade

30

Leno Francisco Danner
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira
(Orgs.)

Filosofia do Direito e contemporaneidade

Porto Alegre
2015

| Φ editora fi

Direção editorial: Agemir Bavaresco

Diagramação: Lucas Fontella Margoni

Capa: Edvar Munch, versões de “O Grito”, da esquerda para a direita, de cima para baixo, respectivamente: Desespero, 1893, Segunda Versão, também de 1893, Terceira Versão, de 1895 e Quarta Versão, de 1910.



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da

[Creative Commons 3.0](http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/)

<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/>

Série Filosofia e Interdisciplinaridade - 30

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DANNER, Leno Francisco; OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de (Orgs.).

Filosofia do direito e contemporaneidade [recurso eletrônico] /
Leno Francisco Danner, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira
(Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015.
316 p.

ISBN - 978-85-66923-68-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia do direito
 2. Giorgio Agamben
 3. Filosofia política.
 4. Ética.
 5. Moral.
- I. Título. II. Série.

CDD-172

Índices para catálogo sistemático:

1. Ética política 172

Índice

Introdução	7
Colaboradores	11

Seção I

Traduções

Stasis

Giorgio Agamben	17
-----------------	----

Direitos: Uma Contribuição Analítica

Riccardo Guastini	35
-------------------	----

Seção II

Filosofia do Direito e Direito Internacional

Hans Kelsen e a prevalência do direito internacional: um lugar para a *Grundnorm*

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo	57
Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes	

Direito internacional e globalização econômica

João Alberto Wohlfart	77
-----------------------	----

Sobre a (falsa?) Polêmica entre internacionalistas e soberanistas sobre as relações entre direito internacional e direito nacional: um estudo a partir dos core crimes

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira	114
------------------------------------	-----

Associação, Imigração e Cosmopolitismo: I. Kant e S. Benhabib

Diego Carlos Zanella 150

Seção III

Filosofia do Direito em Seu Próprio Locus

The curious case of the ambiguous constitution of the political in Carl Schmitt

Agemir Bavaresco 165

Danilo Vaz-Curado R. M. Costa

**O mundo assombrado pelo jusnaturalismo – Parte I:
O positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro**

Leonam Baesso da Silva Liziero 186

Política, instituições e lutas sociais: para além do puro normativismo e do institucionalismo forte em teoria política

Leno Francisco Danner 222

Sobre religião, Estado e sociedade em Marx com uma olhada na Filosofia do Direito de Hegel

Christian Iber 256

Sobre desobedecer

Marco Alexandre de Souza Serra 280

Reforma Política, Poder Constituinte e Democracia: cenário político brasileiro contemporâneo, entre a crise e a reforma

Ítalo José Marinho de Oliveira 308

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

Introdução

O livro que o leitor tem em mãos é fruto de um trabalho coletivo levado a efeito pelos autores que acolheram o desafio proposto pelos organizadores de pensar a filosofia do direito a partir de diversos contextos e problemas, mas que tem um, por assim dizer, núcleo comum: a contemporaneidade.

É certo que os conceitos, quando dissociados de seu necessário contexto, são nada mais do que chavões que não cumprem a função para as quais aqueles existem: orientar o pensamento e tornar possível a compreensão dos problemas aos quais se buscou, ao fim e ao cabo, responder.

Posto isso, o que devemos entender por contemporâneo? A seguir as lições de Roland Barthes no *Colège de France*, “[...] contemporâneo é o intempestivo” [*contemporaneo è l'intempestivo*]¹. Trata-se, como se pode perceber, de um conceito interessante, quase um paradoxo: se geralmente pensamos o contemporâneo como aquilo que nos é atual, no tempo e no espaço, para Barthes ele significa aquilo que é extemporâneo, aquilo que chega atrasado, e por isso é imprevisto, mesmo inoportuno; e por assim ser, contemporâneo é o que “[...] *diven[e] storico e non cessa di operare [...] como l'embrione continua ad agire nei tessuti dell'organismo maturo e il bambino nella vita psichica dell'adulto [...]*”². Nesse sentido, todos os trabalhos aqui reunidos se preocupam em dar respostas a problemas contemporâneos/extemporâneos da filosofia jurídica, sejam eles relativos à relação entre religião, estado e sociedade (Christian Iber), o (nem sempre enfrentado) conceito de constituição política em Carl Schmitt a partir da tríade estado-movimento-povo (Agemir Bavaresco e Danilo Vaz), o da superação do jusnaturalismo

¹ *Apud* AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è il contemporaneo?* Roma: Nottetempo, 2008, p. 8.

² AGAMBEN, *Che cos'è il contemporaneo...*, p. 21.

pelo juspositivismo (Leonam Liziero) ou o lugar da *Grundnorm* no pensamento do Kelsen internacionalista (Paulo Emílio e Jean Rodrigo), assim como os demais trabalhos.

No que diz respeito, doutro giro, às diversas abordagens e escolhas temáticas, é preciso relembrar dois pontos essenciais daquilo que se poderia denominar de filosofia jurídica: uma feita por filósofos (raposas), outra feita por juristas (ouriços), conforme a díade muito bem desenvolvida por Celso Lafer a partir do poeta grego Arquíloco e o seu desenvolvimento contemporâneo feito por Isaiah Berlin³.

O que diferencia uma filosofia do direito feita por filósofos de uma filosofia do direito feita por juristas não é, pois, a matéria bruta com a qual trabalham, mas os problemas que tencionam resolver e os paradigmas que utilizam para buscar responde-los: aqueles, filósofos que manifestam interesses em temas jurídicos, estes “[...] juristas com inquietações filosóficas [...]” isto é, problemas “[...] percebido[s] pelos juristas com inquietações filosóficas e suscitados pelas necessidades práticas da experiência jurídica de ir além dos dados empíricos do Direito Positivo para poder lidar com o próprio Direito Positivo”⁴.

Os dois textos compendiados na Seção 1 – Traduções identificam muito bem esta distinção. No primeiro, Giorgio Agamben procura compreender o problema da guerra civil – *stasiologia* – e a sua atual conformação contemporânea como elemento desencadeador daquilo que ele denomina de estado de exceção internacional; no segundo, Riccardo Guastini, um dos mais prolixos jusfilósofos italianos no campo da teoria

³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988, pp. 13-31.

⁴ LAFER, **A reconstrução dos direitos humanos...**, pp. 17-18.

analítica, responde, a partir desse paradigma, o que se deve compreender por direito. São abordagens distintíssimas, quase excludentes, mas que comprovam à saciedade a diferenciação até agora indicada.

Um tópico menos interessante, mas não menos importante, diz respeito à metodologia dos diversos trabalhos apresentados, no qual o leitor verificará uma ausência de uniformidade estrutural. Cremos que isso se constitui numa consequência da liberdade de pesquisa e da abordagem na conformação das ideais. Embora não seja “adequado” às regras da ABNT, pensamos ser o momento de “desabonetizarmos” o pensamento. Basta, assim nos parece, a inteligibilidade e a clareza de ideias e das fontes, qualidades que não faltam em nenhum dos trabalhos aqui reunidos.

O presente livro foi organizado em três seções. Na primeira, como já afirmado acima, estão reunidas duas traduções, uma de Giorgio Agamben, feitas pelos professores Marcus Vinícius e Jovanir Dettoni, e a outra de Riccardo Guastini, feita pelo professor Marcus Vinícius. Já a seção dois, identificada pelo subtítulo *Filosofia do Direito e Direito Internacional*, compendia contribuições que abordam temas nos quais se intersectam a filosofia do direito e diversos campos do Direito Internacional: *Hans Kelsen e a prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm*, de Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes, *Direito Internacional e globalização econômica*, de João Alberto Wohlfart, *Sobre a (falsa?) polêmica entre internacionalistas e soberanistas sobre as relações entre Direito Internacional e Direito Nacional: um estudo a partir dos Cores Crimes*, de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira e *Associação, Imigração e Cosmopolitismo: I. Kant e S. Benhabib*, de Diego Carlos Zanella. Por fim, a terceira Seção, intitulada Filosofia do Direito e(m) seu *Locus*, reúne as seguintes contribuições: *The curious case of the ambiguous constitution of the political in Carl Schmitt*, de Agemir Bavaresco e Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, *O mundo*

assombrado pelo jusnaturalismo – parte I: o positivismo jurídico como uma vela acesa no escuro, de Leonam Baesso da Silva Liziero, *Política, instituições e lutas sociais: para além do puro normativismo e do institucionalismo forte em teoria política*, de Leno Francisco Danner, *Sobre religião, Estado e sociedade em Marx com uma olhada na Filosofia do Direito de Hegel*, de Christian Iber, *Sobre desobedecer*, de Marco Alexandre de Souza Serra e *Reforma Política, Poder Constituinte e Democracia: cenário político brasileiro contemporâneo, entre a crise e a reforma*, de Ítalo José Marinho de Oliveira e Marcus Vinícius Xavier de Oliveira.

Como últimas palavras a título de introdução, gostaríamos de agradecer a todos os autores que, com brilhantismo e distinção, contribuíram para a realização do presente livro que, para ficarmos na famosa distinção de Arquíloco, é uma obra de raposas e ouriços. Agradecemos, também, ao nosso editor, Lucas Margoni, pelo excelente trabalho de editoração e divulgação. Esperamos, sinceramente, que este livro venha a contribuir nas discussões sobre a filosofia do direito no Brasil, e que possa encontrar em seu destinatário final – o Leitor – o acolhimento e compreensão necessários.

Porto Velho, agosto de 2015.

Professores Leno Danner e Marcus V X Oliveira

Colaboradores

Agemir Bavaresco: Doutor em Filosofia na Université Paris I (Pantheon-Sorbonne) (1997). Pós-Doutorado na Fordham University (2009). Visiting Scholar na University of Pittsburgh (2011 e 2012). Pesquisa pós-doutoral na University of Sydney (2013). Pesquisa e solidariedade na University of Guyana (2014). Pesquisa pós-doutoral na Columbia University (2015). Possui ainda mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1993), graduação em Filosofia pela Universidade Católica de Pelotas (1978), graduação em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (2007). Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Christian Iber: Possui doutorado em Filosofia - Instituto de Filosofia da Livre Universidade de Berlim (1986). Atualmente é Professor Doutor do Instituto de Filosofia da Universidade Livre de Berlim, Alemanha. Atualmente é pesquisador do Programa Nacional de Pós-Doutorado (PNPD) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS / Brasil)

Danilo Vaz-Curado R. M. Costa: Doutor em Filosofia pela UFRGS, Mestre em Filosofia pela UFPE. Atualmente desenvolve pesquisa intitulada *Mente e Realidade: por uma re-habilitação da linguagem ordinária*. Parecerista UBACYT 2014-2017 na Universidade de Buenos Aires, no sistema Sisgeva. Professor da Universidade Católica de Pernambuco.

Diego Carlos Zanella: Possui graduação em Filosofia (licenciatura plena) pela Faculdade Palotina de Santa Maria -

FAPAS (2002/2-2006/1). Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2006/2-2008/1). Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2008/2-2012/1) com período de estágio de doutoramento na Eberhard Karls Universität Tübingen - Deutschland - sob a orientação do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Otfried Höffe. Atualmente é professor do curso de graduação em Filosofia e da área de humanidades no Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB).

Ítalo José Marinho de Oliveira: Graduando em Direito na Universidade Federal de Rondônia.

Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes: Bacharel em Direito pela UFRJ.

João Alberto Wohlfart: Doutor em Filosofia pela PUCRS e professor de filosofia no IFIBE.

Jovanir Lopes Dettoni: Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (2003) e mestrado pela Universidad Pablo de Olavide (2010). Atualmente é professor auxiliar da Universidade Federal de Rondônia, no Departamento de Ciências Jurídicas.

Leno Francisco Danner: Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia. Doutor em Filosofia pela PUC-RS. É especialista em teoria social (com especial ênfase em Teoria Crítica) e em filosofia política (Marx, Rawls e Habermas).

Leonam Baesso da Silva Liziero: Doutorando e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2013). Bacharel em

Direito pela Universidade Nove de Julho (2010). Professor da Universidade Candido Mendes - UCAM. Orientador de Pesquisa do Núcleo de Iniciação Científica - UCAM. Advogado.

Marco Alexandre de Souza Serra: Advogado criminal e professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). É mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira: Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rondônia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia, 1996. Especialista em Direito Público, 2003. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, 2007. Doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Tradutor.

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo: Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sendo o vice-coordenador do PPGD-UERJ. Possui graduação (1996), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002) e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007). Foi professor adjunto da Universidade Federal Fluminense e bolsista do CNPq PQ2-F. Atualmente, é avaliador ad hoc do Ministério da Educação. Publicou diversas obras, entre as quais os livros O nascimento do direito internacional, Guerra e Cooperação Internacional e Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz.

Seção I

Traduções

Stasis

Giorgio Agamben⁵

1.

Que hoje falte uma doutrina sobre a guerra civil é geralmente aceito, sem que esta lacuna pareça também preocupar [a] juristas e politólogos. Roman Schnur, que já nos anos oitenta formulava esta diagnose, adicionava, contudo, que a desatenção aos confrontos de guerra civil andava de *pari passo* à progressão da guerra civil mundial (Schnur, pp. 121 e 156). A trinta anos de distância [est]a observação não perdeu nada de sua atualidade: enquanto hoje se tornou mesmo impossível distinguir guerra entre Estados e guerra interna, os próprios estudiosos continuam a evitar cuidadosamente qualquer sugestão a uma teoria da guerra civil. É verdade que nos últimos anos, frente ao recrudescimento de guerras que não sei se poderíamos definir como internacionais, multiplicaram-se, sobretudo nos Estados Unidos, as publicações que as consideram *internal wars*; mas, mesmo nesses casos, a análise não é orientada à interpretação do fenômeno, mas, segundo uma

⁵ Giorgio Agamben nasceu em Roma, 1942, é um dos mais renomados e prolíficos filósofos contemporâneos. É formado em Direito pela Universidade de Roma, onde defendeu tese sobre o pensamento político de Simone Weil. Foi aluno de Martin Heidegger nos Seminários em Le Thor nos anos de 1966 (Heráclito) e 1968 (Hegel.) Foi responsável pela edição italiana da obra completa de Walter Benjamim. Foi professor de filosofia, tendo se afastado da docência superior no ano de 2010. É titular da cadeira Baruch de Spinoza na European Graduate School. Foi diretor do Collège International de Philosophie, Paris. Autor da série Homo Sacer, além de vários outros títulos como **Profanações, A Linguagem e a morte: Um seminário sobre o lugar da negatividade, II tempo che resta: un commentto alla Lettera ai Romani** etc. O presente texto constitui-se no capítulo 1 de seu mais recente livro **Stasis** : la guerra civile come paradigma politico, homo sacer, II, 2, Torino : Bollati Boranghieri, 2015, pp. 9-32.

prática sempre mais difusa, às condições que tornam possível uma intervenção internacional. O paradigma do consenso, que hoje domina tanto a prática como a teoria política, não parece compatível com a séria indagação de um fenômeno que é tão antigo quanto a democracia ocidental.

✎ Há hoje tanto uma “polemologia”, uma teoria da guerra, como uma “irenologia”, uma teoria da paz, mas não existe uma “stasiologia”, uma teoria da guerra civil. Já mencionamos como, segundo Schnur, esta lacuna é passível de ser relacionada com a progressão da guerra civil mundial. O conceito de “guerra civil mundial” foi contemporaneamente introduzido por Hannah Arendt em 1963 em seu livro *On Revolution* (no qual a segunda guerra mundial é definida como “uma espécie de guerra civil desencadeada sobre toda a superfície da terra”: Arendt, p. 10), e por Carl Schmitt no seu *Theorie des Partisanen*, isto é, um livro dedicado à figura que marca o fim da concepção da guerra do *Jus publicum Europaeum*, fundada sobre a possibilidade de distinguir claramente entre guerra e paz, militares e civis, inimigos e criminosos. Qualquer que seja a data na qual se queira rastrear esse fim, é certo que hoje o estado de guerra em sentido tradicional virtualmente desapareceu. Mesmo a Guerra do Golfo – isto é, o último conflito que se apresentaria como uma guerra entre Estados – foi combatida sem que os Estados beligerantes declarassem o estado de guerra (que para alguns Estados, como a Itália, seria incompatível com a Constituição vigente). O generalizar-se de um modelo de guerra que não possa ser definido como conflito internacional e, entretanto, lhe faltam os tradicionais critérios de guerra civil induziu alguns estudiosos a falar de *uncivil wars*, que não parecem se dirigir, como as guerras civis, ao controle ou a transformação do sistema político, mas a maximizar a desordem (Snow, *passim*). A atenção que nos anos noventa os estudiosos

dedicaram a estas guerras não poderia, evidentemente, trazer a uma teoria da guerra civil, mas somente uma doutrina do *management*, isto é, da gestão, da manipulação e da internacionalização dos conflitos internos.

2.

Uma razão possível do desinteresse pela guerra civil está na crescente popularidade (pelo menos desde o fim dos anos setenta) pelo conceito de revolução, que é muitas vezes substituído pelo de guerra civil, sem que, entretanto, com ele coincida. Foi Hannah Arendt, em seu livro *On Revolution*, a formular sem reservas a tese da heterogeneidade entre os dois fenômenos. “As revoluções – escreve – são os únicos eventos políticos que se põem direta e inevitavelmente de frente ao problema de um novo início... As revoluções modernas têm bem pouco em comum com a *mutatio rerum* da história romana ou com a *stasis*, a discórdia civil que atormentou a *polis* grega. Não podemos identifica-las com a *metabolai* de Platão, a transformação quase natural de uma forma de governo em outra, ou com a *politeion anakyklosis* de Políbio, o predeterminado percurso cíclico a que estão sujeitos os eventos humanos, e em razão do qual eles são sempre compelidos aos extremos. A antiguidade clássica conhecia muito bem as mudanças políticas e a violência que as acompanhava; mas nem a violência nem as mudanças políticas lhes eram portadoras de algo completamente novo” (Arendt, p. 15).

Mesmo que seja possível que a diferença entre os dois conceitos seja em realidade puramente nominal, é certo que ao concentrar a atenção sobre o conceito de revolução, que, por alguma razão, parece – mesmo para uma estudiosa sem preconceitos como Arendt – mais respeitável que aquele de *stasis*, contribuiu para a marginalização dos estudos sobre a guerra civil.

3.

Uma teoria da guerra civil não está entre os objetivos deste texto. Limitar-me-ei, somente, a examinar como ela se apresenta no pensamento político ocidental em dois momentos de sua história: no testemunho dos filósofos e dos historiadores na Grécia clássica e no pensamento de Hobbes⁶. Os dois exemplos não foram escolhidos ao acaso: sugeriria que eles representam, por assim dizer, as duas faces de um mesmo paradigma político que se manifesta, de um lado, na afirmação da necessidade da guerra civil, e de outro, na necessidade de sua exclusão. Que o paradigma seja, em realidade, único, significa que os dois opostos necessitam manter entre si uma solidariedade secreta, que se tratará de compreender.

Uma análise do problema da guerra civil – ou *stasis* – na Grécia clássica não pode deixar de iniciar com os estudos de Nicole Loraux, que dedicou à *stasis* uma série de artigos e ensaios, reunidos em 1997 no volume *La Cité Divisée*, por ele [mesmo] referido como *mon livre par excellence*. Na vida dos estudiosos, assim como na dos artistas, existem mistérios. Assim, nunca consegui explicar de modo satisfatório porque Loraux não incluiu no livro um ensaio, escrito em 1986 para uma conferência em Roma, que se intitula *La Guerre dans la Famille*, e que foi o mais importante entre seus estudos que havia dedicado ao problema da *stasis*. A circunstância é ainda mais inexplicável quando que ele decide publicar o ensaio no mesmo ano do livro em um número da revista “Clio” dedicado às guerras civis, como se soubesse – mas seria uma motivação assaz singular – que a tese do ensaio era decisivamente mais original e radical do que aquela – embora aguda – afirmada no livro. Tentarei, de qualquer sorte,

⁶ (N.t.) Agamben faz referência ao segundo texto que compõe *Stasis*, “Leviatano e Behemoth”, pp. 33-77.

resumir as conclusões do ensaio para provar-me individualmente aquilo que Feuerbach denominava de *Entwicklungsfähigkeit*, a “capacidade de desenvolvimento” nele contido.

4.

Outros pensadores franceses antes de Nicole Loraux – mencionarei pelo menos dois clássicos, Gustave Glotz e Fustel de Coulanges e, depois deles, Jean-Pierre Vernant – haviam destacado a importância da *stasis* na *polis* grega. A novidade na aproximação de Loraux é que ela situa imediatamente o problema em seu *locus* específico, isto é, na relação entre a *oikos*, a “família” ou “casa”, e a “*polis*”, a “cidade”. “A questão – escreve – será discutida entre três termos: a *stasis*, a cidade, a família” (Loraux I, p. 38). Uma identificação símile do lugar da guerra civil implica que seja redesenhada, desde o começo, a topografia tradicional da relação entre a família e a cidade. Não se trata, segundo o paradigma corrente, de uma superação da família pela cidade, do privado pelo público e do particular pelo geral, mas de uma relação mais ambígua e complexa, que vamos tentar compreender de forma precisa.

Loraux inicia as suas análises numa passagem do *Menêxeno* platônico no qual a ambiguidade da guerra civil aparece em plena evidência. Descrevendo a *stasis* que dividiu os cidadãos de Atenas em 404, Platão escreve ironicamente: “A nossa guerra familiar [*oikeios polemos*] foi conduzida de tal modo que, se o destino condenasse a humanidade ao conflito, ninguém desejaria que a própria cidade sofresse dessa doença. A partir de Pireu e da cidade, com qual jovialidade e familiaridade se misturaram uns com os outros [*os asmenos kai oikeios allelois synemeixan*]! Não somente o verbo de que Platão se serve (*summeinyμι*), que tanto significa “misturar” como “entrar na mischia, combater”, mas a própria expressão *oikeios polemos* seria, para um ouvido grego, um oximoro: *polemos* designa, com efeito, a guerra externa e

refere-se, como Platão escreverá na *Republica* (470 c), àquilo que é *alotrion kai othneion*, “estranho e estrangeiro”, enquanto que àquilo que é *oikeion kai syggenes*, “familiar e parente”, o termo apropriado é *stasis*. Conforme a leitura que Loraux faz desta passagem, Platão parece implicar que “os atenienses haviam conduzido uma guerra interna somente para melhor se encontrarem num festa familiar” (Loraux I, p. 22). A família é a origem da divisão e da *stasis* e, inclusive, o paradigma da reconciliação (os gregos, escreveu Platão, “combatem entre si como se fossem destinados a se reconciliarem, *Rep.*, 471 a).

5.

A ambivalência da *stasis* é, portanto, segundo Loraux, em razão da ambiguidade da *oikos* em relação à qual ela é consubstancial. A guerra civil é *stasis emphylos*, conflito próprio do *phylon*, da relação de sangue: ela é a tal ponto natural à família, que *ta emphylia* (lit. “coisa interna à estirpe”) simplesmente significa “guerra civil”. O termo designa segundo Loraux “a relação de sanguinidade que a cidade enquanto estirpe e, como tal, pensada em sua clausura, ocupa-se consigo mesma” (Loraux I, p. 29). Da mesma forma que está na origem da *stasis*, a família é também aquilo que contém seu possível remédio. Vernant, assim, faz notar que a guerra entre famílias se solucionam na maior parte das vezes mediante a troca de mulheres, isto é, graças a um matrimônio entre as estirpes rivais: “para os Gregos, tanto na contextura das relações sociais como naqueles do mundo, não é possível separar a força do conflito daquela da união” (Vernant, p. 129).

A própria tragédia testemunha no íntimo a estreita ligação entre guerra civil e família e da ameaça do *Ares emphylios* (*Eumênides*, 862-63), o Ares que demora na *oikos*, pesa sobre a cidade. A *Oresteia* é, segundo Loraux, a evocação da longa cadeia de assassinatos na casa dos Atreu e, ao mesmo tempo, a comemoração de sua superação através da

fundação do tribunal do Areópago, que porá fim à carnificina familiar. “A ordem política integrou a família em seu seio. Isto significa que ela estará sempre virtualmente ameaçada pela discórdia inerente à relação familiar como uma segunda natureza e, ao mesmo tempo, que ela já superou esta ameaça” (Loraux I, p. 39).

Enquanto a guerra civil é inerente à família – sendo, portanto, *oikeios polemos*, “guerra em casa” – ela é, na mesma extensão – esta é a tese que Loraux sugere – inerente à cidade, é parte integrante da vida política dos gregos.

6.

No final do ensaio, Loraux analisa o caso de uma pequena cidade grega na Sicília, Nakone, onde os cidadãos, no século III, após uma *stasis*, decidiram organizar a reconciliação de modo assaz particular. Eles tiraram à sorte os nomes dos cidadãos de forma a dividi-los em grupos de cinco, que se tornavam desta forma *adelphoi hairatoi*, “irmãos por sorteio”. A família natural era neutralizada, mas, ao mesmo tempo, a neutralização se realizava por meio de um símbolo parental por excelência: a fraternidade. A *oikos*, origem da discórdia civil, era excluída da cidade graças à produção de uma fraternidade postiça. A inscrição na qual se transmitiu esta notícia informa que os novos irmãos não deveriam ter entre eles nenhum vínculo familiar: a fraternidade puramente política exclui aquela de sangue e, com isto, libera a cidade da *stasis emphylos*; no mesmo gesto, entretanto, ela reconstitui uma relação sobre o plano da *polis*, faz da cidade uma família de um novo gênero. Foi de um paradigma “familiar” deste gênero que se serviu Platão, sugerindo que, na sua república ideal, uma vez que a família natural tenha sido eliminada através da propriedade comunal das mulheres e dos bens, todos veriam no outro “um irmão ou uma irmã, um pai ou uma mãe, um filho ou uma filha” (*Rep.*, 463 c).

A função ambivalente da *oikos* e da *stasis*, que era inata é mais uma vez confirmada, e Loraux pode neste ponto concluir sua análise com um duplo convite: “*Stasis*/família/cidade... estas noções se articulam conforme uma linha de força na qual a recorrência e a sobreposição prevalecem largamente sobre todo processo contínuo de evolução. Daí que o paradoxo e a ambivalência, que havíamos encontrado mais de uma vez. Possa o historiador [da relação] familiar ter uma oportunidade para rever o lugar comum de uma irresistível superação da *oikos* pela cidade. Quanto ao historiador da política, ele poderá reforçar a convicção que a reflexão grega sobre a cidade era ambivalente, uma vez que integra a *stasis*: o conflito interno deve, de fato, ser agora pensado como efetivamente proveniente do interior do *phylon* e não, como pretendia uma tradição mais cômoda, proveniente de fora... Precisa se pôr a prova para pensar com os gregos a guerra na família. Ocorre supor-se que a cidade é um *phylon*: [disso] segue que a *stasis* é quem o revela. Ocorre supor-se que a cidade é uma *oikos*: no horizonte do *oikeios polemos* se perfila uma festa de reconciliação. E admitir, enfim, que entre estas duas operações, a tensão não pode ser resolvida” (Loraux I, pp. 61-62).

7.

Tentaremos compendiar na forma de teses os resultados das análises de Loraux:

- 1) A *stasis* anula, primeiramente, o lugar-comum que concebe a política grega como uma superação definitiva da *oikos* pela *polis*.
- 2) A *stasis*, ou guerra civil, é, em sua essência, uma “guerra na família”, que provém da *oikos* e não de fora. Precisamente por ser inerente à família, a *stasis* serve como seu revelador, atestando sua presença irreduzível na *polis*.

3) A *oikos* é essencialmente ambivalente: isso é, de um lado, um fator de divisão e de conflitos, e de outro é o paradigma que permite a reconciliação daquilo que foi dividido.

O que fica imediatamente evidente desta exposição compendiada é que, enquanto que a presença e a função da *oikos* e da *phyllos* na cidade são amplamente examinadas e de algum modo definidas, as da *stasis*, que constituía o objeto da pesquisa, permanecem na sombra. Ela não é mais que um “revelador” da *oikos*, se reduzida então ao elemento da qual provem e da qual não faz mais que atestar sua presença na cidade; a sua definição é, no fim, evasiva. Tentaremos, portanto, examinar a tese de Loraux precisamente nesta direção, tentando trazer à luz este *não dito*.

8.

Quanto ao primeiro ponto, penso que a minha pesquisa nos mostrou para além de qualquer dúvida que a relação entre *oikos* e *polis*, *zōè* e *bíos*, que são a base da política ocidental, devem ser repensadas desde o início. Na Grécia clássica, a *zōè*, a simples vida natural, é excluída da *polis* e fica confinada na esfera da *oikos*. No início da *Política*, Aristóteles distingue com cuidado o *oikonomos*, o “chefe de um empreendimento”, e o *despotes*, o “chefe de família”, que se ocupavam da reprodução e da conservação da vida, do político, e critica asperamente aqueles que acreditam que a diferença que lhes distinguem seja de quantidade e não de qualidade. E quando, numa passagem que deveria ser canônica para a tradição política do Ocidente, ele define o fim da *polis* como comunidade perfeita, o faz apenas opondo o simples fato de viver (*to zēn*) à vida politicamente qualificada (*to en zēn*).

Esta oposição entre “viver” e “viver bem” é, pois, ao mesmo tempo, uma implicação do primeiro no segundo, da família na cidade e da *zōè* na vida política. Um dos escopos de *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua* foi precisamente o de analisar as razões e as consequências dessa exclusão – que

é ao mesmo tempo uma inclusão – da vida natural na política. Que relações devemos supor entre a *zōè* e a *oikos*, de um lado, e a *polis* e o *bíos* político de outro, se os primeiros devem ser incluídos nos segundos através de uma exclusão? Nesta perspectiva, a minha pesquisa era perfeitamente coerente com o convite de Loraux em por em questão “o lugar comum de uma superação irresistível da *oikos* pela cidade”: não se trata de uma superação, mas de uma tentativa complicada e irresoluta de capturar uma exterioridade e de expelir uma intimidade. Mas como entender, neste contexto, o lugar e a função da guerra civil?

9.

A segunda e a terceira teses nas quais compendiamos a pesquisa de Loraux parecerem sob estas luzes mais problemáticas. Segundo estas teses, o lugar original da *stasis* é a *oikos*, a guerra civil é uma “guerra em família”, uma *oikeios polemos*. E à *oikos* – e a *stasis* que lhe é conatural – [é] inerente uma ambivalência essencial, porque essa é, ao mesmo tempo, aquilo que causa a destruição da cidade e [é] o paradigma da recomposição de sua unidade. Como explicar esta ambivalência? Se a *oikos*, ao conter em si a discórdia e a *stasis*, é um elemento de desagregação política, como pode apresentar-se como o modelo da reconciliação? E porque a família implica irredutivelmente em seu interior o conflito? Porque a guerra civil seria um segredo de família e de sangue, e não um arcano político? Talvez a localização e a gênese da *stasis* no interior da *oikos*, que a hipótese de Loraux parece garantir, devem ser verificadas e corrigidas.

Stasis (de *istemi*) designa, segundo o étimo, o ato de elevar-se, de estar firmemente em pé (*stasimos* é o ponto da tragédia na qual o coro fica de pé e fala; *stas* é aquele que pronuncia em pé o juramento). Onde “sta” a *stasis*, qual o seu lugar próprio? Para responder a esta pergunta será preciso percorrer alguns dos textos que Loraux analisa para

provar a sua tese da localização familiar da guerra civil e verificar se eles não permitem uma leitura diferente.

Primeiramente, uma citação das *Leis* de Platão (IX, 869 c-d): “O irmão [*adelphos*, o irmão consanguíneo] que, numa guerra civil, mata em combate o irmão, será considerado puro [*catharos*], como se tivesse matado um inimigo [*polemios*]; o mesmo ocorrerá para o cidadão que, em mesma condição, matar um outro cidadão e para o estrangeiro que matar um estrangeiro”. Comentando esta passagem, Loraux ainda pôde ver um testemunho da íntima relação entre *stasis* e família: “no alvoroço do ódio civil, é o parente mais próximo que mata... família real na cidade, a família como uma metáfora da cidade” (Loraux I, p. 44). Entretanto, o que resulta do texto da lei proposta pelo Ateniense no diálogo platônico não é tanto a conexão entre *stasis* e *oikos*, quanto o fato de que a guerra civil assimila e torna indecível o amigo e o inimigo, o dentro e o fora, a casa e a cidade. Na *stasis*, o homicídio daquele que é mais íntimo não se distingue daquele do qual se é mais estranho. Isto significa, pois, que a *stasis* não tem seu lugar dentro da casa, mas constituiu-se num limiar de indiferença entre *oikos* e *polis*, entre parentesco de sangue e cidadania.

Este novo deslocamento da *stasis* no limiar entre a casa e a cidade é confirmada por outro lado – por Tucídides, nesse caso – que Loraux cita em nota. A propósito da sanguinolenta guerra civil que teve lugar em Corfú em 425, Tucídides escreve que a *stasis* chegou com tanta ferocidade, que “os laços de parentesco [*to syggenes*] se tornaram mais estranhos que aqueles entre as facções políticas [*ton etairikou*]”. Loraux observa que, para exprimir a própria ideia, a formulação inversa teria sido mais natural: “os laços da facção política se tornaram mais íntimos que as familiares” (Loraux I, p. 35). Em realidade, decisivo mais uma vez é que a *stasis* confunde, em um deslocamento duplo, isto que pertence à *oikos* e aquilo que é próprio da *polis*, o íntimo e o estranho: o laço político se transfere para o interior da casa

na mesma medida em que os vínculos familiares se estranham em facção.

E é talvez no mesmo sentido que é possível interpretar o singular dispositivo idealizado pelos cidadãos de Nakone: aqui o mesmo efeito da *stasis* é a de tornar indiscernível a *oikos* da *polis*, o parentesco que se dissolve em cidadania, e o vínculo político que, nos “irmãos por sorteio” leva a fórmula incongruente de uma parentela.

10.

Podemos agora tentar responder à pergunta “onde “sta” a *stasis*, qual o lugar próprio da guerra civil? A *stasis* – esta é a nossa hipótese – não tem um lugar nem na *oikos* nem na *polis*, nem na família nem na cidade: ela se constitui numa zona de indiferença entre o espaço impolítico da família e aquele político da cidade. Transgredindo este limiar, a *oikos* se politiza e, inversamente, a *polis* se “economiza”, isto é, se reduz a *oikos*. Isto significa que, no sistema da política grega, a guerra civil funciona como uma espécie de politização e despolitização, através do qual a casa se excede em cidade e a cidade se despolitiza em família.

Existe, na tradição do direito grego, um documento singular que parece confirmar para além de qualquer dúvida a situação da guerra civil como limiar de politização/despolitização que havíamos proposto há pouco. Mesmo que este documento seja mencionado não somente por Plutarco, Aulo Gélcio e Cícero, mas também com particular exatidão por Aristóteles (*Ath. Const.*, VIII, 5), a avaliação da *stasis* que ele implica pareceu tão desconcertante para os historiadores modernos da política que ele foi deixado de lado (mesmo Loraux, que também o cita no livro, não o menciona no artigo). Trata-se da lei de Sólon, que punia com a *atimia* (isto é, com a perda dos direitos civis) o cidadão que em uma guerra civil não tivesse combatido por uma das duas partes (como Aristóteles afirma com crueza: “aquele que, quando a cidade está em guerra civil [*stasiazouses tes poleos*], não pega em armas [*thetai ta opl*].

lit.: “pega o escudo”) por alguma das duas partes, seja punido com a infâmia [*átimos einaí*] e seja excluído da política [*tes poleos me metechein*]. (Cícero – *Epist. Ad Att.*, X, I, 2 – ao traduzir *capite sanxit*, evoca oportunamente a *capitis diminutio*, que correspondia à *atimia* grega).

Não tomar parte na guerra civil equivale a ser expulso da *polis* e confinado na *oikos*, a sair da cidadania para ser reduzido à condição impolítica do privado. Isto, não significa, obviamente, que os Gregos considerassem a guerra civil como um bem: mas a *stasis* funciona como um reagente que revela o elemento político no caso extremo, como um limiar de politização que determina *de per se* o caráter político ou impolítico de um determinado ser.

11.

Christian Meier mostrou como na Grécia do século V aconteceu uma transformação do conceito constitucional, que se realiza através daquilo que ele denomina uma “politização” [*Politisierung*] da cidadania. Onde antes o pertencimento social era primeiramente definido pelas condições e *status* de várias espécies (nobres e membros das comunidades culturais, camponeses e mercadores, pais de família e parentes, moradores da cidade e dos campos, senhores e servos), e somente em um segundo momento da cidadania com os direitos e deveres que ela implicava, tornando-se a cidadania, enquanto tal, o critério político da identidade social. “Nasce, assim – ele escreve – uma identidade política especificamente grega da cidadania. A expectativa que os cidadãos se comportassem “como cidadãos” [*bürgerlich*], isto é, em sentido grego, “politicamente”, encontrou uma forma institucional. Esta identidade não tinha concorrente digno de nota, a exemplo do pertencimento de grupos constituídos a partir da comunidade econômica, profissionais, de trabalho, religiosa ou de outra espécie... Na medida em que na democracia os cidadãos se dedicavam à vida política, eles compreendiam

primariamente a si mesmo como participantes da *polis*; e a *polis* se constituía a partir daquilo em que eram essencialmente solidários, isto é, dos interesses originariamente compartilhados da ordem e da justiça... *Polis* e *politéia* neste sentido se definiam reciprocamente. A política tornou-se assim para um grupo relativamente amplíssimo de cidadãos um conteúdo vital [*Lebensinhalt*] e um interesse próprio... A *polis* torna-se um âmbito entre os cidadãos claramente distinto da casa e a política uma esfera distinta do “reino da necessidade” [*anankaia*]” (Meier, p. 204).

Segundo Meier, este processo de politização da cidadania foi especificamente grego e da Grécia foi transmitido, com alterações e desvirtuamentos de vários gêneros, à política ocidental. Na perspectiva que aqui nos interessa, é necessário precisar que a politização de que fala Meier está situada no campo de tensão entre *oikos* e *polis*, definido pelos processos opostos de politização e despolitização. Neste campo de tensão, a *stasis* se constitui [em] um limiar, através do qual transitam o pertencimento doméstico [que] se politiza em cidadania e, inversamente, a cidadania se despolitiza em solidariedade familiar. Porque as tensões são, como havíamos visto, contemporâneas, torna-se decisivo o limiar nos quais estes se transformam e se invertem, se conjugam ou distinguem.

✎ Meier acolhe substancialmente a definição schmittiana do político como “o grau de intensidade de uma associação e de uma dissociação”. Como ele sugere, entretanto, a definição não concerne tanto à essência do político, quanto à unidade política. Neste sentido, como Schmitt esclarece, “a unidade política... designa o grau mais intenso de unidade, a partir do qual se determina mesmo a distinção mais intensa, isto é, o reagrupamento conforme o amigo e o inimigo. Essa é a unidade suprema... porque decide e, internamente, está em condição de impedir que todos os outros reagrupamentos opostos de

dissociem na direção à extrema inimizade (isto é, a guerra civil)” (Schmitt I, p. 141). Em verdade, se um determinado âmbito é definido a partir de um par oposto do conceito, nenhum dos dois pode ser excluído sem comprometer-se a realidade. Enquanto grau extremo da dissociação, a guerra civil, mesmo na perspectiva schmittiana, é parte ineliminável do sistema político do ocidente.

12.

Este nexos essencial entre *stasis* e política é confirmado por outra instituição grega, que Loraux não menciona no artigo, mas à qual dedica um capítulo importante (o sexto) em *La cité divisée: a anistia*. Em 403, após a guerra civil em Atenas que se concluiu com a derrota da oligarquia dos Trinta, os democratas vitoriosos, guiados por Arquino, se comprometeram solenemente a “não recordar em nenhum caso os eventos passados” (*ton de paralelythoton medeni pros medena mnesikakein*: *Ath. Const.*, XXXIX, 6), isto é, a não punir em juízo os crimes cometidos durante a guerra civil. Comentando esta decisão – que coincide com a invenção da anistia – Aristóteles escreve que, deste modo, os democratas “agiram de modo mais político [*politikotata... chresasthai*] em relação aos desastres passados” (*ibid.*, XL, 2). A anistia em relação à guerra civil é, então, o comportamento mais conforme a política. Do ponto de vista do direito, a *stasis* é, assim, definida por dois interditos perfeitamente coerentes entre si: de uma parte, [dela] não participar é politicamente culpável, e de outra, esquecê-la, uma vez terminada, é um dever político.

A fórmula *me mnesikakein* do juramento de anistia é geralmente traduzida como “não recordar” ou então “não ter ressentimento, não ter más recordações” (Loraux traduz: *je ne rappellerai pas les malheures*: Loraux 2, p. 147). O adjetivo *mnesikakos* significa, assim, “rancoroso, ressentido” e se aplica ao homem que nutre más recordações. Não é correto, portanto, que o mesmo possa valer para o verbo *mnesikakein*.

No criptotipo que regula a formação dos compostos verbais deste tipo em grego, o segundo termo é, em geral, ativo. *Mnesikakein* não significa tanto “ter más recordações”, mas algo como “machucar com a memória, fazer um mau uso das recordações”. Trata-se, no caso, de um termo legal, que se refere ao fato de perseguir judicialmente a qualquer um pelos crimes cometidos durante a *stasis*. A *amnestia* ateniense não é simplesmente um esquecimento ou um apagar do passado: é um convite a não fazer um mau uso da memória. Enquanto constitui-se em um paradigma político coessencial à cidade, que marca o tornar-se político do impolítico (da *oikos*) e o tornar-se impolítico do político (da *polis*), a *stasis* não é algo que possa mais ser esquecido ou removido: ela é o inesquecível que deve restar sempre possível na cidade e que, entretanto, não deve ser recordada através dos processos e dos ressentimentos. Exatamente o oposto, então, daquilo que a guerra civil parece ser para os modernos: algo que se deva a todo custo evitar e que deve ser sempre recordado por meio de processos e perseguições legais.

13.

Tentaremos extrair algumas conclusões provisórias de nossas análises:

1) A *stasis* não provém da *oikos*, não é uma “guerra em família”, mas é parte de um dispositivo que funciona de forma similar ao estado de exceção. Como, no estado de exceção, a *zōè*, a vida natural, é incluída na ordem jurídico-política através da sua exclusão, de modo análogo através da *stasis* a *oikos* é politizada e incluída na *polis*.

2) O que se encontra em jogo, então, na relação entre *oikos* e *polis* é a constituição de uma zona de indiferença na qual o político e o impolítico, o fora e o dentro, coincidem. Devemos, portanto, conceber a política como um campo de

força no qual os extremos são a *oikos* e a *polis*: entre eles a guerra civil assinala o limiar de transição através do qual o impolítico se politiza e o político se “economiza”:

politização ← → despolitização
oikos -----[*stasis*]-----*polis*

Isto significa que, na Grécia clássica como hoje, não existia algo como uma substância política: a política é um campo incessantemente percorrido pela corrente de tensão da politização e da despolitização, da família à cidade. Entre estas polaridades opostas, separadas e intimamente ligadas, a tensão – para parafrasear a diagnose de Loraux – não é resolúvel. Quando prevalece a tensão para a *oikos* e a cidade parece querer reduzir-se em uma família (mesmo que de um tipo especial), a guerra civil funciona então como o limiar no qual as relações familiares se repolitizam; quando, ao contrário, prevalece a tensão para a *polis* e os vínculos familiares se afrouxam, então a *stasis* intervém para recodificar em termos políticos as relações familiares.

A Grécia clássica é talvez o lugar no qual esta tensão, em um momento incerto, encontrou [um] equilíbrio precário. No curso da sucessiva história política do Ocidente, a tendência a despolitizar-se a cidade transformando-a numa casa ou numa família, regida por relações de sangue e operações meramente econômicas, se alternará por vezes em fases simetricamente opostas, nas quais todo o impolítico deve ser mobilizado e politizado. Conforme a prevalência de uma ou de outra tendência, mudará inclusive a função, a deslocação e a forma da guerra civil; mas é provável que enquanto as palavras “família” e “cidade”, “privado” e “público”, “economia” e “política” tenham um sentido fugaz, ela não poderá ser excluída da cena política no Ocidente.

⌘ A forma que a guerra civil assumiu hoje na história mundial é o terrorismo. Se a diagnose foucaultiana da política moderna como biopolítica é correta, e se correta é também a genealogia que a reconduz a um paradigma teológico-oikonomico, então o terrorismo mundial é a forma que a guerra civil assume quando a vida enquanto tal é posta em jogo pela política. Apenas quando a *polis* se apresenta na forma tranquilizadora de uma *oikos* – a “casa Europa” –, ou o mundo como espaço absoluto da gestão econômica global – então a *stasis*, que não pode mais situar-se no limiar entre *oikos* e *polis*, torna-se o paradigma de todo conflito e manifesta-se na forma do terror. O terrorismo é a “guerra civil mundial” que investe a cada momento sobre esta ou aquela zona do espaço planetário. Não é um acaso que o “terrorismo” coincidiu com o momento no qual a vida como tal – a nação, isto é, o nascimento – se tornava no princípio da soberania. A única forma pela qual a vida enquanto tal pode ser politizada é na sua incondicional exposição à morte, isto é, vida nua.

Traduzido por Marcus Vinícius Xavier de Oliveira e
Jovanir Lopes Dettoni
Julho/2015.

Direitos: Uma Contribuição Analítica

Riccardo Guastini⁷

I. O Direito e os Direitos

O objeto deste trabalho é uma análise dos discursos sobre os “direitos”. Existem enunciados sobre os “direitos”, obviamente, tanto na linguagem “do” direito, como na linguagem “sobre” o direito, isto é, na linguagem dos juristas. Aqui, no entanto, não me ocuparei da linguagem das fontes: minha análise se circunscreverá à linguagem dos juristas.

Começarei com uma descrição completamente banal, provavelmente desnecessária, mas que incluída por razões sistemáticas.

⁷ Riccardo Guastini, nascido em Gênova no ano de 1946, graduou-se em Direito na Universidade de Gênova, mesma instituição na qual obteve seu doutorado em Direito entre os anos acadêmicos de 1968-1969 com a tese intitulada *Filosofia do Direito na Doutrina Jurídica Marxista (Filosofia del Diritto sulle Dottrine Giuridiche del Marxismo)*, sob a orientação de Giovanni Tarello. Após exercer o magistério nas Universidades de Sassari e Trieste, assumiu a cadeira de Direito Constitucional na Universidade de Gênova, sendo atualmente catedrático de Filosofia Jurídica e Diretor do Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello” desta mesma Universidade, sendo um dos mais destacados pensadores da filosofia analítica na Ciência Jurídica contemporânea. É autor de mais de duas centenas de artigos, publicados em diversas línguas, bem como de diversos livros, quer em autoria, quer co-autoria. O texto que segue foi traduzido do livro GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoria Constitucional*, trad. Miguel Carbonell *et al.*, Ciudad de Mexico: UNAM, 2001, capítulo 11, pp. 213-229.

O termo “direito” (idêntico a *droit, derecho, recht* etc) é habitualmente utilizado com significados diferentes e em contextos também diferentes.

Aqui me interesse destacar somente dois entre estes significados.

Para captar esta distinção, bastarão observar os dois enunciados que seguem:

1. “O direito italiano proíbe o homicídio”.
2. “Todos os cidadãos têm o direito de se reunirem de forma pacífica sempre que não portarem armas”.

No primeiro enunciado, o termo “direito” faz referência a um conjunto de regras ou de normas: é aquilo que se convencionou denominar “direito objetivo” (em inglês: *the law*). No segundo, o mesmo termo se refere, em sentido contrário, a um atributo próprio de certos sujeitos: é o que se convencionou denominar “direito subjetivo” (em inglês: *a right*).

O adjetivo “jurídico” corresponde ao substantivo “direito” em sua primeira acepção (denomina-se “jurídico” todo aquilo que pertence ao direito objetivo ou que se refira a ele). Em sentido contrário, a segunda acepção do mesmo termo não lhe corresponde nenhum adjetivo.

Para ressaltar esta diferença se poderia também dizer: o plural de “direito” na primeira acepção é “ordenamento (ou sistema) jurídico”; o plural de “direito” em sua segunda acepção é “direitos”.

Um direito subjetivo não é mais que uma pretensão atribuída a um sujeito (ou a uma classe de sujeitos) em face de outro sujeito (ou a outra classe de sujeitos), aos quais se impõe um dever (uma obrigação) correlativo. Possuir um direito subjetivo frente a um determinado sujeito significa que é possível exigir-lhe um determinado comportamento: esse é o “conteúdo” do direito subjetivo. O conteúdo de um

direito, definitivamente, não é mais que o comportamento que o titular do direito pode exigir de outro sujeito.

Os direitos são, pois, atributos que correspondem a sujeitos, em particular, a sujeitos humanos. Naturalmente os direitos não são atributos “naturais”, como a estatura física ou os bigodes, são atributos “artificiais”. Em outras palavras, os direitos são qualidades que os homens possuem se, e somente se, lhes forem atribuídas. Atribuídas pelo que ou por quem? Os direitos são atribuídos aos homens unicamente por normas: tipicamente (porém não necessariamente) por normas jurídicas, isto é, pelo direito objetivo.

Seria natural chegar à conclusão de que esta segunda acepção de “direito” depende logicamente da primeira: os homens têm direitos subjetivos em virtude do direito objetivo. Porém, como se verá, esta conclusão não é corrente na linguagem ordinária, na qual se admite a existência de direitos que são atribuídos por normas que não jurídicas (e, portanto, independentes do direito objetivo).

II. Que é um Direito?

Em minha opinião, nos enunciados do tipo “tenho direito a dizer o que penso”, “todos têm direito a um tratamento igualitário” e similares, o vocábulo “direito” designa uma *pretensão justificada*. Geralmente, portanto, em todos os seus usos, o termo “direito” – empregado em sua segunda acepção, isto é, em sentido subjetivo – pode ser substituído, sem alterar o seu significado, pelas palavras “pretensão justificada”.

Gostaria de destacar que dois elementos constituem a noção de “direito” (em sentido subjetivo): a) uma pretensão (*claim*), e b) uma justificação que aporte fundamento a dita pretensão. Uma pretensão “infundada”, carente de justificação, não se pode denominar “direito”; não

seria apropriado utilizar o termo “direito” para fazer referência a uma pretensão infundada.

Pois bem, o que pode fundamentar ou justificar um direito? Uma norma, naturalmente (e nada mais). Portanto, a noção de “direito” (em sentido subjetivo) é o resultado, por assim dizer, da combinação de um elemento “subjetivo”, uma pretensão, e de um elemento “objetivo”, uma norma. Os direitos, pois, são *relativos*: relativos a uma norma ou a um sistema de normas que os conforma.

Se se repara isto, estão se deverá reconhecer que a ideia, essencialmente jusnaturalista, de um direito “absoluto” – isto é, de um direito que não está fundado em nenhum sistema normativo – é uma ideia contraditória.

III. Variedade de Fundamentos

Um direito (subjetivo), por definição, deve estar justificado, ou fundado, em uma norma. Porém, naturalmente, as normas que aportam o fundamento dos diversos direitos podem pertencer a sistemas normativos diferentes.

Podem ser útil diferenciar, dentro da categoria dos sistemas normativos, duas subclasses:

1. A subclasse dos sistemas jurídicos positivos.
2. A subclasse dos sistemas não jurídicos e, portanto, “morais” em sentido amplo (por exemplo, a moral cristã, a moral islâmica, a doutrina política marxista, a doutrina política liberal, o denominado “direito natural” numa ou noutra de suas infinitas variedades etc).

Esta simples distinção permite introduzir uma diferenciação ulterior, que possui uma importância decisiva:

- a) Alguns direitos estão fundados em normas jurídicas positivas: podemos denomina-los “direitos positivos” (em

inglês diz-se *legal rights*; nós não podemos utilizar a expressão “direitos legais” por razões que se verão um pouco mais adiante; deveríamos dizer “direitos jurídicos”, porém esta expressão em língua italiana, assim como outras expressões análogas em outros idiomas, está viciada por um pleonasma).

b) Outros direitos estão fundados em normas não jurídicas ou em qualquer caso não positivas: podemos chamá-los “direitos morais” ou “naturais” ou “não positivos”.

Cabe destacar que o conceito de “direitos morais”, frente ao que alguns pensam, não é autocontraditório. Os direitos subjetivos não são necessariamente positivos. Um direito subjetivo pode ser denominado “moral” quando for justificado por uma norma ou um sistema de normas de caráter moral.

É verdade, por outra parte, que na linguagem comum o termo “direito” (utilizado em sentido subjetivo) pressupõe habitualmente uma referência ao direito objetivo, isto é, a um sistema de normas positivas. É provável (também) ser esta a razão pela qual o adjetivo “jurídico”, referido ao substantivo “direito” parece – pelo menos em nossas línguas – pleonástico. No entanto, esta forma de expressão pressupõe uma doutrina, precisamente a doutrina que se denomina de “positivismo jurídico”. É uma doutrina que se tem difundido no pensamento jurídico moderno, uma doutrina com a qual eu mesmo compactuo. No entanto, não deixa de ser uma doutrina, isto é, uma forma de pensar historicamente condicionada, contingente.

IV. O Preconceito Positivistista

O positivismo jurídico é o resultado de muitas atitudes habituais em matéria de direitos. Temos aqui dois exemplos.

1. Algumas vezes se tem a ocasião de discutir se determinado direito (subjetivo) é realmente um direito “verdadeiro”. A controvérsia, como bem se verá, pode ter por objeto três questões diferentes (ou uma combinação entre algumas delas): a) a questão de se saber se esse direito está fundado ou justificado; b) a questão de se saber se esse direito está fundado ou justificado num determinado ordenamento jurídico positivo, e c) a questão de se saber se esse determinado direito é “justificável”, isto é, se pode ser efetivado jurisdicionalmente.

Assim, pois, a primeira questão atém-se simplesmente ao uso apropriado do termo (como já vimos, não seria adequado denominar “direito” a uma pretensão não justificada). A segunda e a terceira questões, pelo contrário, nascem de um preconceito positivista, isto é, da ideia estritamente positivista de que não pode existir nenhum direito (subjetivo) que não tenha sido conferido por normas jurídicas positivas e que não seja suscetível de tutela jurisdicional.

2. Normalmente a reivindicação de um direito moral ou “natural” não tem outro objetivo que o de pleitear que tal direito seja “positivado”, isto é, reconhecido e garantido pelo direito positivo. Em outras palavras, quem reivindica um direito moral, na maior parte dos casos, leva a cabo uma operação política com o objetivo de modificar o ordenamento jurídico vigente.

Isto também é fruto do preconceito positivista. Este preconceito, evidentemente, é compartilhado também pelos jusnaturalistas. E não sem razão (como se verá na continuação).

Uma observação à margem: todos os direitos positivos reconhecidos e garantidos pelos Estados liberais modernos nascem historicamente como direito morais (“naturais”), e parece óbvio considerar positivamente o

enriquecimento do patrimônio de direitos próprios de cada indivíduo. Trata-se, no entanto, de uma atitude ingênua. O reconhecimento de um direito moral por parte do sistema jurídico positivo não é sempre uma coisa boa e em toda circunstância. Como se tem dito, o conteúdo de um direito atribuído a um determinado sujeito não é mais que uma obrigação – de fazer ou de não fazer – que se impõe a outros sujeitos. O reconhecimento de um direito moral a determinado sujeito, por parte do ordenamento jurídico positivo, implica, portanto, o nascimento de obrigações jurídicas que recaem sobre outros sujeitos, sendo, portanto, uma limitação da liberdade destes últimos. Por este motivo, o pensamento político liberal tem boas razões para rechaçar o *enforcement of morals*.

V. A Fonte dos Direitos Positivos

Os direitos positivos podem ser diferenciados com proveito segundo o tipo de fonte da qual provenha. Por exemplo, se poderia dizer:

1. São direitos “constitucionais” aqueles que derivam da Constituição.
2. São direitos “legais” aqueles que derivam da lei.
3. São direitos “contratuais” aqueles que nascem dos contratos (ou de atos semelhantes da autonomia privada).

Falando em geral, os direitos constitucionais são conferidos aos indivíduos frente ao Estado (“contra o Estado”), e neste sentido são direitos subjetivos “públicos”; pelo contrário, os direitos contratuais são direitos atribuídos a um indivíduo frente a outro indivíduo particular, e em dito sentido, podemos denomina-los direitos subjetivos “privados”.

É o caso de remarcar, por outra parte, que a distinção entre direitos constitucionais e direitos legais não têm razão

de ser naqueles sistemas regidos por uma Constituição flexível: porque nesses sistemas a Constituição não é hierarquicamente superior à lei (ordinária) e, portanto, pode ser modificada pela lei (ordinária), e também modificada, derogada, suspensa ou ab-rogada; dessa forma os direitos constitucionais não possuem nenhuma proteção ou garantia especial frente ao legislador.

Pelo contrário, a distinção entre direitos legais e direitos constitucionais se reveste de uma importância fundamental nos sistemas jurídicos que possuem uma Constituição rígida. Porque se a Constituição é rígida, a lei ordinária está hierarquicamente subordinada a ela, e, portanto, não está autorizada a tocar de modo algum nas normas constitucionais. Nessa circunstância, um direito subjetivo constitucional não pode ser limitado, suspenso, modificado ou suprimido pelas leis ordinárias (o contrário pode ocorrer, já que as normas constitucionais podem suprimir um direito legal).

Em outros termos, nos sistemas de Constituição rígida, os direitos subjetivos conferidos por uma Constituição (ou por uma lei formalmente constitucional) se caracterizam por uma particular capacidade de “resistência”, por uma proteção autenticamente especial. São direitos que o legislador ordinário (em contraposição ao legislador constituinte ou constitucional) não está autorizado a limitar, suspender, modificar ou suprimir.

Ademais, note-se que na doutrina se manejam dois conceitos diferentes de “Constituição rígida” (e, por conseguinte, de “Constituição flexível”).

a) Alguns denominam rígida (em sentido fraco) toda Constituição (escrita) que preveja um procedimento “agravado” de revisão constitucional: uma Constituição, portanto, que não possa ser modificada pela lei ordinária.

b) Outros denominam rígidas (em sentido forte) somente aquelas Constituições escritas que não somente prevejam um procedimento agravado de revisão constitucional, mas que instituem, além disso, um órgão competente para controlar a legitimidade constitucional das leis (ordinárias); à falta de mencionado controle, com efeito, a superioridade hierárquica da Constituição não está garantida, por carecer de qualquer gênero de sanção.

VI. Direito “Verdadeiros” e Direitos “No Papel”

O que acabo de dizer sobre as Constituições flexíveis nos leva a outra distinção. Para chegar a ela é necessário estabelecer outra distinção: uma coisa é *atribuir* um direito e outra coisa é *garanti-lo*.

Para atribuir um direito é suficiente que uma norma o estabeleça, precisamente, como norma que atribui direitos (por exemplo, “todos têm direito de professar a sua fé religiosa”). Para garantir um direito não é suficiente proclamá-lo, é necessário dispor dos mecanismos adequados para sua proteção. A garantia de um direito não pode ser estabelecida pela mesma norma que o confere. Pode ser estabelecida somente por outra norma (“secundária”) que institua mecanismos aptos para prevenir a violação da primeira, isto é, que preveja remédios para o caso em que a primeira tenha sido violada.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, os direitos estão garantidos – tipicamente, ainda que não exclusivamente – por mecanismos jurisdicionais (não exclusivamente, porque os direitos podem ser, e muitas vezes o são, garantidos mediante outros sistemas; em geral, funcionam como garantia dos direitos todas aquelas técnicas de organização constitucional que possam ser reconduzidas à separação de poderes e, por ele, à criação de contrapoderes).

De outra parte, a tutela jurisdicional de um direito pressupõe, por sua vez, pelo menos duas coisas:

1. Que o direito em questão possua um conteúdo preciso.
2. Que o direito em questão possa ser exercitado ou reivindicado perante um determinado sujeito também de forma precisa (uma “contraparte”).

Em resumo, um direito de um determinado sujeito é suscetível de tutela jurisdicional se, e somente se, a esse direito lhe corresponder o dever de outro sujeito claramente determinado, e se o dever em questão se referir a um comportamento igualmente determinado.

Sobre esta base podemos distinguir entre “verdadeiros” direitos e direitos “no papel”.

a) São “verdadeiros” direitos aqueles que satisfaçam de forma acumulada três condições: são suscetíveis de tutela jurisdicional; possam ser exercitados ou reivindicados perante um determinado sujeito, e o seu conteúdo consistir em uma obrigação de conduta bem definida, assim como o sujeito que seja seu titular.

b) São direitos “no papel” – direitos fictícios – todos aqueles que não satisfaçam a alguma destas condições.

Obviamente, todos os direitos morais ou “naturais” – não reconhecidos por um ordenamento positivo – são, por esta razão, direitos “no papel”. Porém a distinção entre “verdadeiros” direitos e direitos “no papel” não tem exata equivalência à distinção entre direitos morais e direitos positivos, já que um direito (subjetivo) positivo pode também ser um direito “no papel”. É o caso dos chamados “direitos sociais”, como dentro em pouco poderemos ver.

VII. Direitos Fundamentais

Alguns direitos costumam ser denominados “fundamentais” com o objetivo de destacar a sua importância. No entanto, nesse contexto, o termo “fundamental” não significa somente importância. A expressão “direitos fundamentais” parece encerrar dois matizes de significados: de um lado, se dizem fundamentais aqueles direitos que *dão fundamento* ao sistema jurídico; de outro, se dizem fundamentais aqueles direitos que *não requerem o fundamento* do sistema jurídico. O primeiro matiz encerra uma doutrina positivista do direito; a segunda, uma doutrina jusnaturalista.

1. Em primeiro lugar, se dizem fundamentais aqueles direitos que repousam sobre normas jurídicas, por sua vez, fundamentais. No pensamento jurídico moderno, consideram-se “normas fundamentais” de cada sistema jurídico as normas “materialmente constitucionais”.

Dizem-se “formalmente” constitucionais todas (e somente) as normas incluídas num documento constitucional. Dizem-se “materialmente” constitucionais todas as normas que, ainda que não pertençam a um documento constitucional (ou porque não existe Constituição escrita, ou porque as normas em questão tenham sido incluídas em simples leis ordinárias), são relativas à “matéria” constitucional, isto é, tenham o conteúdo típico das Constituições, de forma que poderiam e provavelmente deveriam estar incluídas numa Constituição. Consideram-se materialmente constitucionais todas aquelas normas que, por um lado, disciplinam as relações entre o Estado e os cidadãos, e de outro, versam sobre a organização dos poderes públicos.

De forma muito clara pertencem a esta categoria as normas que confirmam aos indivíduos direitos *contra o Estado*, ou como se usa dizer, “direitos públicos subjetivos”.

É assim que sói denominar “fundamentais” aos direitos constitucionais dos particulares perante o Estado. São formalmente constitucionais aqueles direitos consagrados por uma Constituição escrita. São materialmente constitucionais aqueles direitos que não tenham sido estabelecidos num documento constitucional, mas que se refiram às relações entre o Estado e os cidadãos e que, por esse mesmo motivo, incidem sobre a organização dos poderes públicos.

2. Em segundo lugar, se denominam “fundamentais” àqueles direitos que não requerem por sua vez um fundamento ou uma justificação, ou pelo menos que não requerem um fundamento ou uma justificação jurídica positiva. Nesse sentido, os direitos fundamentais são direitos morais ou “naturais”.

Como se pode observar, na noção de “direitos fundamentais” combinam-se ideias juspositivistas e jusnaturalistas. Os direitos naturais são, ao mesmo tempo, direitos constitucionais (ao menos “materialmente” constitucionais) e direitos morais.

É necessário afirmar que, habitualmente, a classe dos direitos fundamentais coincide perfeitamente com a classe dos direitos que são “invioláveis”: não no sentido de que não possam ser violados, mas sim no sentido, obviamente, de que *não devem ser violados*.

Nos contextos da filosofia jurídica ou política, a expressão “direitos invioláveis” se refere tipicamente a direitos morais ou “naturais”, antecedentes ao ordenamento jurídico positivo e independentes dele: direitos que em nenhum caso o Estado pode violar (direitos que, melhor explicado, o ordenamento jurídico deve reconhecer e proteger, ali onde ainda não se os tenha reconhecidos e protegidos).

Entretanto, no contexto de um documento constitucional (em particular, no contexto de uma

Constituição rígida) e em contextos da dogmática constitucional, a expressão “direitos invioláveis” pode também assumir um significado técnico-jurídico: são invioláveis aqueles direitos (positivos, conferidos pela Constituição) que foram subtraídos à revisão constitucional.

VIII. O Conteúdo dos Direitos Fundamentais

Como dito anteriormente, o conteúdo de um direito atribuído a um sujeito não é mais que uma obrigação que recai sobre outro sujeito. É possível, pois, classificar os direitos fundamentais se seus conteúdos consistem numa obrigação de fazer ou de omitir. Recorde-se que estes direitos são direitos perante o Estado (o legislador, as administrações públicas etc). Pois bem:

1. Por um lado, existem direitos fundamentais cujo conteúdo é uma ação do Estado; é o caso dos direitos que são denominados “sociais”, como o direito à saúde, o direito ao trabalho etc.

2. Por outro, existem direitos fundamentais cujo conteúdo é uma omissão (uma abstenção) do Estado; é o caso dos direitos de liberdade (*libertés publiques*), como a liberdade pessoal, a liberdade de reunião, a liberdade de associação etc.

Há que se assinalar que, na maioria dos casos, os direitos sociais – tal como os direitos morais – são direitos “no papel”. As disposições que, em muitas Constituições contemporâneas, conferem direitos sociais são celebradas de forma enganosa, já que têm sido formuladas como normas atributivas de direito, mas na realidade não conferem nenhum direito “verdadeiro”. Isto por diferentes razões.

As disposições constitucionais que conferem direitos sociais expressam normas programáticas ou teleológicas dirigidas ao legislador, isto é, normas que ordenam – ou melhor, “recomendam” – ao legislador que realize um certo programa de reforma econômico-social ou de perseguir determinados objetivos.

Pois bem, de uma parte o legislador, apesar de ter a obrigação de promover determinadas finalidades, não tem, no entanto, nenhuma obrigação precisa no que diz respeito aos meios (a um meio determinado, entre os muitos que poderiam ser utilizados para obter ditas finalidades). Isso permite dizer que os direitos sociais possuem um conteúdo altamente indeterminado.

De outra parte, ainda que esses direitos tivessem um conteúdo preciso, tampouco estariam assegurados mediante garantias jurisdicionais pela razão óbvia de que o legislador não pode estar obrigado a editar leis. É certo que se a Constituição é rígida (em sentido forte), o juiz constitucional pode anular toda lei que viole a um direito social. Porém nenhum juiz constitucional pode anular a inexistência de uma lei (isto é, uma lei inexistente). A omissão por parte do legislador carece de qualquer forma de sanção.

IX. Direitos Humanos

As expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” adquirem significação nesta oposição: homem *vs.* cidadão. Neste contexto, sem embargo, o termo “cidadão” pode assumir dois significados diferentes.

1. Primeiro significado: é cidadão todo aquele que não é estrangeiro, todo aquele que, no âmbito de um sistema jurídico determinado, possua cidadania, em sentido técnico-jurídico.

2. Segundo significado: é cidadão qualquer membro da “sociedade civil” enquanto realidade diversa, e oposta, à “sociedade política”, isto é, ao Estado (o ordenamento jurídico). No âmbito de algumas doutrinas, para dizer a verdade, a expressão “sociedade civil” (contraposta ao “estado de natureza”) é sinônima de Estado. Porém, no contexto que agora nos interessa, a sociedade civil é preferentemente a sociedade que existe (supõe-se) antes do Estado e de forma completamente diferente do Estado.

A expressão “direitos humanos” pode ser utilizada em dois contextos doutrinários diferentes.

a) Num contexto juspositivista – isto é, no caso em que se refira a um determinado sistema jurídico, quando se utiliza o termo “cidadão” em sentido técnico – os direitos do homem são direitos universais no marco do sistema jurídico tratado: direitos que a Constituição atribui não somente aos cidadãos, como também a todos aqueles a quem o sistema jurídico possa ser aplicado.

b) Em um contexto jusnaturalista os direitos humanos são direitos que pertencem a todo homem antes da existência do Estado e independentemente dele. São, pois, direitos morais ou “naturais”: enquanto tais são – como já foi visto – direitos “no papel”.

X. Discursos Prescritivos em Termos de “Direitos”

Normalmente se fala de direitos em contextos de discurso prescritivo. O termo em questão recorre tipicamente a enunciados prescritivos (do tipo “eu tenho direito a...”, “todos têm o direito de...”), que têm por objeto *reivindicar* direitos.

1. Algumas vezes – quando se faz referência a um direito (subjetivo) positivo, que tenha sido ou que poderia chegar a ser violado – pretende-se reivindicar a tutela (especialmente de tipo jurisdicional) e/ou o livre exercício do direito em questão.

2. Outras vezes – quando se faz referência a um direito moral ou “natural” – pretende-se reivindicar o reconhecimento e a proteção do direito em questão por parte do ordenamento jurídico positivo.

Os enunciados prescritivos em termos de “direito” não podem ser considerados, obviamente, nem verdadeiros nem falsos.

XI. Discursos Descritivos em Termos de “Direitos”

Sobre os direitos, entretanto, também se pode falar em contextos de discurso descritivo ou, se se preferir, cognoscitivo: não para reivindicar um direito, mas sim para descrever uma norma ou um sistema normativo que confira o direito em questão. Os enunciados descritivos em termos de “direitos” podem ser considerados verdadeiros ou falsos. A este respeito se abrem, no entanto, pelo menos dois problemas diferentes.

1. Em primeiro lugar há um problema de identificação dos enunciados descritivos em termos de “direitos”. Em outras palavras: quando se pode dizer que um enunciado em termos de “direitos” é um enunciado descritivo genuíno?

A importância da questão deriva do fato de que jusnaturalistas e juspositivistas parecem oferecer respostas diferentes a ela. Segundo os juspositivistas, nenhum enunciado que faça referência a direitos não positivos (morais ou “naturais”) jamais poderá ser um genuíno enunciado descritivo, ou seja, verdadeiro ou falso. Segundo

os jusnaturalistas, pelo contrário, também os enunciados que afirmam a existência de direitos não positivos podem ser descritivos, verdadeiros ou falsos.

Em minha opinião, convém distinguir. Uma coisa é um enunciado que afirme a existência de um direito (subjeto) moral “absoluto”, isto é, não fundado em nenhum sistema de normas; outra coisa é um enunciado que afirme a existência de um direito (subjeto) moral “relativo”, isto é, fundado em algum sistema normativo (moral) determinado.

Os juspositivistas têm razão obviamente ao negar um caráter cognoscitivo ou descritivo aos enunciados do primeiro tipo. Porém estão equivocados ao negar o caráter cognoscitivo também aos enunciados do segundo tipo. O direito positivo não é uma coisa ontologicamente diferente de um sistema moral qualquer (ou de uma doutrina política qualquer). A idéia de que os ordenamentos jurídicos possuem uma “existência objetiva”, observável, da qual careceriam os sistemas morais, não tem qualquer fundamento. Um ordenamento jurídico estatal não é outra coisa que uma série desorganizada de discursos prescritivos: precisamente igual à moral cristã ou a doutrina política liberal. Se for possível conhecer e descrever os ordenamentos jurídicos positivos, também será possível conhecer e descrever os diversos sistemas de moral positiva.

Minha resposta ao problema é, pois, a seguinte: para que um enunciado em termos de “direitos” possa ser considerado descritivo, é condição necessária (ainda que não suficiente) que o enunciado tenha sido “relativizado”, isto é, que faça referência a uma norma ou a um determinado sistema normativo. Na falta disso, o enunciado em questão não pode ser entendido como um enunciado do discurso prescritivo.

Em outras palavras: podem ser interpretados como enunciados descritivos os enunciados do tipo “segundo o direito italiano, um determinado sujeito tem o direito x”,

“segundo a moral cristã, um determinado sujeito tem o direito y”, “segundo a doutrina política de Rousseau, um determinado sujeito tem o direito z” etc. Porém, não podem ser interpretados como enunciados descritivos todos aqueles que se refiram a um direito (subjeto) “absoluto”, como seja, não referido a alguma sistema normativo: os enunciados desse tipo não descrevem um direito, mas sim reclamam o reconhecimento e a proteção de um direito (moral) por parte do ordenamento jurídico positivo.

2. Em segundo lugar, há um problema de verificação dos enunciados descritivos em termos de “direitos”. Que condições são necessárias para se admitir que um enunciado que afirme a existência de um direito é verdadeiro? Esta pergunta admite respostas diferentes, em grande parte condicionadas pela adesão a determinadas teorias do direito e da ciência jurídica.

a) Uma primeira resposta possível é que um direito subjetivo pode ser considerado existente somente com a condição de que exista uma norma que o estabeleça.

Se o direito (subjeto) do qual se fala deriva de um sistema de normas morais, não há nenhum problema. Porém se, pelo contrário, o direito em questão é um direito positivo, dificilmente esta resposta resultará satisfatória. Somente um pensamento jurídico ingênuo pode prescindir da distinção entre “verdadeiros” direitos e direitos “no papel”. Um jurista experiente dirá que um direito reconhecido, porém não garantido, “não existe”, no sentido de que é um direito fictício, de forma que o enunciado que afirma sua existência é falso.

b) Uma segunda resposta possível é que um direito (subjeto) pode ser considerado como existente sob a condição de que não somente existe uma norma que o estabeleça, mas que também uma norma (ou um conjunto

de normas) que assegure a tutela jurisdicional desse direito. Evidentemente, quem responde desta maneira assume que somente os direitos positivos podem ser considerados (verdadeiramente) existentes.

Esta resposta, por outra parte, subentende uma teoria normativista da ciência jurídica, isto é, uma teoria segundo a qual descrever um ordenamento jurídico é descrever normas (não fatos, mas sim normas e nada mais que normas). Como tal, esta resposta não resultará satisfatória para aqueles que – de forma “realista” – consideram que a ciência jurídica não deva se limitar a descrever normas (o “direito dos livros”), mas sim que deva descrever fatos, e precisamente aqueles fatos que constituem as decisões (o “direito em ação”).

c) Uma terceira resposta possível é que se pode afirmar existente um direito (subjeto) com a dupla condição de que existam as normas de que se falava antes, e que, inclusive, mencionadas normas sejam efetivas, isto é, realmente aplicadas pelos juízes, de maneira que seja possível prever que, no caso de o direito em questão ser violado, receberia uma efetiva tutela jurisdicional.

Esta resposta é característica de uma teoria realista da ciência jurídica, como seja, uma teoria segundo a qual descrever um ordenamento jurídico não é descrever normas, mas sim descrever fatos. Deste ponto de vista, uma jurisprudência autenticamente científica não pode se limitar a interpretar aqueles documentos normativos que constituem as fontes do direito, mas antes, deve indagar empiricamente de que maneira as fontes do direito são interpretadas e aplicadas pelos juízes, de forma que seja possível prever suas decisões futuras.

Seção **II**

Filosofia do Direito e
Direito Internacional

Hans Kelsen e a prevalência do direito internacional: um lugar para a Grundnorm

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é demonstrar que o estudo do Direito Internacional permitiu Hans Kelsen resolver um problema da sua teoria jurídica em geral. A publicação do livro *Reine Rechtslehre* pode ser considerada como um dos marcos da história jurídica do século XX. Ora tratada como o novel pomo da discórdia lançado por Éris, ora considerada trabalho de um verdadeiro demiurgo, a *Teoria Pura do Direito* constitui hodiernamente um referencial a quaisquer teses que se pretendam jurídicas. Não obstante se reconheça a importância capital concedida à obra, aparentam ser problemáticas as interpretações do pensamento kelseniano que se baseiam única e exclusivamente na *Teoria Pura*, sobretudo aquelas que não levam em consideração a extensa bibliografia de Kelsen no domínio do direito internacional. A imprecisa exegese da função do ordenamento jurídico internacional como fundamento de validade dos ordenamentos nacionais ocasiona equívocos inevitáveis aos operadores do direito, como, por exemplo, a dificuldade em explicar a dinâmica de relacionamento entre normas nacionais e internacionais.

A abordagem científica do Direito, proposta por Kelsen, viabiliza o entendimento sistemático do fenômeno jurídico. Ao

afirmar que o Direito, ao contrário de ser ontologicamente um comando, consiste em uma ciência descritiva de imperativos, o jurista demonstra a existência de uma distinção entre o direito como fenômeno social e o direito como fenômeno científico: o primeiro encontra-se limitado pela esfera do “dever ser”, enquanto o segundo necessariamente rege-se pela lógica do “ser”. A partir dessa perspectiva, Kelsen comprovará que a validade de uma ordem jurídica positiva independe de quaisquer conceitos axiológicos. A validação da estrutura normativa, proposta pela *Teoria Pura*, baseia-se, na verdade, na existência de uma norma hipotética fundamental, a *Grundnorm*. A norma fundamental, portanto, dentro da abordagem científica do direito, representa hipoteticamente o marco inicial da própria ciência jurídica. Será por meio e a partir da norma fundamental que Kelsen irá desenvolver sua concepção teórica do ordenamento jurídico.

Kelsen, entretanto, em suas primeiras obras, não conseguia explicar de forma precisa o conteúdo da norma fundamental validadora do direito. Inicialmente, entendeu o jurista que as Constituições nacionais dos Estados deveriam ser a resposta para a fundamentação do sistema jurídico. Todavia, logo percebeu que as Constituições nada mais são do que normas postas, inseridas, por conseguinte, dentro do próprio ordenamento normativo. Ocorre que o raciocínio kelseniano exige que a estruturação das normas encontre sua validade em uma norma pressuposta extrínseca ao ordenamento. A questão que se impunha, portanto, era: se o direito interno não pode encontrar uma solução à questão da *Grundnorm*, existirá fonte outra que permita fornecer a resposta quanto ao teor desta? Kelsen passará, nesse momento, a voltar sua atenção para o direito internacional como possível saída para o problema da norma fundamental.

A inter-relação entre direito interno e direito internacional, como será demonstrada em tópico específico, não representa a interação entre normas de ordens jurídicas distintas. Kelsen provou que ambos os ordenamentos, internacional e doméstico, encontram sua validade em uma mesma norma fundamental. Indo além, percebeu ainda que o direito internacional forma a base da ordem jurídica nacional, e, por consequência, consiste na única fonte possível à busca da norma fundamental validadora do ordenamento jurídico. Mais

especificamente, será o direito consuetudinário internacional o responsável por fornecer a derradeira resposta ao fundamento de validade da estrutura normativa kelseniana: a norma segundo a qual o direito internacional é vinculante, a *consuetudo est servanda*, como norma pressuposta e hipotética, constitui a mais adequada explicação para a questão do conteúdo da *Grundnorm*.

Uma vez comprovada a superioridade hierárquica do direito internacional frente aos direitos nacionais, Kelsen, de forma reflexa, acaba por desconstruir o mito da soberania dos Estados. Isso porque, de acordo com a teoria clássica, o Estado soberano não encontra limites em seu âmbito de atuação. Perante o direito internacional, entretanto, a soberania apenas pode ser entendida como a independência jurídica frente a outros ordenamentos nacionais, contudo, jamais às normas internacionais. Percebe-se, desta maneira, que, em virtude dessa subordinação necessária do Estado ao direito internacional, incabível torna-se o argumento de que normas domésticas possam limitar o âmbito de aplicação das normas internacionais. Mais do que isso, percebe-se que não prospera qualquer tentativa outra de entender o fenômeno jurídico que não aquela apresentada pelo monismo internacionalista.

2. A perspectiva científica do direito kelseniano

A *Teoria Pura* trouxe critérios lógicos para o estudo do direito como fenômeno propriamente científico. Recorrente ainda é a equivocada confusão entre a ciência jurídica e o fenômeno jurídico. O direito, como um fenômeno social, é uma ordem de conduta humana hierarquicamente estruturada⁸. O fenômeno, este sim, encerra valores. E estes dependem dos seus criadores e aplicadores e podem ser mais ou menos “justos”, a depender da sociedade a que aquela determinada ordem jurídica se destina.

No direito, como ciência, contudo, não há espaço para que seus operadores vinculem complexos axiológicos à sua atuação. O direito e outras ordens normativas, como a moral e a

⁸ “Na verdade, o Direito [...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. (KELSEN, 1998, p. 17)

justiça, devem ser, em uma abordagem primária⁹, campos independentes do pensamento humano. Por isso, o autor explica, no prefácio, que foi tachado, pelos seus detratores, das ideologias mais diversas do campo político. E, numa fina ironia, alude a isso como o êxito do seu intento de purificar o direito de elementos não jurídicos. A esse respeito, clara é a lição de Kelsen, segundo a qual:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema Moral entre vários sistemas morais possíveis (KELSEN, 1998, p. 104).

A distinção proposta levou diversas vezes a se levantarem contra o jurista afirmando que “a injustiça extrema não é Direito” (ALEXY, 2004, pp. 75-95). Ocorre, contudo, que, ao contrário de afastar a noção de justiça do direito, Kelsen alertou para o erro conceitual daquela frase. A tarefa do cientista do direito é a de descrever o fenômeno jurídico, não a de prescrever. O direito, fenômeno social, constitui uma ordem normativa, de comandos, de “dever ser”. Mas o direito como ciência é meramente descritivo. Tem a peculiaridade de ser uma ciência que descreve imperativos, mas ela própria não é um comando. Como todo conhecimento, pertence ao reino do “ser”.¹⁰

⁹ Foi utilizado, ao tratar da independência entre moral e direito, o termo “abordagem primária”, pois para Kelsen o direito é moralmente existente em decorrência de uma valoração moral relativa. Não há a possibilidade de uma valoração moral absoluta, uma vez que, através desta, torna-se impossível observar a universalidade de todos os sistemas morais existentes.

¹⁰ Cumpre salientar que Kelsen obviamente sabia que o cientista social não é imune aos seus próprios valores. Ele não comungava de um realismo epistemológico tão ingênuo. Outra explicação para o intento da

3. Estrutura da validade da Teoria Pura do Direito

Kelsen caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma básica, denominada *norma fundamental*. Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. A *Grundnorm*¹¹ representa, portanto, o marco zero do Direito. O que valida a norma fundamental não interessa ao cientista do direito, uma vez que esta é hipoteticamente o momento inaugural da própria ciência jurídica. Ilógico seria que o estudioso de uma ciência se preocupasse, primordialmente, com o que não diz respeito a sua própria ciência. Assim como o biólogo não busca responder a questões reservadas aos físicos, como, por

Teoria Pura do Direito, a qual só poderá ser brevemente aludida aqui, é a vinculação do pensamento kelseniano com o *Wertfreiheit* de Max Weber. Adepto da doutrina relativista dos valores, o autor somente concebe o justo como algo relativo: “De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância” (KELSEN, 2001, p. 25). Algo relativo, ou seja, não preciso, não pode nortear uma teoria que se pretende objetiva. A análise kelseniana é puramente científica, racional – daí “*Teoria Pura do Direito*” – , não há inquietação quanto a definir se a ordem jurídica “é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída” (KELSEN, 1998, p. 141). O que de fato interessa é a “cientifização” do conhecimento do Direito, e para isso tem o operador de escapar de qualquer tentativa valorativa de conceituar a ciência jurídica.

¹¹ Em seus trabalhos da década de 1920, Kelsen invariavelmente se referia ao que posteriormente se tornou a “*Grundnorm*” (norma fundamental) como uma “*Ursprungsnorm*” (norma originária). Este último termo, entretanto, transmite uma noção de temporalidade que o jurista, mais tarde, considerou inapropriada, removendo-o de seus trabalhos (RIGAUX, 1998, p. 327).

exemplo, o *big-bang*, mas tão somente ao momento da origem da vida, o cientista do Direito somente pode estudar aquilo que é jurídico. A gênese do direito, por conseguinte, tem de ser estabelecida em algum momento. Para Kelsen, este momento se faz representado pela formulação da norma fundamental hipotética.

A natureza do fundamento de validade do ordenamento, entretanto, permite distinguir dois diferentes sistemas de normas: um estático e outro dinâmico.

As normas do sistema estático são derivadas do conteúdo. “A sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral” (KELSEN, 1998, p. 270). Por exemplo, normas como: “não devemos mentir”, “não devemos fazer mal”, “não devemos prejudicar alguém” são deduzidas da norma segundo a qual devemos “amar o nosso próximo”. Essas normas podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Partindo desse pressuposto, possível torna-se definir normas do geral para o particular fazendo o caminho inverso.

A norma de cujo conteúdo outras normas são deduzidas, adverte Kelsen, “como o particular do geral, tanto quanto ao seu fundamento de validade como quanto ao seu teor de validade, apenas pode ser considerada como norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente” (KELSEN, 1998, p. 270). O jurista, portanto, afirma que ao se colocar uma norma em posição de “imediatamente evidente” atribui-se a essa um pressuposto de razão legisladora, que, contudo, é insustentável “pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isso não pode haver nenhuma norma imediatamente evidente” (KELSEN, 1998, p. 270).

O sistema normativo dinâmico seria formado, todavia, por um conjunto de normas que não fornecem

conteúdo de validade. “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas” (KELSEN, 1998, p. 271). A norma fundamental serve apenas para delegar uma autoridade legisladora.

É errôneo, entretanto, conceber que os princípios estático e dinâmico operam em relação antitética. Ambos estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta de acordo com o princípio dinâmico, “se limita, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade, ou uma outra por ela instituída”, não apenas estabelecendo normas pelas quais delegam outras autoridades legisladoras, “mas, também, normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e, das quais, como o particular do geral, podem ser deduzidas normas através de uma operação lógica” (KELSEN, 1998, p. 138). Ainda assim, o direito constitui uma ordem normativa que se caracteriza especialmente pelo princípio dinâmico.

4. A função do Direito Internacional na busca pela norma fundamental

A norma fundamental, conforme observado, constitui a potência inicial de todo o ordenamento jurídico. Como hipótese lógico-transcendental validadora de todo o direito, a *Grundnorm* possibilita e encerra o fenômeno jurídico. A existência da norma fundamental mostra-se, para a concepção kelseniana, essencial para que se opere o sistema de validação das normas com base em normas superiores.

Uma lei, portanto, irá pertencer a um determinado ordenamento, se foi criada por uma autoridade que recebeu este poder de outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se foi criada por outra autoridade que recebeu essa faculdade de uma terceira norma superior. Este raciocínio pode aplicar-se repetidas vezes até que a última norma positiva (do

direito estatal) seja a Constituição dos Estados. Acima desta, haveria a norma hipotética pressuposta.

Deve destacar-se que a norma fundamental não pode ser representada pela Constituição nacional dos Estados, que é uma norma posta. Há algo acima pois dos ordenamentos constitucionais. O primeiro Kelsen, quando formulou a teoria da *Grundnorm*, não tinha tanta clareza sobre o seu conteúdo. É a partir daqui que o autor começa a voltar as suas atenções para o direito internacional. O Kelsen internacionalista surge para resolver um problema do Kelsen cientista do direito.

4.1. O monismo jurídico kelseniano

Em 1920, Hans Kelsen publicou a obra *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, proêmio fundamental à compreensão da exegese kelseniana acerca da relação entre direito interno e direito internacional. Para Kelsen, carecem de sistematicidade lógica quaisquer abordagens que concebiam como distintas a ordem jurídica doméstica e a internacional. As denominadas teses dualistas¹², segundo o autor, conduzem à negação do valor jurídico tanto do direito internacional como de

¹² O dualismo teve por principal expoente Carl Heinrich Triepel. Para Triepel, a vontade do Estado cria o direito interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o direito internacional, que incide sobre as nações. Direito interno e direito internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas. O direito internacional não constitui um ramo do Direito, como o direito civil, o direito constitucional, etc., mas um ordenamento jurídico à parte do direito interno. Por isso, ele cunha o termo “dualismo” para designar as relações entre os dois sistemas jurídicos. Em virtude dessa dualidade de fontes, direito interno e direito internacional regem relações sociais diferentes. Uma norma de um ordenamento não pode modificar a do outro. Um tratado não pode derogar uma lei; somente outra lei ou regra de direito interno pode realizar isso. Quando se afirma que uma lei foi derogada por um tratado, o observador mais atento sabe que se encontra diante do fenómeno da “recepção” do direito estrangeiro: uma determinada norma, criada num sistema jurídico passa vigorar noutro, por uma previsão expressa. (TRIEPEL, 1925. p. 87 e 92).

outras ordens nacionais, em razão da ausência de um fundamento jurídico comum. O jurista austríaco prova que a unidade de um sistema normativo depende da existência de uma norma fundamental una para todas as regras individuais: somente uma percepção monista seria capaz de racionalmente compreender a inter-relação entre direito interno e internacional.

De acordo com o pensamento kelseniano, duas ordens jurídicas coexistentes, como a canônica e a nacional, ou esta e o direito internacional, só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Dois ordenamentos que se encontram em relação de subordinação resolvem problemas de compatibilidade com base no critério da hierarquia. No fundo, constituem uma só ordem, pois a ordem inferior pode ser vista como uma ordem parcial contida dentro de outra ordem geral. Possuem, portanto, uma só norma fundamental. Coordenados, por sua vez, são os sistemas de mesma hierarquia. A tarefa de coordenação, contudo, é realizada por normas que não pertencem nem a um, nem a outro sistema, mas a uma terceira ordem, a qual subordina os dois sistemas coordenados e que deve delimitar o domínio de um e de outro. Haverá, pois, em qualquer caso, uma relação de subordinação: esta é a relação forte. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 1926, p. 270). Assim, as relações entre o direito internacional e o direito interno são, em verdade, dinâmicas de uma mesma ordem normativa.

O direito internacional, para Kelsen, portanto, subordina o direito nacional, passando a constituir a única fonte possível à busca da norma fundamental validadora do ordenamento jurídico¹³. Ao admitir como inequívoca essa subordinação, o

¹³ Importante ressaltar que, durante algum tempo, acreditou-se que a norma fundamental não fosse uma hipótese, mas sim uma ficção. Essa visão não prospera, conforme se depreende de escritos posteriores de Kelsen. A esse respeito, TREVES (1987, pp. 327-335): "*Même si, dans un certain sens, il est exact d'affirmer que la théorie de la norme fondamentale trouve son origine dans le principe de l'économie de la pensée de Mach et dans la théorie de la fiction de Vaibinger, je préfère renoncer, à la suite de nombreux malentendus, à m'inspirer de ces deux auteurs. L'essentiel est que la théorie de la norme fondamentale découle entièrement de la méthode de l'hypothèse développée par Cohen*" (original sem grifos).

jurista vislumbrará duas possibilidades para unidade sistêmica que caracteriza ambos os ordenamentos: o monismo com prevalência do direito interno ou o monismo com prevalência do direito internacional. Ambas são lógica e juridicamente perfeitas, mas a primeira conduz a uma espécie de “egotismo jurídico”; cada Estado consideraria o seu próprio direito como o único verdadeiro¹⁴. Por isso, realiza Kelsen uma opção filosófica pela segunda alternativa (KELSEN, 1926, p.258).

4.2. *Consuetudo est servanda: a derradeira norma*

Na primeira formulação da teoria da norma fundamental, Kelsen não tinha muita clareza sobre o seu conteúdo: essa era uma norma pressuposta, não positiva, que postulava o que se devia conduzir conforme ordenou o legislador na primeira Constituição histórica. E todas as demais normas de uma ordem jurídica são válidas, se foram estabelecidas da forma determinada por esta primeira Constituição – e deixam de ser válidas, se foram revogadas de acordo com essa norma. Mas, visto que o autor subordinou o direito nacional ao direito internacional, como será descrito, o problema da norma fundamental de uma ordem nacional se desloca para o da norma fundamental do direito internacional e, em consequência, de todo o direito. Somente mais tarde, Kelsen chamará a norma fundamental que se pressupõe para dar validade à primeira Constituição de “princípio da legitimidade” (KELSEN, 2010, p. 505).

Ocorre que o princípio da legitimidade não é o único aplicável para determinar a validade das normas de uma ordem jurídica. Se ocorrer uma revolução, e a nova ordem se tornar efetiva, então esta nova ordem será considerada uma ordem válida, e a antiga perderá a validade, sem passar pelos procedimentos formais de revogação que existiam. Uma nova

¹⁴ Neste caso, o sistema jurídico universal seria composto então por três grupos de normas: aquelas criadas pelos órgãos dos Estados (o direito nacional em sentido estrito), o direito internacional e os outros direitos nacionais reconhecidos por aquele Estado. Mas apenas um direito nacional no sentido próprio da palavra pode ser aceito, porque apenas um Estado poderia ser soberano.

norma fundamental, portanto, seria pressuposta. “Cada norma individual perde sua validade quando a ordem total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem” (KELSEN, 1990, p. 123). Isso é chamado pelo autor de “princípio da efetividade”.

Para que a busca pela norma fundamental se atenha apenas ao direito nacional, toda vez que houver uma revolução bem sucedida, faz-se necessário pressupor uma nova norma fundamental. O problema é que o princípio da efetividade é uma norma em si mesmo e pode ser formulado da seguinte maneira: “as pessoas devem apresentar conduta conforme a ordem coercitiva que, como um todo, é efetiva em termos gerais” (KELSEN, 2010, p. 508). E isto é uma norma positiva de direito internacional (que pertence à matéria de Sucessão de Estados). “A partir da perspectiva do direito internacional, a Constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa Constituição for, como um todo, eficaz” (KELSEN, 1990, p. 125). Ademais, afirma Kelsen:

É assim que o Direito Internacional forma a base da ordem jurídica nacional. O Direito Internacional “delega” a ordem jurídica nacional, determinando com isso também sua esfera de validade, ao estipular que um indivíduo ou um grupo de indivíduos – quando independentes e capazes de obter a obediência permanente das pessoas que habitam determinado território por meio de uma ordem coercitiva – deve ser considerado o governo legítimo da comunidade constituída por essa ordem, e ao decretar que essa comunidade seja um Estado no sentido do Direito Internacional e seu Direito a ordem constitucional que institui este Estado (KELSEN, 2010, p. 509).

A questão da norma fundamental, portanto, deixa de ser um problema de direito nacional e se torna um de direito internacional. À época do seu primeiro curso na Academia de Direito Internacional da Haia, Kelsen chegou a imaginar que o

fundamento de validade seria a norma consuetudinária do *pacta sunt servanda*. Essa, entretanto, é uma norma de direito costumeiro positivo. Ilógico seria que uma norma inserida dentro do sistema jurídico justificasse o próprio sistema. Para manter a coerência de sua teoria do direito, a norma fundamental necessitaria ser hipotética e não positiva; pressuposta, não posta. Como solução, Kelsen passou a afirmar que a validação de todo o ordenamento repousava na norma basilar da *consuetudo est servanda*¹⁵. Peremptório, defende o jurista que a:

força vinculadora do Direito Internacional consuetudinário funda-se no último recinto de uma suposição fundamental: na hipótese de que o costume internacional seja fato gerador de direitos. Essa hipótese pode ser denominada norma básica. Não é uma norma de Direito positivo; não é criada por atos de vontade humana; é pressuposta pelos juristas que interpretam juridicamente a conduta de Estados (KELSEN, 2010, p. 512).

A base do direito consuetudinário, portanto, consiste “no princípio geral de que se deveria manter uma conduta de forma como nossos pares costumam tê-la e por certo período de tempo costumavam manter”. E, somente na hipótese desse *princípio fundamentador* assumir o caráter de norma, “o costume vem a ser um fato criador de Direito” (KELSEN, 2010, p. 380). Reitera-se, por fim, que esse entendimento de Kelsen resultou de uma evolução interpretativa do autor sobre sua própria sistematização do ordenamento jurídico, não tendo sido considerado em suas primeiras obras¹⁶.

¹⁵ KELSEN, Hans. Princípios do Direito Internacional, p. 512.

¹⁶ Em relação a essa mudança de perspectiva teórica de Kelsen em relação à norma fundamental, Abi-Saad (1987, p. 119) afirma que, « *selon Kelsen, en droit interne, cette norme fondamentale hypothétique est celle qui prescrit que la constitution doit être respectée. Pour ce qui est du droit international, Kelsen admet qu'après l'avoir indentifiée comme étant pacta sunt servanda, il a changé d'avis, car même ce principe tire sa force d'un autre, qui ne peut que consuetudo est servanda* ».

5. A relativização da soberania vis-à-vis a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Nacional

A opção kelseniana pelo monismo com primazia do direito internacional terá por consequência direta a derrocada do mito da concepção absoluta de soberania como *summa potestas superior non recognoscens*, uma vez que a noção de Estados soberanos coexistindo ao mesmo tempo revela-se incompatível com a perspectiva de um monismo nacionalista.

A ideia absoluta de soberania nacional se apresenta falaciosa, porque tanto o direito estatal, como o direito internacional, possuem apenas uma única norma fundamental. O Estado somente pode apresentar-se como poder supremo, superior a qualquer outro, em relação a um determinado agrupamento de indivíduos que ele contém. Quanto a outros grupos, como a população de um Estado estrangeiro, diz-se que o Estado não é superior, mas tão somente – numa aceção negativa – não subordinado. Revela-se, portanto, seu igual e independente. Há que se distinguirem, assim, dois conceitos de soberania, um interno e outro externo (ou de direito internacional). Ocorre que este raciocínio é contraditório e representa uma simples atenuação da noção de soberania. Se, no seu interior, o Estado é supremo e, para o exterior, ele é independente e igual aos demais Estados, então todos os Estados estão em relação de coordenação e, assim, compreendidos numa ordem superior que delimita o domínio de cada um. Esta ordem é o direito internacional. Em um sentido tão relativo de soberania, que permite a existência de uma ordem superior, a noção se transforma numa tautologia: o Estado é soberano apenas em relação àqueles que subordina. Nesta aceção tão suave, também a comuna seria soberana (KELSEN, 1926, p. 260).

Para Kelsen, haveria ainda outro problema com uma concepção assim de soberania. Vários juristas alemães do século XIX, na esteira de Hegel (para quem o Estado representa o pináculo da engenhosidade humana na Terra), ou terminaram por negar a juridicidade do Direito Internacional ao reduzi-lo a uma mera moralidade positiva, ou defenderam a concepção de que todo o Direito Internacional constitui um reflexo da personalidade e das prerrogativas do Estado além do seu próprio território. Esta,

de fato, gerou uma concepção corrente ao final do século XIX do Direito Internacional como uma instância reguladora dos “direitos subjetivos” do Estado. O problema com a primeira concepção é a de não haver nenhum Direito além do Direito Constitucional dos Estados, e com esta última é o de derivar todo o Direito Internacional da soberania dos Estados, como se a soberania fosse uma norma de Direito, não um fato. Isto se mostra inaceitável para Kelsen pois ele incorporou a distinção kantiana entre ser e dever ser como um dos principais fundamentos da sua *Teoria Pura do Direito*. Em suma, também nesta última corrente, o Direito Constitucional teria primazia: ele criaria a soberania, uma norma de direito positivo, que originaria todo o Direito Internacional. A crítica kelseniana da concepção de soberania como um *estoque* de competências estatais, portanto, pode ser resumida à impossibilidade da “natureza da soberania” derivar juridicamente do conteúdo do direito positivo existente. A esse respeito, Bernstorff afirma que:

[...] ele [Kelsen] se voltou contra a soberania como um ‘*Rechtsinhaltsbegriff*’, um conceito determinado a partir do direito. Nesta falsa concepção de soberania, o Estado soberano representaria um conjunto de competências substantivas. A perda de soberania foi, então, deduzida deste corte no núcleo de competências do Estado. Nesta perspectiva, o Estado ideal possuiria certos "direitos subjetivos" ou "direitos básicos", cuja insuficiência seria incompatível com a sua "natureza" como um Estado soberano. Kelsen considera essa visão como “um sintoma da anarquia da terminologia jurisprudencial... a qual gosta de apresentar como ‘direito’ todo o conteúdo que tenha qualquer relevância jurídica ou o conteúdo que tenha sido concebido como juridicamente relevante a partir da perspectiva do intérprete”¹⁷

¹⁷ No original: “For Kelsen, the ‘nature of sovereignty’ could not be derived jurisprudentially from the content of existing positive law. In that sense, he turned against sovereignty as a ‘*Rechtsinhaltsbegriff*’, a concept determined from within the law. In this false understanding of

Interessante notar que esta relativização do conceito de soberania consiste num dos argumentos basilares das críticas de Kelsen à Carta das Nações Unidas. Isso porque, de acordo com o artigo 2, parágrafo 1 da Carta, para a realização dos seus propósitos, a ONU terá por princípio fundamental a “*sovereign equality*”¹⁸ de seus membros. A expressão *igualdade soberana*, cunhada na Conferência de Moscou de 1943, somente pode ser entendida, segundo o jurista, como a soma de duas características usualmente atribuídas aos entes estatais: soberania e igualdade. Conceitos estes, entretanto, que, em sua acepção literal, não prosperam em uma análise mais apurada da comunidade internacional.

Ocasionalmente, os teóricos do Estado referem-se à soberania como um poder supremo, o qual legitima o soberano a impor irrestritamente deveres e obrigações aos seus subordinados. Este conceito equivocado de soberania, ao ser analisado em relação a suas consequências, afirma Kelsen, “é metafísico, não científico, derivado de uma tendência de deificação do Estado, a qual inevitavelmente conduz a uma teoria política, a qual mais se

sovereignty, state sovereignty represented a bundle of substantive competencies. A loss of sovereignty was then deduced from a curtailment of this core stock of state competencies. In this scheme, the ideal state possessed certain “subjective rights” or “basic rights” whose impairment was incompatible with its “nature” as a sovereign state. Kelsen regarded this view as a “symptom of the anarchy of jurisprudential terminology ... which loves to present as subjective ‘right’ all content that had any legal relevance or content that was desired as legally relevant from the perspective of the presenter.” Tradução livre de BERNSTORFF, 2010, p. 63.

¹⁸ O termo, s.m.j., teria por tradução mais adequada a expressão “igualdade soberana”. Na internalização da Carta, contudo, no ordenamento brasileiro, não foi essa a escolha do legislador. Como pode se constatar do documento apenso por cópia ao Decreto nº 19.841/1945, optou-se pela tradução “princípio da igualdade” (BRASIL, 1945). Ressalta-se, entretanto, que a língua portuguesa, de acordo com o art. 111 da Carta não pode ser tida como referencial em caso de conflito com as cópias depositadas em chinês, francês, russo, inglês, e espanhol.

assemelha à teologia, do que a uma ciência do Estado”¹⁹. Perante o direito internacional, entretanto, a soberania somente poderia se mostrar como a independência jurídica frente a outros ordenamentos nacionais, mas não às próprias normas internacionais (KELSEN, 1944, p. 207)²⁰.

O mito da igualdade – conceito por vezes apontado como característica essencial dos sujeitos originários do direito internacional – aparenta conter, *prima facie*, a regra segundo a qual todos os Estados se sujeitam aos mesmos deveres e obrigações. Essa premissa, para Kelsen, claramente se apresenta falaciosa. Conforme o jurista austríaco:

[...] esta premissa deve ser restrita ao direito costumeiro internacional. Entretanto, ainda de acordo com o direito costumeiro internacional, nem todos os Estados têm as mesmas obrigações e direitos. Um Estado costeiro, por exemplo, tem obrigações e direitos outros que um Estado sem litoral. A premissa deve ser modificada da seguinte forma: de acordo com o direito costumeiro internacional, todos os Estados têm a mesma capacidade de serem exigidos quanto às obrigações decorrentes dos direitos adquiridos; igualdade não significa igualdade de obrigações e direitos, mas sim igualdade de capacidade para ser obrigado e ter direitos. Igualdade é o princípio, segundo o qual, sob

¹⁹ No original: “[...] is a metaphysical, not a scientific one, derived from a tendency to deify the State which inevitably leads to a political theory which is rather theology than a science of State”. Tradução livre de KELSEN, 1944, p. 207.

²⁰ A Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso da Ilha de Palmas, adotou igual entendimento, como se pode comprovar no voto do juiz Max Huber, segundo o qual, “sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of State”. *United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. 2, April, 1928, p. 838*. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2014.

as mesmas condições, os Estados têm as mesmas obrigações e os mesmos direitos. Trata-se, entretanto, de uma formulação vazia e insignificante, pois somente se aplica na hipótese de existirem desigualdades radicais. Deste modo, uma regra de direito internacional geral que confere privilégios às potências pode ser interpretada como em conformidade com o princípio da igualdade, do seguinte modo: qualquer Estado, na condição de grande potência, faz jus aos privilégios concedidos. O princípio da igualdade assim formulado não passa de uma expressão tautológica do princípio da legalidade, isto é, o princípio segundo o qual as regras gerais do direito devem ser aplicadas em todos os casos, nos quais, de acordo com seu conteúdo, devam ser aplicadas. Assim, é o princípio da igualdade jurídica, que não é nada senão o princípio da legalidade vazio, compatível com qualquer desigualdade atual.²¹

²¹ No original: “The statement must be restricted to general customary international Law. But even according to general customary international law, all the States have not the same duties and rights. A littoral State, for example, has other duties and rights than an inland State. The statement must be further modified as follows: According to general international law all the States have the same capacity of being charged with duties and of acquiring rights; equality does not mean equality of duties and rights, but rather equality of capacity for duties and rights. Equality is the principle that under the same conditions States have the same duties and the same rights. This is, however, an empty and insignificant formula because it is applicable even in case of radical inequalities. Thus, a rule of general international law conferring privileges on Great Powers could be interpreted as in conformity with the principle of equality, if formulated as follows: any State, on the condition that it is a Great Power, enjoys the privileges concerned. The principle of equality so formulated it but a tautological expression of the principle of legality, that is, the principle that the general rules of law ought to be applied in all cases in which, according to their contents, they ought to be applied. Thus the principle of legal equality, if nothing but the empty principle of legality, is compatible with any actual inequality”. Tradução livre de KELSEN, 1944, p. 209.

Em suma, percebe-se que o intuito de Kelsen, ao eliminar de sua concepção teórica do ordenamento jurídico o conceito original de soberania – e, conseqüentemente, também o de igualdade –, consiste em afirmar a superioridade hierárquica do direito internacional em relação aos direitos nacionais²². Mais do que isso, o jurista comprova que existe uma subordinação necessária do Estado ao direito internacional: não há qualquer possibilidade de se admitir que normas domésticas limitem o âmbito de aplicação das normas internacionais. Por esta razão, a natureza subjetiva da personalidade jurídica estatal é a personificação de uma ordem jurídica relativamente centralizada sujeita *apenas* ao direito internacional (KELSEN, 1953, p. 85).

6. Conclusão

A influência do pensamento kelseniano na formulação do sistema jurídico brasileiro, bem como na dinâmica de exegese das cortes pátrias, mostra-se notória. Por vezes, entretanto, aparentam as interpretações da teoria de Kelsen restringirem-se aos ensinamentos contidos na *Teoria Pura do Direito*, mais especificamente àqueles de sua primeira versão. Como demonstrado, entretanto, não há como desprezar a vasta literatura de Kelsen no âmbito do direito internacional, sobretudo aquela

²² Este entendimento foi reafirmado pelo jurista em seu terceiro curso geral em direito internacional da Haia, ministrado em 1953. Nesta oportunidade, defendeu Kelsen que: « L'État ne peut être souverain au vrai sens du terme qu'en sa qualité d'ordre normatif et non en qualité de personne agissante, car dans cette dernière qualité il représente les individus agissant en qualité d'organes étatiques et ces individus, du fait même qu'ils sont des organes étatiques, sont soumis à l'ordre juridique national. Ils sont des organes de l'État dans la mesure où leurs actes peuvent être imputés à l'État et ils ne peuvent l'être que s'ils sont déterminés d'une manière spécifique par l'ordre juridique qui constitue l'État. L'État est donc soumis au droit international même si celui-ci est tenu pour une partie du droit national. Le droit international est ainsi supérieur à l'État considéré comme un sujet d'obligations et de droits subjectifs. On se saurait donc nier qu'il y ait une relation de subordination de l'État au droit international » (KELSEN, 1953, p. 80).

que revisita o sistema de estrutura de validade das normas, a fim de reconstruí-lo.

Demonstrou-se que a abordagem científica do direito pressupõe a existência de uma norma fundamental, a qual é responsável por validar todas as demais normas do ordenamento jurídico. Malgrado Kelsen tenha se inclinado inicialmente a conceder ao direito interno a função de fornecimento da norma fundamental, posteriormente percebeu o jurista que fazê-lo seria incorrer em erro lógico. Isso porque, o direito internacional subordina o direito doméstico, sendo, portanto, a única fonte capaz de determinar o conteúdo da *Grundnorm*.

Por fim, sintetizou-se a principal consequência da superioridade hierárquica do direito internacional, característica primordial do monismo internacionalista: a desconstrução do conceito de Estado soberano. A partir da constatação da inexistência da soberania clássica, Kelsen comprova que não há qualquer sentido, por exemplo, na justificação da escusa às normas internacionais por meio de limitações impostas pelos ordenamentos nacionais. Ao contrário, como foi ressaltado, a natureza subjetiva da personalidade jurídica dos Estados consiste na personificação de uma ordem jurídica centralizada, porém não absoluta, sujeita fundamentalmente ao direito internacional.

7. Referências

ABI-SAAD, Georges. **Cours Général de Droit International Public**. Hague: Hague Academy of International Law, 1987.

ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Trad. SEOANE, José Antonio. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº. 5, 2004.

BERNSTOFF, Jochen Von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Trad. Gilmar Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010.

-
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- _____. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.** *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo 14, 1926.
- _____. **O que é a justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization.** *Yale Law Journal*, v. 53, number 2, March, 1944.
- _____. **Théorie du Droit International Public.** *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo 84, 1953.
- RIGAUX, François. **Hans Kelsen on International Law.** *European Journal of International Law*, nº 9, 1998.
- TREVES, Renato. **Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees.** Trad. Michel Troper. *Droit e société*, nº. 7, 1987.
- TRIEPEL, Carl H. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International.** *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo I, 1925.

7.1. Legislação citada

BRASIL. Decreto nº 19.841/1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2014.

7.2. Decisão citada

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Caso da Ilha de Palmas.** *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, April, 1928, p. 838. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2014.

Direito internacional e globalização econômica

João Alberto Wohlfart

1 Introdução

O artigo que segue propõe discutir o conceito de Estado e de Direito internacional na perspectiva do atual contexto de globalização da sociedade e da economia. Trata-se de uma problemática presente na *Filosofia do Direito* hegeliana que discute a relação entre economia e ética, entre sociedade civil e Estado. Hegel, ao estabelecer a superioridade racional e ética do Estado em relação à sociedade civil, com primazia da racionalidade ético-política sobre a racionalidade econômica, propõe uma ética global.

A *Filosofia do Direito*, de Hegel, não é uma obra restrita ao contexto político do começo do século XIX quando foi publicada pelo filósofo, mas é uma das referências fundamentais para a discussão e problematização do atual contexto econômico e político internacional. O problema de fundo diz respeito à primazia, em Hegel, de instâncias ético-políticas como o Estado e o Direito internacional em relação à sociedade civil e ao sistema econômico, e a radical inversão atual que subordina os Estados à racionalidade econômica.

O texto aborda uma temática amplamente exposta por Hegel em sua obra, atravessa os tempos pós-hegelianos e se torna uma questão aguda para o contexto histórico atual. É a relação entre ética e economia, entre ética e política. Há indicativos muito claros que a sociedade capitalista separou estas esferas, resultando na lógica econômica que atropela a

ética e as instâncias do Direito. Nesta lógica, a política se transformou num meio de legitimação dos interesses econômicos, em detrimento da dimensão pública e propriamente ética. A política, em lugar da arte de construção dos espaços públicos e da participação do povo, se transformou numa articulação do poderio econômico, numa legitimação dos interesses econômicos e numa instância de sustentação do modelo econômico estabelecido. O artigo tem como propósito a discussão da noção hegeliana de Ética e Direito a partir da *Filosofia do Direito*, e a sua confrontação com a tendência contemporânea de subordinação da política à economia e de consequente absolutização da lógica econômica.

2 Filosofia e Filosofia do Direito

Para uma compreensão aprofundada da *Filosofia do Direito*, além de sua contextualização histórica, é necessário inscrevê-la no conjunto da filosofia hegeliana. Seguramente, ela não é apenas uma parte da filosofia, mas é o sistema filosófico na perspectiva da eticidade, carregando em seu bojo componentes racionais que ultrapassam uma determinada esfera do real. Se ela é contextualizada no sistema de obras como a *Fenomenologia do Espírito*, a *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* distribuída na *Ciência da Lógica*, na *Filosofia da Natureza* e na *Filosofia do Espírito*, ela caracteriza a segunda parte da última esfera intitulada por Hegel de Espírito objetivo. É o universo filosófico que trata da liberdade humana nas instituições sociais de família, sociedade civil, Estado, Direito internacional e História universal. Por um lado, o universo da *Filosofia do Espírito* como um todo é síntese entre o universo da Lógica e o universo da Natureza na racionalidade do real enquanto segunda natureza que é a sociabilidade humana e a história. Por outro lado, a *Filosofia do Direito* aparece como um

desdobramento objetivo das determinações racionais da lógica.

A *Filosofia do Direito* trata do desenvolvimento da liberdade nas instituições sociais, pois o homem não é abstratamente livre, mas ele constrói a sua liberdade nas várias esferas do convívio social. Hegel formula nesta obra um sistema de eticidade que começa com as determinações mais abstratas e imediatas de liberdade e avança para as determinações concretas e universais, tais como o Estado e a História universal. Na *Filosofia do Direito* é possível estabelecer um paralelismo entre *Ciência da Lógica* com as determinações da liberdade, numa homologia na qual o Direito abstrato coincide com a Lógica do ser, a Moralidade coincide com a Lógica da essência e a eticidade coincide com a Lógica do conceito. Neste sentido, várias disciplinas filosóficas entram na estruturação da *Filosofia do Direito*, tais como a Lógica, a Ontologia, a Ética e a Filosofia da História. Mesmo que a *Ciência da Lógica* seja exposta como um sistema do puro pensamento, mas na *Filosofia do Direito* ela aparece como uma lógica intrínseca ao real como inteligibilidade, metódica e estruturante do real. Como ontologia, a *Filosofia do Direito* caracteriza um conteúdo em autodesenvolvimento estruturado em diferentes círculos do real num processo metódico no qual os últimos círculos suprassumem e reintegram a racionalidade dos círculos anteriores. Na obra, Hegel constrói o sistema de eticidade constituído pelas complexas relações sociais mediatizadas pelas diferentes instituições sociais, pois o homem desenvolve a subjetividade no contexto de intersubjetividade e sociabilidade. A *Filosofia do Direito* também é uma Filosofia da História porque o desenvolvimento dialético e sistemático da obra desemboca na História universal como tribunal do mundo, cujo espírito universal é a realidade onibrangente na qual convergem todas as determinações da obra. Para Hegel,

A atividade da vontade, suprimindo a contradição entre subjetividade e objetividade, conduzindo seus fins desde um a outro polo e permanecendo em si, ainda que na objetividade, constitui – exceto no domínio da modalidade formal da consciência (§ 8) em que a objetividade é apenas realidade imediata – o desenvolvimento essencial do conteúdo substancial da ideia (§ 21). Neste desenvolvimento, o conceito determina a ideia, no início ela mesma abstrata, como a totalidade de seu sistema que, como substância independente tanto da antítese de um fim meramente subjetivo como de sua realização, permanece idêntica em ambas as formas (HEGEL, 2010, § 28).

Do ponto de vista filosófico, na *Filosofia do Direito* e em todo o sistema filosófico, Hegel rompe com a clássica dicotomia entre subjetividade e objetividade, na qual aquela caracteriza a interioridade pura do pensamento e esta caracteriza a ontologia acabada do real. Para o filósofo, subjetividade e objetividade são dois universos que se interpenetram reciprocamente, na qual a subjetividade e a intersubjetividade são objetivadas na estrutura social e a objetividade é epistemologicamente interiorizada pelos sujeitos. Na *Filosofia do Direito*, a unidade destes dois conceitos se dá no autodesenvolvimento do conteúdo da ideia, do conteúdo da eticidade num sistema amplo e complexo de instituições sociais. Num paralelismo com a *Ciência da Lógica*, o conceito é a inteligibilidade da liberdade e a ideia é a sistemática do real que brota deste movimento lógico de auto-organização. Não se trata da essência que se determina posteriormente no real, mas do autodesenvolvimento do conteúdo como um processo racional de essencialização e de sistematização. Na estruturação da obra, a essência da liberdade é o fio condutor que atravessa horizontalmente a *Filosofia do Direito* e se desdobra no sistema das instituições sociais cujo movimento

integra a universalização, a efetivação, a totalização, numa lógica em que, quanto mais amplos os sistemas de relação do homem, mais livre e mais efetivo ele se torna.

A razão histórica e filosófica da obra é a superação do subjetivismo e do individualismo moderno. Em outras palavras, Hegel sustenta que a subjetividade cartesiana e kantiana é vazia e abstrata, pois para o filósofo não existe subjetividade fechada em sua interioridade imediata. O homem se desdobra como membro da família, como pessoa concreta e como cidadão nas estruturas de objetividade típicas da sociabilidade. Cada sujeito está inserido numa complexa e ampla teia de relações humanas e de organizações sociais que se desdobram desde as relações interpessoais mais restritas até as estruturas históricas mais abrangentes e propriamente universais. Para Hegel, “o princípio da subjetividade se consome até chegar ao extremo independente da particularidade pessoal, para ao mesmo tempo ser reconduzido à sua unidade substancial, conservando assim esta naquele princípio mesmo” (HEGEL, 2010, § 260). Do ponto da interdisciplinaridade lógica, ontológica e ética, os sujeitos interpenetram-se num sistema de intersubjetividade estruturado por um conjunto de silogismos dialéticos, tais como o indivíduo, a organização social à qual pertence e o Estado sistematicamente aglutinados em movimentos de universalização da subjetividade e de singularização da totalidade. Na mesma lógica, o Estado, o Direito internacional e a História universal também constituem uma estrutura silogística ordenada na qual os Estados se encontram inseridos num tecido ético mais amplo.

2.1 Sociedade civil

A vida e a produção acadêmica de Hegel coincidem com o surgimento da moderna sociedade capitalista e as contradições que atravessam este modelo. A sequência das

determinações sociais expostas na *Filosofia do Direito* não segue uma cronologia histórica, mas uma sequência sistemática cuja lógica interna foi sucintamente exposta acima. A família e o Estado, por exemplo, já existiram entre os antigos gregos, e a sociedade civil emergiu na modernidade como uma mediação entre estas duas instituições.

No texto sobre a sociedade civil burguesa, Hegel interpreta os primeiros passos da moderna sociedade capitalista. Não se trata apenas da sociedade civil da época do filósofo, mas continua como um texto de referência para a análise e discussão da sociedade dos nossos tempos. O que predomina na análise hegeliana é a organização do sistema econômico, o seu desenvolvimento, as contradições internas e a ênfase de seu papel na sociedade como um todo. Hegel dá uma importância significativa à sociedade civil e o equilíbrio entre ela e o Estado é fundamental para o desenvolvimento da sociedade como um todo. Traduzindo para uma linguagem atual, os componentes estruturantes são a pessoa livre e o trabalho, as organizações econômicas e o mercado. As contradições fundamentais que podem assolar esta esfera são a acumulação desproporcional de riqueza contrastada com a miséria da população, o desequilíbrio entre produção e consumo e a força de trabalho global e a abstração da atividade do trabalhador. Hegel define a sociedade civil:

O fim egoísta, em sua efetivação, assim condicionado pela universalidade, funda um sistema de dependência multilateral, de modo que a subsistência e o bem-estar do singular e seu ser-á-jurídico se entrelaçam na subsistência, no bem-estar e no direito de todos, fundados sobre isso, e apenas são efetivos e assegurados nessa conexão. Pode-se, inicialmente, considerar esse sistema como o Estado externo, como o Estado da necessidade e do entendimento. (HEGEL, 2010, § 183).

Do ponto de vista sistemático, a sociedade civil coincide com a saída dos filhos da família e a consequente conquista da autonomia e da capacidade de gerenciar a sua vida material. Na definição da sociedade civil Hegel destaca a presença dos princípios estruturantes extremos dos fins egoístas e do sistema de universalidade. Cada sujeito é movido pela preocupação com a sobrevivência e com a satisfação dos seus fins egoístas que consistem na construção de uma significativa base material para satisfazer as necessidades. O paradoxo positivo e interessante é que, para a satisfação das necessidades, o sujeito necessita entrar num sistema de dependência recíproca e em relação com múltiplos outros sujeitos que têm a mesma finalidade. Para sobreviver, a pessoa concreta incorpora uma organização econômica no interior da qual trabalha com outras pessoas e das quais depende para o exercício da sua atividade. Por sua vez, esta determinada organização econômica depende de várias outras organizações e setores da economia para sobreviver materialmente, e contribui também para a afirmação de tantas outras. Neste sentido, o sistema de dependência multilateral é constatado por Hegel porque todas as pessoas dependem multilateralmente das outras, pois o conjunto dos produtos e objetos que consomem passam por uma infinidade de processos, de pessoas e ações que formam uma multilateralidade de movimentos interconectados. A sociedade civil é sustentada pelos extremos dos fins egoístas e da universalidade do entendimento que é a gigantesca base material da sociedade articulada a partir de um sistema de relações.

Os textos introdutórios, particularmente o parágrafo introduzido acima, evidencia o paralelismo metódico do texto da sociedade civil com a Lógica da essência em geral. Numa primeira aproximação entre estes dois universos temáticos, a sociedade civil é o Estado externo da necessidade e do entendimento, com a carência da

substancialidade ética e do espírito de coletividade que caracteriza o universo da eticidade na sua correspondência lógica e epistemológica com a Lógica do conceito. O Estado externo da necessidade e do entendimento expressa a estrutura material do sistema econômico capitalista na organização da lógica do desenvolvimento articulada a partir do sistema do trabalho, da tecnologia, dos setores da atividade econômica e das tendências de mercado. O que caracteriza esta esfera é a necessária ligação de uma pessoa e de uma atividade localizada com a totalidade do sistema econômico através das múltiplas instâncias intermediárias que são os outros trabalhadores, as organizações econômicas e os ramos de atividade econômica. Trata-se de um sistema de interdependência universal dinamicamente estruturado através de uma multilateralidade de relações internas e de atividades oriundas de diferentes profissões. Como a Lógica da essência conclui com uma sistemática de substancialidade universal de relações, como uma absolutividade autorrelacional de interrelacionalidade interna das determinações, na complexidade da sociedade civil cada trabalhador, cada objeto e cada organização econômica estão necessariamente incluídos num amplo círculo de necessidade universal. Em suma, para a satisfação das necessidades mais imediatas é sumamente necessário mover-se pelos caminhos multilaterais e sinuosos da universalidade exterior que atualmente denominamos de mercado.

Aspecto importante para a estruturação da sociedade civil é o sistema do trabalho. Não é mais como nas sociedades de outros tempos onde cada um produzia materialmente o que consumia, mas o trabalho é organizado coletivamente. Para suprir a demanda das necessidades e da gigantesca estrutura material e produtiva da sociedade, todos trabalham para cada um, um trabalha para todos, cada um trabalha para cada um e todos trabalham para todos. Em linguagem atual, todos os trabalhadores de uma nação e todos os trabalhadores do mundo estão interconectados

multilateralmente como uma infinita rede que totaliza uma imensa força de trabalho. Mas esta imensa substancialidade e totalidade, para empregar categorias da Lógica da essência, é completada com a suprema abstração do trabalhador em sua atividade. Para a confecção de um automóvel ou uma peça de roupa, por exemplo, cada trabalhador considerado individualmente apenas realiza uma minúscula ação no conjunto do objeto, enquanto múltiplos trabalhadores organizados em série e em ações articuladas produzem o objeto inteiro. Este ciclo pode ser ampliado na sequência de produção de um objeto onde entra um conjunto de múltiplos outros objetos da mesma qualidade. Mas o que é importante observar é a contradição entre a abstração individual da atividade repetitiva e especializada de um trabalhador e o sistema universal de produção como a condição de desenvolvimento da sociedade. Para Hegel,

A ideia nessa cisão confere aos momentos do ser-aí próprio, à particularidade, o direito de se desenvolver e de propagar-se segundo todos os aspectos, e à universalidade, o direito de mostrar-se como fundamento e forma necessária da particularidade, assim como o poder sobre ela e como seu fim último. É o sistema da eticidade perdido em seus extremos que constitui o momento abstrato da realidade da ideia, a qual é aqui, nesse fenômeno externo, apenas como totalidade relativa e necessidade interna (HEGEL, 2010, § 184).

A concepção hegeliana de sociedade civil, mesmo empregando categorias da Lógica do conceito, pode ser compreendida a partir das categorias de particularidade e de universalidade. Para Hegel, contrariamente ao que é visível na sociedade e no mundo atuais, a base material da sociedade é a dimensão mais abstrata. A sociedade civil é um universo ainda minimamente ético em função das disjunções que subsistem entre a particularidade e a universalidade, sem as

condições para a síntese entre estas duas categorias. É por esta razão que o filósofo emprega categorias conceituais no universo da necessidade típica da sociedade civil. A cisão apontada por Hegel deve-se à particularidade, aqui representada pelas organizações particulares, no seu direito de expandir-se em todos os sentidos, tais como o aumento da base produtiva, inovação tecnológica, conquista de novos mercados, incorporação de novas atividades, aumento dos lucros. A universalidade, por sua vez, é representada pela totalidade do mercado, pelas condições econômicas, pelos órgãos reguladores, pelas leis estatais e internacionais, pelo cenário econômico, pelas cotações do câmbio oficial, pelos padrões internacionais de produção etc. Entre as duas esferas, a particularidade da organização e do setor do mercado e a universalidade e totalidade do mercado, segundo análise hegeliana da sociedade civil, há uma espécie de cisão. O desejo e a necessidade de uma organização particular em expandir-se ilimitadamente, conforme interesse da lógica econômica, é constantemente restringida pelas condições do mercado e por regras nacionais e internacionais de qualidade às quais as organizações particulares precisam se adaptar. Por outro lado, a universalidade aparece como o fundamento e a forma da particularidade enquanto condição para a sua existência.

A sociedade civil não é orientada pela lógica da liberdade, sistematizada por Hegel na Lógica do conceito e no sistema de eticidade, mas é orientada pela lógica da necessidade, sistematizada por Hegel na Lógica da essência. A sociedade civil é estruturada por uma lógica de rigorosa necessidade, com riscos de ruir toda a sua estrutura num eventual desajuste de seus componentes. É sumamente necessário que a particularidade se eleve à forma da universalidade para nela encontrar subsistência e consistência. Em outras palavras, as bases para o desenvolvimento da particularidade estão na universalidade, pois as organizações particulares precisam constantemente

adaptar-se aos fundamentos universais do mercado e das regras que o regem. Assim, em relação às organizações particulares, a universalidade contém as regras de organização, de processos produtivos, de atividade e de produtos que necessariamente devem ser seguidos pela particularidade para não ser sucumbido pelo mercado. A regra máxima é ou adaptar-se ou sucumbir. Como a universalidade do mercado é dinâmica e inovadora, as instâncias da particularidade precisam atualizar-se permanentemente e correr atrás para não ficar obsoletos e não desaparecer. Para Hegel, a sociedade civil,

Na multiplicidade das determinações e dos objetos que interessam desenvolver-se a cultura teórica, não é apenas uma multiplicidade de representações e de conhecimentos, senão também uma mobilidade e uma rapidez do representar e do passar de uma representação para a outra, do apreender das vinculações emaranhadas e universais etc. — é a cultura do entendimento em geral, por conseguinte também da linguagem. A cultura prática mediante o trabalho consiste no carecimento que se produz e no hábito de ocupação em geral, em seguida, na delimitação e seu atuar, em parte, segundo a natureza do material, mas, em parte, sobretudo segundo o arbítrio dos outros, e ela consiste num hábito que se adquirir por essa disciplina de ter atividade objetiva e habilidade válida universalmente (HEGEL, 2010, § 197).

O parágrafo expressa outra dimensão da sociedade civil, a articulação entre a cultura teórica e prática. A multiplicidade de objetos e de determinações necessárias para a sustentação da sociedade civil requer uma cultura teórica ampla, complexa e profunda. Todos os objetos e atividades da sociedade civil requerem um conhecimento teórico aprofundado numa sociedade que representa uma

multiplicidade de conhecimentos. E para dar conta do sistema completo da sociedade civil, são necessários muitos conhecimentos teóricos que podem ser esboçados em instituições historicamente conhecidas como Universidades. Para a sustentação da sociedade civil, são necessários conhecimentos de nível superior que evoluem rapidamente. Nenhum teórico domina todo o saber que lhe corresponde, mas a evolução do conhecimento é um processo rápido que muda frequentemente a sua referência. A passagem de uma representação para a outra que a estrutura e o modelo geral do conhecimento se transformam rapidamente, colocando na linha de frente conhecimentos como a física, a biologia, a economia etc. A sociedade civil também é uma cultura prática pela atividade geral que ela representa, não apenas pela acumulação da força de trabalho, mas também pela organização do trabalho e da multiplicação das profissões. Dada a natureza dos objetos, há profissões adequadas para este desenvolvimento material radicadas na cultura teórica. A atividade objetiva cientificamente adequada aos objetos recebe uma qualidade e um reconhecimento universais através da oficialização em diplomas. Mas Hegel ressalta as contradições da sociedade civil:

A queda de uma grande massa de indivíduos abaixo da medida de certo modo de subsistência, que se regula por si mesmo como o necessário para um membro da sociedade, - e com isso a perda do sentimento do direito, da retidão e da honra de subsistir mediante atividade própria e trabalho próprio, - produz o engendramento da população, a qual, por sua vez, acarreta ao mesmo tempo uma facilidade maior de concentrar, em poucas mãos, riquezas desproporcionais (HEGEL, 2010, § 244).

Hegel aponta a contradição entre riqueza e miséria nunca resolvida pela sociedade capitalista. A concentração da riqueza na mão de poucos e a formação de uma massa de

excluídos da sociedade se deve à substituição da mão de obra do trabalhador pelas máquinas, diante das quais o trabalhador desenvolve apenas ações marginais. Hegel se deu conta de que na lógica da sociedade civil não é possível integrar a todos no processo de produção, pois isto produziria um volume de riqueza tão grande que a produção não teria consumidores. Poucos conseguem efetivar-se na lógica produtiva da sociedade civil, pois a exclusão é provocada pela racionalização da produção e pela exigência da qualidade técnica e do conhecimento. Como a tendência da sociedade civil é privada, as organizações produtivas concentram grandes quantidades de riquezas, enquanto a maioria não tem acesso aos benefícios do desenvolvimento econômico. Assim, as contradições que Hegel aponta no capítulo sobre a sociedade civil constituem os primeiros passos dos históricos conflitos entre capital e trabalho, da distância entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, entre o norte do planeta desenvolvido e o sul subdesenvolvido.

2.2 Filosofia do Direito e Estado

Os extremos da universalidade e da particularidade cindidos na sociedade civil são dialeticamente unificados no Estado. A unificação destes dois conceitos acontece na substancialidade ética enquanto consciência coletiva e intersubjetiva de liberdade efetivada na organização política do Estado. O Estado é uma esfera mais elevada que tem na família e na sociedade civil os seus pilares éticos e as suas determinações internas. O Estado representa a suprassunção do sentimento familiar no espírito de coletividade e da organização da sociedade civil na estruturação política. Hegel define o Estado:

O Estado, enquanto efetividade da vontade substancial, que ele tem na autoconsciência

particular elevada à sua universalidade, é o racional em si e para si. Essa unidade substancial é um autofim imóvel absoluto, em que a liberdade chega a seu direito supremo, assim como esse fim último tem o direito supremo frente aos singulares, cuja obrigação suprema é ser membro do Estado (HEGEL, 2010, § 258).

O parágrafo introduzido esboça uma das clássicas definições hegelianas do Estado. A base racional de compreensão é a compenetração entre o substancial e o particular. Ao formular a sua teoria de Estado, Hegel se confronta com o individualismo da subjetividade moderna e propõe uma noção coletiva de sociedade na qual o indivíduo é necessariamente membro de uma comunidade. A teoria hegeliana de Estado supera tanto o individualismo oriundo da subjetividade moderna e supera o estatismo coletivista que esmaga os indivíduos. A racionalidade ética significa, para Hegel, a elevação das consciências e liberdades individuais à substancialidade da universalidade que é o autofim imóvel e absoluto. Hegel não está divinizando nenhum Estado, mas é condição humana fundamental a dimensão comunitária e política que acontece na esfera do Estado. Este é resultado da universalização e substancialização das consciências e liberdades individuais entrelaçadas na multilateralidade da intersubjetividade de cuja trama resulta o Estado.

O Estado é uma instância de compenetração entre a universalidade e a particularidade. Por um lado, os sujeitos singulares se associam em grupos, e um conjunto de grupos forma uma associação comunitária e um universo de círculos comunitários forma o Estado em cujo movimento de articulação ele é estruturado de baixo para cima, da particularidade para a universalidade. Por outro lado, nos poderes constituídos e enquanto Estado nação, ele aparece como fundamento das liberdades individuais e coletivas,

pois os indivíduos e associações são a razão de ser do Estado. Hegel expõe esta dimensão ética ao colocar o Estado na posição mais elevada e mais universal, pois em relação à família e à sociedade civil aparece como totalidade ética mais ampla. Por outro lado, é o fim imanente destas instituições, pois a força imanente da família e da sociedade civil alcança efetividade ética no Estado. Isto se explica porque o sentimento familiar se desdobra na substancialidade ética do sentimento patriótico e a organização da sociedade civil se desdobra na organização política do Estado e de suas ações.

Na concepção hegeliana de Estado, o sistema das relações sociais realiza a mediação entre a universalidade, a particularidade e a singularidade. É o campo de efetivação do sistema de relações formulado por Hegel no final da Lógica da essência onde expõe a teoria da relação absoluta na relação de substancialidade, causalidade e ação recíproca; ou então no universo da Lógica da liberdade onde a teoria do conceito é estruturada em universalidade, particularidade e singularidade. No sistema ético isto pode ser traduzido em subjetividade, intersubjetividade e institucionalidade. No caso da *Filosofia do Direito*, um sujeito singular se relaciona com outros sujeitos, estes sujeitos com outros sujeitos e grupos e se estende uma teia de relacionalidade para toda a esfera do Estado. Nesta lógica, cada sujeito se relaciona com os outros, cada um com todos, todos com cada um e todos com todos, numa lógica na qual um indivíduo se desdobra multilateralmente na universalidade e totalidade do Estado, e a universalidade do sistema de relações atravessa o sujeito singular num caminho que reconduz da totalidade estatal à singularidade dos sujeitos. Este movimento fica completo com as mediações comunitárias e associações interrelacionadas e a partir das quais os sujeitos são membros do Estado. Para Hegel,

A constituição é racional na medida em que o Estado diferencia e determina dentre si sua atividade eficaz

segundo a natureza do conceito, e de fato, de modo que cada um desses poderes ele mesmo seja dentro de si a totalidade, de que eles têm e contêm dentro de si eficazmente os outros momentos, porque eles expressam a diferença do conceito, permanecem pura e simplesmente em sua idealidade e constituem apenas um todo individual (HEGEL, 2010, § 272).

A constituição é a lei máxima do Estado e ela representa a inteligibilidade racional resultante da cultura, da história, da autoconsciência de liberdade sistematizada pelo poder legislativo em forma da racionalidade da lei maior. A constituição distribui racionalmente a atividade e a estrutura do Estado de forma que a organização dos poderes seja capaz de integrar o povo como protagonista da sociedade. No parágrafo, Hegel sistematiza as relações entre os poderes do Estado a partir do viés racional da Lógica do conceito, cuja matriz básica de racionalidade é estruturada nas categorias de universalidade, particularidade e singularidade. O conceito caracteriza a inteligibilidade intrínseca da força racional na qual a universalidade da razão se determina nas diferenças da particularidade e em estruturas de totalidade. Nesta lógica, a universalidade significa a transcendentalidade e significatividade da razão em sua radical transcendência em relação à contingência do mundo; a particularidade significa a autodeterminação imanente da universalidade na multiplicidade da diferença enquanto estabelecimento de determinações internas; e a singularidade significa o retorno à universalidade, não na sua abstração e indeterminação, mas na condição da universalidade concreta ou totalidade na qual as determinações internas são interrelacionadas. Retornando à organização dos poderes do Estado, em cuja estrutura encontramos uma correspondência lógica com a Lógica do conceito, o momento da universalidade corresponde com o poder legislativo, a particularidade corresponde com o poder do governo e a singularidade corresponde com o poder do

príncipe. A universalidade do legislativo se dá pela logicidade e racionalidade das leis e dos procedimentos racionais em sua elaboração a partir da cultura do povo. A particularidade do governo se dá pela base da sociedade onde se encontram os grupos sociais, as organizações, as associações e as demandas que dali decorrem. A singularidade do príncipe se dá, não pela sua personalidade pessoal, mas pela liberdade coletiva e cidadania que representa e nas relações com outros Estados.

Conforme parágrafo acima, os poderes do Estado não estão apenas concentrados em Brasília ou em Berlin, mas se estendem por toda a base do Estado e são mediatizados pela organização e cultura do povo. A estrutura lógica do parágrafo contém uma dupla configuração de totalidade constituída na perspectiva da interdependência dos poderes. Nenhum poder é isolado e incomunicável, mas cada poder é totalidade porque contém em suas atribuições próprias as ações dos outros poderes. O conceito consiste num fluxo de racionalidade ética e política que atravessa os poderes do Estado e em cada um é considerado individualmente, convergem as ações dos outros poderes como a síntese dos mesmos. Em outras palavras, cada poder como totalidade consiste na totalidade do Estado na configuração de cada poder. Assim, por exemplo, o legislativo é totalidade porque nele o sistema político aparece na configuração da universalidade e racionalidade das leis; no poder do governo o sistema político aparece na configuração das políticas públicas e do desenvolvimento efetivo da sociedade; e no poder do príncipe a totalidade do Estado é configurada como a subjetividade da consciência política da liberdade e da cidadania. Na circularidade e interrelacionalidade dos poderes, cada qual é determinado como ponto de partida, como mediação e como conclusão do raciocínio político. Cada poder caracteriza um momento estruturante da lógica da autoatividade do Estado na constituição da substancialidade ética. Mas os três poderes

constituem totalidade única na idealidade na medida em que a substancialidade ética se distribui nos poderes cuja atividade global constitui uma estrutura indivisível e única. O resultado deste processo é a mediação universal na qual a totalidade se diferencia na multidimensionalidade dos poderes estatais e a interligação interna das diferenças é reconduzida à totalidade integradora. Para Bavaresco,

A lógica da opinião pública é, portanto, a contradição, pois o universal em si e por si, o substancial e o verdadeiro, encontram-se ligados ao seu contrário, o elemento próprio e particular da opinião da multidão. O universal encontra-se inicialmente ligado a seu contrário, o particular. Esse verbo ligar denota uma relação exterior, imediata e mecânica, cuja razão de ser se torna uma relação contraditória. Esta ligação contraditória universal-particular é inorgânica. Ela revela um nível de conhecimento da ordem da representação ou do entendimento, portanto não ainda chegado à efetividade racional. Para que ela se torne uma ligação orgânica – entre o universal do Estado e o particular da opinião da multidão – e portanto um conhecimento verdadeiro – a ação da constituição é necessária. (BAVARESCO, 2001, p. 143-4).

Não é possível entender a noção hegeliana de Estado sem o conceito de opinião pública. O povo não é objeto de manipulação como uma massa legitimadora de interesses econômicos sustentados pelo Estado, que não é um aparelho ideológico de manutenção de uma estrutura social estabelecida pelo viés do poder econômico. A opinião pública parte do esclarecimento do povo em relação aos assuntos políticos e ao Estado como um todo, pois no dia a dia ele desenvolve um conhecimento político que assegura a liberdade e a cidadania. Do ponto de vista epistemológico, o parágrafo acima indica a contradição entre a substancialidade

do verdadeiro e a acidentalidade da opinião. O aspecto do verdadeiro consiste na lógica da Constituição e das leis, enquanto a acidentalidade da opinião é uma manifestação da substancialidade racional. Em outras palavras, o verdadeiro e a universalidade empírica da opinião são dois aspectos da mesma realidade, numa lógica semelhante àquela exposta por Hegel na *Lógica da essência*, onde o filósofo conjuga substancialidade e acidentalidade, essencialidade e fenomenicidade, essência e aparência. A lógica política aparece na forma típica da opinião pública como manifestação nas condições do raciocínio e do linguajar cotidiano.

2.3 Eticidade e economia

Para Hegel, uma das principais instâncias de articulação da sociabilidade é o Estado. Por esta razão, qualquer hipótese de extinção do Estado, tão sustentada pelo neoliberalismo, teria como objeto o enfraquecimento da sociabilidade do homem e o desaparecimento da ética. A organização da *Filosofia do Direito*, especialmente a sequência lógica de sociedade civil e Estado, é uma evidência da primazia da ética sobre os interesses privados e a economia. Porém, parece que a posteridade hegeliana inverteu os termos da ética hegeliana que submete os Estados históricos a uma lógica de mercado perversa. Teceremos aqui algumas considerações gerais acerca da lógica do domínio da economia e do mercado em relação aos Estados. Em função da globalização da economia e da lógica empresarial de maximização dos lucros, os Estados não conseguem mais dar conta minimamente de suas atribuições mais elementares. Em muitos casos predomina a lógica segundo a qual o Estado é transformado em instância de legitimação legal de interesses econômicos e os que ocupam as funções nos diferentes poderes o instrumentalizam numa lógica estritamente econômica. Em temos hegelianos, a política é

subordinada à lógica econômica na qual os homens públicos estão muito mais preocupados com interesses privados e econômicos que com a causa pública.

Os Estados atuais estão inevitavelmente inscritos na lógica da globalização da economia, das regras econômicas e da financeirização do mundo. Os gestores dos Estados estão muito mais empenhados em indicadores econômicos de estabilidade financeira e com o fluxo dos preços comparativamente em sua própria função social. O sistema econômico internacional, organizado no sistema financeiro dos bancos, das grandes corporações econômicas multinacionais e transnacionais e da circularidade ampla do comércio internacional, transcende ilimitadamente as condições dos Estados nacionais subordinados a esta lógica capitalista. As chamadas economias nacionais, antes de proporcionar condições fundamentais de vida às populações, particularmente subdesenvolvidas e em desenvolvimento, estão inteiramente subsumidas nesta lógica totalitária do mercado porque são obrigadas a aplicar sistematicamente políticas econômicas impostas por organismos sustentadores do chamado sistema neoliberal. Muitas nações, pobres em relação a sua própria população, são ricas na perspectiva transnacional, pois fornecem mão-de-obra barata e matéria prima para a indústria de outros países. Neste contexto, muitos Estados são atropelados pela lógica neoliberal de financeirização do mundo, pois estão mais preocupados com os índices do Produto Interno Bruto, das taxas de câmbio, com as taxas de juros, com as dívidas interna e externa, das reservas internacionais em comparação com o bem-estar da população. Em muitas circunstâncias, a ocupação com indicadores macroeconômicos reduz o povo a uma massa legitimadora do sistema econômico vigente.

Uma expressão evidente da subordinação dos Estados ao sistema macroeconômico do capitalismo globalizado é a dívida interna de muitas nações. A grande maioria dos Estados têm índices internos de endividamento

que excedem ao valor do Produto Interno Bruto. A configuração atual do sistema econômico capitalista criou um mecanismo financeiro segundo o qual a troca de dinheiro por dinheiro não é uma troca imediata que se equilibra por si mesma, mas ela representa altos custos financeiros. O mecanismo de circulação da moeda gera um endividamento interno que faz dos Estados reféns da lógica bancária e reduz drasticamente a capacidade de efetuar investimentos sociais. O índice de endividamento de grande parte dos Estados excede significativamente a capacidade de superação desta limitação. Em não raros casos, a principal meta dos Estados é reduzir quantitativamente os índices de endividamento, subordinando-os à lógica financeira.

Na composição lógica e ética que estabelece a sequência sociedade civil e Estado, merece consideração a condução de pessoas individuais às funções estatais, especialmente na condição de deputados, senadores, chefes do executivo aos seus respectivos cargos. Para Hegel, estas funções estatais são estabelecidas mediante comprovação da efetiva capacidade de ação dos melhores quadros da sociedade civil integrados para as funções tipicamente estatais. O que se vê nas eleições atuais são os partidos políticos como representantes de interesses econômicos de setores da sociedade, que financiam campanhas eleitorais para cargos políticos representativos de grupos econômicos bem definidos. O resultado disto é o alto índice de representatividade das classes economicamente mais privilegiadas e a representação mínima das classes menos favorecidas. O próprio Congresso Nacional como a grande casa do povo e do espírito público universal se transforma em instância legitimadora dos interesses econômicos de uma pequena minoria privilegiada. A distância entre governo e povo é um desdobramento necessário da tendência do viés estritamente econômico de estabelecer no Congresso e no governo os “representantes” do povo. O resultado é que certas classes econômicas altamente privilegiadas têm

significativa representação no Congresso, enquanto massas de minorias não são representadas e não têm voz política.

Na visível inversão dos termos sociedade civil e Estado operada pela sociedade neoliberal, os Estados se transformaram prioritariamente em agentes econômicos que prevalecem sobre a sua função social. Em muitos casos, os “representantes” do povo são delegados do poderio econômico, de grandes corporações nacionais e transnacionais, e impedem sistematicamente a realização de políticas públicas historicamente necessárias para o desenvolvimento das nações. Nestas condições, o Estado se transforma num campo de luta pelo poder para proporcionar privilégios econômicos a grupos, desdobrando-se na estrutura das relações sociais. Os campos de interesse pelo poder se transformam em conflitos sociais e penetram na organização interna das instâncias comunitárias mais elementares. Nesta lógica, compromissos econômicos com bancos, com agentes de especulação financeira e com regras econômicas globais são rigorosamente cumpridas, enquanto não se verificam avanços qualitativos em educação, saúde, segurança e em políticas públicas em geral. Por esta via, constitui-se uma sociabilidade mediatizada pela força do poder econômico no interior do qual a principal ocupação dos “sujeitos” sociais é com indicadores estritamente econômicos. A tendência é o enfraquecimento e desaparecimento de organizações comunitárias eticamente constituídas para além da estrutura material que se transforma na principal referência e mediação social.

O título acima é intencionalmente provocador. Um aprofundamento desta temática nos remete à discussão problematizadora entre Hegel e Marx. Com uma base lógica comum, pois o pensamento de Marx remete à *Ciência da Lógica* hegeliana, particularmente à Lógica da essência, o centro de gravidade se distingue entre a interpretação ético-política da História e a interpretação econômica da História,

entre opinião pública e ideologias sociais, entre consciência filosófica e História da Filosofia e alienação social, entre progresso da consciência da liberdade e a coisificação das relações sociais etc. Nos tempos posteriores a Hegel, a lógica econômica do grande capital, ao enfraquecer os Estados históricos, também desestruturou as relações sociais e a eticidade, com a absorção da própria eticidade pela lógica do capital. Partindo da denominação hegeliana, como o Estado não é mais agente de socialização, a sociedade capitalista transforma a estrutura das coisas numa lógica de subjetividade e de intersubjetividade, com a concomitante coisificação das pessoas e das relações sociais. O sistema econômico é constituído por estruturas, círculos e processos contínuos e complexos que se atualizam permanentemente em movimentos cíclicos, enquanto a sociabilidade assume contornos individualistas e privatistas. A simples produção de uma máquina, por exemplo, envolve longos processos e vários setores da produção, enquanto os sujeitos não conseguem mais se reconhecer na perspectiva das relações sociais mais amplas. A lógica das coisas vem revestida de um poder diante do qual os sujeitos se transformam em objetos que simplesmente apreendem as funções dos objetos, invertendo os polos epistemológicos de subjetividade e de objetividade. Em outras palavras, com a instrumentalização do Estado pela lógica econômica e dos interesses do grande capital, a substancialidade ética é subsumida para dar lugar aos interesses econômicos.

3 Globalização econômica e Direito internacional

A *Filosofia do Direito* hegeliana não é uma apologia do Estado, muito menos do modelo prussiano. Como muitos são levados a pensar, o Estado seria o poder absoluto sobre a terra e, por consequência, Hegel teria absolutizado incondicionalmente este poder. Mas é só abrir as páginas da obra hegeliana para constatar a sequência sistemática da

argumentação no “Direito Estatal Externo” e na “História Mundial”, em cujo cenário mais amplo os Estados são situados no tempo histórico e num contexto de uma multiplicidade de Estados. E para começar com este ponto, há uma diferença metodológica significativa entre a estrutura da *Filosofia do Direito* e da Filosofia da História. Conforme enfatizado no começo do artigo, a *Filosofia do Direito* enfatiza o processo de complexificação e de universalização concreta das determinações da eticidade, desde a família até o Estado e a História mundial. Do ponto de vista lógico, esta sistemática registra um processo intrínseco de desenvolvimento e de autodeterminação no qual as determinações posteriores superam as indeterminações das anteriores. Já a Filosofia da História universal reconstrói criticamente o processo histórico de sucessão das épocas históricas e das civilizações como um progresso da consciência de liberdade, também marcado pela sucessiva universalização concreta da liberdade.

Apesar da diferença entre as formas de exposição, a Filosofia da História e a *Filosofia do Direito* convergem metodicamente. Do ponto de vista sistemático, a Filosofia da História aborda o desenvolvimento vertical da História a partir do fio condutor da liberdade que se expõe em diferentes esferas de civilizações, particularmente em estruturas institucionais que efetivam a liberdade humana. O progresso da consciência de liberdade culmina no longo império germânico que pode ser simplificado na sociedade moderna na qual coincidem a consciência de liberdade e a efetivação da liberdade, pois não se justifica mais nenhuma forma de escravidão. Uma expressão jurídica deste sistema universal de liberdade pode ser exemplificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada mais de um século depois da morte de Hegel e que carrega em si a universalidade da liberdade. Por outro lado, a *Filosofia do Direito* é horizontalmente organizada, pois o seu sistema de liberdade ocupa a plataforma global das relações

internacionais e interestatais do período de Hegel e da atualidade. Neste momento, um determinado Estado histórico está inserido num contexto de questões éticas universais e numa multiplicidade de Estados particulares cuja trama de interrelacionalidade constitui um sistema de eticidade. Por este viés, a *Filosofia do Direito* e a Filosofia da História convergem sistematicamente, apesar da diferença metódica de suas exposições. A *Filosofia do Direito* culmina a sua exposição no sistema da Filosofia da História universal como o círculo mais amplo e complexo, enquanto a Filosofia da História culmina a sua exposição no sistema de eticidade da modernidade. Conjuntamente, as duas obras integram a complexidade do desenvolvimento histórico das civilizações e a multidimensionalidade cultural da atualidade histórica distribuída em múltiplas culturas e múltiplos Estados históricos congregados sob o prisma da eticidade universal.

Os princípios dos espíritos dos povos, por causa de sua particularidade, em que eles têm sua efetividade objetiva e sua autoconsciência enquanto indivíduos existentes, são, em geral, delimitados, e seus destinos e seus atos, em sua relação uns aos outros, são a dialética fenomênica da finitude desses espíritos, a partir da qual o espírito universal, o espírito do mundo, produz-se tanto como indelimitado quanto é ele que exerce neles o seu direito, - e seu direito é o mais elevado de todos, - na história mundial, enquanto tribunal do mundo (HEGEL, 2010, § 340).

A manifestação do Espírito na História não se limita a um Estado particular, como apontam, por exemplo, as interpretações vulgarizantes acerca da legitimação por parte de Hegel do Estado prussiano, mas na eticidade desenvolvida pelo conjunto de Estados. Os parágrafos dedicados por Hegel ao Direito internacional e às relações entre os Estados destacam a autonomia de cada nação em relação às outras, ao mesmo tempo em que as abre na

perspectiva do reconhecimento. A condição fundamental para que um povo seja configurado como Estado é a sua capacidade de reconhecimento dos outros povos como Estados. A autonomia de um consiste na liberdade de organização interna enquanto outras nações são proibidas de qualquer ato de invasão e, por outro lado, são constantemente interpeladas a incorporar questões universais e atualizar questões éticas. Hegel é categoricamente contra qualquer ato ou pretexto de invasão de um país em território de outro, tal como, por exemplo, a invasão exercida pelos Estados Unidos no Iraque, ou de ações arbitrárias como a morte de Saddam Hussein e Bin Laden. É, portanto, inconcebível para o filósofo qualquer ação de dominação de um Estado em relação a outros, ou a dominação sistêmica do chamado primeiro mundo em relação ao segundo e ao terceiro. Muito diferente é constatar a existência de Estados mais avançados em relação aos outros em função do grau de desenvolvimento ético e político. Neste sentido, há Estados mais avançados em Direitos Humanos, em organização estatal, em consciência coletiva, em políticas públicas, em conhecimento e educação, em saúde em relação a outros mais atrasados nestas questões. Para Hegel, isto é inevitável porque nem todos os povos e Estados são iguais, pois o desenvolvimento depende da índole do povo.

Um dos conceitos fundamentais da Filosofia da História hegeliana é a distinção realizada pelo filósofo entre espírito dos povos e espírito do mundo. O espírito do povo consiste na consciência que um determinado povo tem de sua história, de sua cultura, de sua organização política e que se desdobra no desenvolvimento cultural deste povo. É o espírito patriótico que dá ao povo uma estrutura mais consistente de sociabilidade a partir da qual organiza a sua vida social em organizações sociais, políticas e econômicas e que resulta numa consciência história esclarecida. O espírito do mundo, em contrapartida, pode ser caracterizado como

uma racionalidade filosófica e crítica proveniente da História universal e transcendente à contingencialidade dos diferentes povos e Estados. O espírito do mundo é intempestivo na medida em que destrói concepções de mundo obsoletas, destrói estruturas políticas e sociais engessadas, supera determinações históricas cristalizadas e constrói novas concepções e novas determinações históricas. O espírito do mundo é como um fogo heraclítico que queima e destrói permanentemente tudo, e nesta ação devastadora vai constituindo novas determinações de pensamento, de politicidade e de historicidade. Esta universalidade racional interpenetra e atravessa os Estados particulares enquanto componente fundamental da totalidade relacional que os coloca em interação constante. O processo de transformação permanente legada pelo contexto da modernidade em sempre novos sistemas políticos e estruturas de sociabilidade se dá à ação do espírito universal que age no mundo através da dinâmica de destruição e criação. Não se trata, evidentemente, de uma força extraterrestre que age num mundo decaído, mas de uma força intrínseca universal que transforma o mundo e a história a partir de sua inteligibilidade racional.

No limiar da *Filosofia do Direito* Hegel constrói um conceito de Direito internacional. Conforme texto acima, a dialética entre os espíritos dos povos e dos Estados históricos produz o espírito universal que transcende as limitações destes espíritos. A pergunta é esta: se os Estados devem julgar arbitrariedades cometidas por corporações da sociedade civil, quem julga os Estados que não cumprem a sua missão na promoção dos Direitos Humanos e da Ética? Para Hegel, o Direito internacional é a instância jurídica e ética máxima responsável por julgar os Estados que não cumprem acordos internacionais e não zelam pela liberdade e os Direitos Humanos básicos. Isto significa dizer que a manutenção de trabalho escravo, situações de analfabetismo, ignorância coletiva, situações materiais de pobreza extrema

e de miséria são passíveis de condenação em instâncias internacionais. Mas o Direito internacional como instância jurídica do espírito do mundo não tem apenas um viés punitivo e restritivo, mas é uma esfera regulativa das relações internacionais em bases ético-políticas globais. Em linguagem atual, a instância do espírito do mundo age para integrar a multiculturalidade que Hegel identifica nos múltiplos Estados culturalmente diferenciados, e a interculturalidade como um sistema de relações entre os povos politicamente organizados em Estados. Nesta lógica, cada povo deve organizar-se internamente em forma de Estado e criar as condições para uma liberdade coletiva, e abrir-se para o tempo atual e para os outros Estados nas bases éticas das relações internacionais. Talvez seja possível esboçar um silogismo a partir destes componentes, começando pelos Estados considerados em sua individualidade e subjetividade histórica, partindo para a mediação do sistema de Estados organizados em relações de federações de Estados e no sistema de Estados como intersubjetividade internacional e concluindo com a universalidade do espírito do mundo que transcende a todos e os perpassa epistemologicamente. Continuamos com Hegel

O elemento do ser-aí do espírito universal, que na arte é intuição e imagem, na religião, sentimento e representação, na filosofia, pensamento livre, puro, na história mundial é a efetividade espiritual em todo o seu âmbito de interioridade e exterioridade. Ela é um tribunal porque na sua universalidade sendo em si e para si o particular, os Penates, a sociedade civil-burguesa e os espíritos dos povos, em sua efetividade matizada, apenas são enquanto ideal, e o movimento do espírito nesse elemento é expor isso (HEGEL, 2010, § 341).

A abrangência deste parágrafo conclusivo da *Filosofia do Direito* é ampla e complexa. Por um lado, indica o espírito universal como imagem na arte, como representação na religião e como pensamento puro na filosofia. Mas o importante é destacar que o espírito universal tem a sua efetividade espiritual na história universal, não como se o espírito universal fosse uma idealidade absoluta pressuposta e a história universal uma estrutura de efetividade exterior e posterior, mas ela caracteriza a relação de equioriginaridade entre a interioridade da Ideia absoluta e a exterioridade da efetividade histórica. Isto significa dizer que a interioridade do espírito universal é a racionalidade imanente da história e a exterioridade a estrutura das épocas e civilizações. Por este viés, o espírito universal é imanente à história universal, mas transcendente à contingencialidade empírica dos fatos e acontecimentos no seu transcorrer cronológico imediato. Aquele não permanece inalteravelmente igual no exercício de sua mediação no desenvolvimento histórico, nem se esvazia no movimento de determinação concreta, mas realimenta a reflexividade e inteligibilidade no processo de particularização e autodeterminação histórica. Por outro lado, a efetividade histórica caracteriza a “exterioridade” do sistema de sociabilidade, da cultura, das instituições sociais, do sistema de ideias de uma determinada civilização. A efetividade espiritual, conforme parágrafo acima introduzido, caracteriza o círculo da interioridade e da exterioridade enquanto polaridades de um mesmo sistema que se transformam um no outro, se diferenciam reciprocamente e retornam a si mesmos a partir do outro.

Para Hegel, o espírito universal regula as relações internacionais e julga os Estados que não cumprem requisitos éticos mínimos. Aliás, Estados que mantêm em seu interior a escravidão e violam os direitos humanos básicos e universais são julgados e condenados pelos povos. Os Estados que avançaram na promoção dos direitos humanos e proporcionam condições para a construção da

liberdade das pessoas serão internacionalmente reconhecidos. Assim, o espírito universal desenvolve uma atividade de regulação positiva da eticidade e pune os Estados que não são capazes de realizar a lição de casa no campo da ética e dos direitos humanos.

Com a constituição da sociedade capitalista nos tempos pós-hegelianos, a universalização da ética e da liberdade para todos os povos fica enfraquecida. Enfatizamos no presente ensaio a inversão da ordem lógica proposta por Hegel de sociedade civil e Estado pelo modelo de produção capitalista que coloca em primeiro plano a produção material e o lucro. Numa primeira aproximação ao problema, a sociedade capitalista produziu a coisificação dos homens e das relações sociais e transformou num sujeito absoluto a força do capital. Seria relevante o desenvolvimento de um estudo comparativo entre Hegel e Marx com relação a esta questão, pois aquele enfatiza o desenvolvimento da lógica da liberdade e a sua exteriorização nos sistemas da sociedade, da cultura e nas estruturas de pensamento filosófico, enquanto este dá ênfase ao sistema do capital que tem como consequência a fragmentação das relações sociais. Por outra via, a distinção fundamental entre os dois filósofos está na fundamentação do sistema filosófico por parte de Hegel na perspectiva da Lógica do conceito que se desdobra no sistema ético, na intersubjetividade universal enquanto universo de relações multilaterais entre sujeitos históricos e povos. Por sua vez, como os marxistas têm como viés de articulação a estrutura argumentativa e a significação racional da Lógica da essência, a consequência é a ênfase no sistema de objetividade material concretizado na estrutura e no movimento do modelo produtivo capitalista. Qualquer analogia do pensamento marxista com a perspectiva da abordagem hegeliana da liberdade cujo sistema lógico é exposto na Lógica do conceito, resulta na ilusão provocada no universo da circulação do dinheiro, dos juros e na autovalorização do

valor. Diante deste mecanismo monetário, a subjetividade humana fica reduzida a uma mercadoria de segunda qualidade.

Entre a Lógica hegeliana traduzida no sistema de liberdade exposta na Filosofia da História e na *Filosofia do Direito* e a proposta da sociedade capitalista há uma antinomia radical. Para Hegel, o processo de constituição da liberdade e da autoconsciência dos sujeitos individuais é coextensivo ao processo de constituição da sociabilidade, na condição de um sistema de intersubjetividade e na constituição das culturas. Em outras palavras, quanto mais consistente a subjetividade humana, mais amplo e mais complexo é o sistema de intersubjetividade e de coletividade. A transsubjetividade da consciência histórica coletiva é resultante da sistemática de intersubjetivação dos sujeitos em cujo sistema os próprios sujeitos individuais se constituem. Mas uma contrapartida desta abordagem inverte os mesmos termos no interior da sociedade capitalista. Na comparação entre a lógica hegeliana e a lógica marxista, mesmo que semelhantes na organização do método dialético nas estruturas históricas, o viés marxista aponta para uma radical antinomia entre, por um lado, a lógica da subjetividade e intersubjetividade e, por outro, a constituição do sistema capitalista estruturado na tríade de capital produtivo, capital financeiro e capital mercantil. A antinomia consiste em destacar o desenvolvimento da estrutura do capital como diametralmente antitético à liberdade dos sujeitos e da intersubjetividade comunitária. A objetividade do capital e da circularidade entre as modalidades resulta na “subjetividade” absoluta do capital e na coisificação dos sujeitos humanos. Aqui é possível afirmar que, quanto mais avançados os processos produtivos e de troca de mercadorias, mais desumanizado e coisificado fica o ser humano.

Uma avaliação crítica do cenário da globalização pelo viés hegeliano indica o enfraquecimento da universalização

da eticidade, da liberdade, do direito e da solidariedade. A política, tanto na dimensão das relações internas ao Estado, quanto na dimensão continental e internacional, é subordinada aos interesses econômicos. Da contemporânea separação entre ética e política resulta a arte da articulação dos interesses econômicos nas instâncias oficiais do poder político, e o enfraquecimento das questões éticas. Diante deste cenário, questões éticas internacionais atuais como a preservação do meio ambiente, liberdade e autonomia dos povos, direitos humanos e liberdade de expressão são avassalados pelo poder econômico das classes mais favorecidas. Acordos éticos universais resultantes das discussões em organismos internacionais perdem força diante do poder invisível da lógica econômica na qual é neutralizado tudo aquilo que não integra este mecanismo. A lógica econômica se transformou num poder absoluto sobre a terra sem nenhuma força de contrapartida do direito, do Estado e das decisões internacionais. A força da economia e do capital se transformou numa lógica intensa e abrangente como o era a religião em épocas medievais, numa incondicionalidade dominadora que subjuga a política, a sociedade, a cultura e a religião como sustentadoras de tal poderio.

Na consideração da sociedade globalizada, apontamos algumas diferenças estruturais da filosofia hegeliana que representa um referencial crítico em relação ao modelo econômico estabelecido. A História da Filosofia e o pensamento filosófico sistematizado em sistemas filosóficos se transformam no interior da sociedade capitalista em ideologia sustentadora do modelo econômico. A capacidade de interpretação filosófica da realidade, no sentido de compreendê-la na forma de pensamento filosófico, aparece na sociedade capitalista como uma abstração ideologizante. A Ética hegeliana, particularmente esboçada na *Filosofia do Direito*, perde a sua validade e aparece em forma de interesse econômico como o principal móvel da sociedade. O

conceito hegeliano de liberdade como racionalidade intrínseca da história e o desdobramento dela na efetiva organização social e política, aparece no interior do modelo capitalista como um sistema de coisificação social. Nesta perspectiva, o fio condutor hegeliano que tem no reconhecimento e na intersubjetividade a lógica da complexidade e macrossistematicidade social, desaparece diante do sistema das trocas comerciais, e as relações entre os sujeitos sociais dão lugar às relações entre coisas, sistemas produtivos e entre as macrodeterminações estruturantes do sistema capitalista.

Hegel estrutura a sua filosofia na perspectiva das determinações da liberdade. Como já indicamos, o viés hegeliano não é individual, mas a liberdade constitui-se pelo viés social e histórico. A *Filosofia do Direito* é uma exposição sistematicamente ordenada das determinações da liberdade, e a *Filosofia da História* é uma exposição acerca da evolução histórica da liberdade mediatizada pelas épocas e civilizações. São determinações históricas e sistemáticas da liberdade os Estados individuais, as relações éticas entre os Estados, os acordos internacionais, conquistas históricas como a Reforma Protestante, a Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos etc. A sociedade globalizada é claramente pautada na constituição de determinações materiais como as revoluções produtivas, os avanços tecnológicos, a produtividade econômica, o comportamento material, os avanços do Produto Interno Bruto etc.

A confrontação da concepção e estruturação da Ética hegeliana com a sociedade capitalista globalizada da atualidade põe o paradoxo do enfraquecimento e desarticulação da esfera internacional do Direito, sem forças para contrapor à lógica do capital. Inclusive, muitas determinações do Direito são legitimadoras da globalização econômica. Na atualidade, o modelo produtivo capitalista dispõe de mecanismos abrangentes que escapam a qualquer

esfera de organização do Direito e de seus procedimentos, deixando sem efetividade muitas decisões em instâncias internacionais. Quando se trata, por exemplo, de acordos internacionais relativos à preservação ambiental e diminuição da poluição das águas e do ar, a tendência é que isto não se concretize pela força das corporações transnacionais e do grande capital. Pelo menos até o momento histórico presente, o modelo produtivo capitalista sempre teve como coluna de sustentação os impactos sobre o meio ambiente. Em outras palavras, diante das arbitrariedades éticas e ambientais proporcionadas pela globalização da economia, não há Direito com capacidade de regulação. A Organização das Nações Unidas, com os seus organismos, não tem o poder de fazer frente a tantas violações contra a ética e os Direitos humanos.

Impulsionado pelo conhecimento e pela tecnologia, o sistema de produção econômico visa à produção material de manufaturados e o consumo de massa. Os mecanismos produtivos seguem uma lógica de produção universal, extrapolando as fronteiras políticas de nação, de cultura e de continente. Em qualquer espaço e em qualquer estabelecimento comercial ficam visíveis empresas transnacionais que vendem produtos em todo o planeta e podem ser interpretados mecanismos de produção e de troca universais. Nesta abrangência da esfera econômica predomina a lógica da produção, do consumo e do lucro, em quase detrimento de questões éticas e de Direito. Por outro lado, uma possível hipótese de universalização da liberdade e do Direito segue outra lógica, pois o processo de autoconstrução do ser humano em sociedade é mais difícil que os mecanismos globais de produção e distribuição econômica. Na atual configuração histórica das relações internacionais, instâncias éticas e políticas facilmente sucumbem diante da força impositiva da lógica econômica, de forma que a ética não tem força reguladora das ações econômicas. De forma global, o sistema econômico se regula

a si mesmo a partir de uma lógica que lhe é própria, com a exposição de suas múltiplas contradições que parecem ser necessárias para o seu desenvolvimento. Com a estrutura lógica da *Filosofia do Direito* proposta por Hegel na sequência de sociedade civil, Estado e História mundial e a inversão desta lógica pelo modelo produtivo atual que tem na financeirização a sua universalidade máxima, não invalida a concepção hegeliana de eticidade. A leitura da *Filosofia do Direito* contribui para uma constante reposição das questões éticas e para a postura crítica diante do sistema econômico estabelecido.

4 Considerações finais

O artigo tentou formular a concepção hegeliana de Filosofia do Direito e a sua relação com o contexto atual de globalização e do mercado. Fica claro que a sociedade global pós-hegeliana quebrou com a noção de ética ao separar ética e política e ao transformar o Estado numa instituição legitimadora de interesses econômicos e de privilégios de uma pequena minoria. Por outro lado, a Ética hegeliana, esboçada na *Filosofia do Direito*, continua como um referencial para pensar a Ética na atualidade e como uma instância crítica de formas atuais de organização política. A Ética hegeliana continua como uma base teórica para discutir as relações entre ética e economia, entre sociedade civil e Estado, entre público e privado, entre individualidade e totalidade etc. Se a história pós-hegeliana tomou rumos diferentes da concepção de sociabilidade desenhada por Hegel na *Filosofia do Direito*, em nada desmerece a validade e atualidade daquela obra, pois a discussão de questões éticas deve passar pela obra do filósofo.

Enfatizamos ao longo do artigo importantes determinações éticas que estruturam a *Filosofia do Direito* hegeliana. A sequência sistemática estabelecida por Hegel tem a sua significação ética, pois a hipótese de colocar

Estado acima da sociedade civil significa a primazia da ética em relação à base material da sociedade desenvolvida na economia. Para a constituição do Direito e da Liberdade enfatizamos a importância das organizações sociais, pois uma sociedade civil forte e organizada é um indicativo de sociedade eticamente avançada. Outra determinação ética evidenciada no texto é a concepção hegeliana de Estado e o seu lugar no todo da *Filosofia do Direito*. A significação histórica do Estado é a integração dialética entre indivíduo e sociedade, entre sujeito e totalidade, entre liberdade subjetiva e institucionalidade, entre organização estatal e organização social etc. O indivíduo, centralizado em sua interioridade e subjetividade, conforme legado do pensamento filosófico moderno, recai no vazio da indeterminação. O Estado é, para o filósofo, a expressão da organização política e social a qual, necessariamente, o indivíduo deve integrar. Outra unidade ética destacada no artigo é o espírito universal constituído na esfera jurídica do Direito internacional. Como instância máxima de regulação das relações éticas internacionais e meio de estruturação de uma base ética universal, é uma esfera ética necessária para a superação de todas as formas de escravidão.

Referências bibliográficas

- BAVARESCO, Agemir. *A fenomenologia da opinião pública. A teoria hegeliana*. São Paulo: Loyola, 2003.
- BAVARESCO, Agemir. *A teoria hegeliana da opinião pública*. Porto Alegre: LPM, 2001.
- BAVARESCO, Agemir. *O movimento lógico da Opinião Pública*. São Paulo: Loyola, 2011.
- HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (1830)*. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Loyola, 1995a. 3 v.

- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Hamburg: Felix Meiner, 1999.
- HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. Trad. de Paulo Meneses, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

*Sobre a (falsa?)
Polêmica entre
internacionalistas e
soberanistas sobre as
relações entre direito
internacional e direito
nacional: um estudo a
partir dos core crimes*

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

1. Bases para a discussão do problema: *pólemos* e teoria crítica

Não existe um assunto mais debatido no plano das relações entre direito nacional e direito internacional do que a soberania²³, polêmica que opõe em polos distintos

²³ “Uma palavra que se repete frequentemente nos escritos dos seguidores de Vattel é “soberania”, e é duvidoso que qualquer outra palavra tenha causado tanta confusão intelectual e conflito [lawlessness]

soberanistas e internacionalistas, oposição, ademais, que parece excluir uma via conciliatória, bastando lembrar, para fins de pontuação, a distinção conceitual entre monistas²⁴ e dualistas²⁵ no que diz respeito às relações entre direito internacional e direito interno.

Em síntese, a doutrina dualista de Triepel pode ser compreendida na figura da **ponte** entre o direito nacional e o direito internacional²⁶. Ponte porque, em sua concepção, direito nacional e direito internacional são dois sistemas jurídicos independentes um do outro, cada qual regendo relações jurídicas distintas, a partir de fontes jurídicas distintas. No direito nacional as relações entre sujeitos privados entre si, ou entre indivíduos e o Estado; o direito internacional tão somente regendo relações entre Estados soberanos, formalmente iguais em sua soberania, donde a inexistência de qualquer subordinação entre os mesmos (*tertio supra partes non datur*). No que concerne às fontes, em Triepel este conceito é ambíguo, já que tanto se reporta, originariamente, à vontade legiferante, vale dizer, a competência estatal para criar normas cogentes para os sujeitos submetidos à sua jurisdição, e na esfera internacional, a capacidade jurídico-internacional de os Estados, concertadamente (nesse sentido que podemos entender a expressão alemã “*Vereinbarung*”, diverso dos atos sinalagmáticos como o contrato), criarem normas jurídicas que regem as suas relações recíprocas, havendo, pois, uma distinção entre união (*Vereinbarung*) e fontes formais do

internacional”. AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt's modern introduction to internacional law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997, p. 17.

²⁴ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 14, pp. 227-332, 1926.

²⁵ TRIEPEL, H. **Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 1, pp. 73-122, 1923.

²⁶ TRIEPEL, **Les rapports entre...**, p. 78.

direito internacional, costumes e tratados internacionais. Assim, para Triepel, se se fala em relação, é porque direito interno e direito internacional são campos distintos de juridicidade.

Já para a escola monista, em especial no pensamento de Kelsen, a relação entre direito internacional e direito interno se funda a partir da assunção de que o sistema jurídico não pode ser compreendido como sendo conformado por dois sistemas de normas independentes e igualmente válidos (que é a tese central do dualismo), mas sim de um sistema unitário de normas fundadas, hierarquicamente, sobre uma norma fundamental hipotética, cuja finalidade, no plano formal-lógico, é a de dar um fechamento ao sistema normativo, de forma a se evitar o *regressum ad infinitum*²⁷. Com isso, evita-se, de um lado, o pluralismo jurídico, e de outro, a ofensa aos princípios fundamentais do pensamento sistêmico, que é a de unidade e coerência no sistema normativo. Especificamente em relação a este último atributo, desempenhará um papel importante os critérios de solução de antinomias normativas – hierarquia, especialidade e cronologia. No que alude à relação entre direito internacional e direitos nacionais, Kelsen, afirmando a unidade sistemática do sistema normativo, irá reconhecer, assim como o faz em relação ao sistema normativo do estado federativo, a existência de uma ordem jurídico total – a ordem da sociedade internacional – e ordens jurídicas parciais – os diversos ordenamentos nacionais. O que permite a coerência e unidade do sistema são as regras de **coordenação** e de **subordinação**²⁸. Esta porque os ordenamentos nacionais estão submetidos ao direito internacional; coordenação porque, salvo as hipóteses específicas do direito internacional geral comum, porque a autonomia legiferante das unidades parciais é assegurada

²⁷ KELSEN, *Le rapports de système...*, *passim*.

²⁸ KELSEN, *Le rapports de système...*, pp. 263 *et seq.*

pelo direito internacional, que delimita, territorial e juridicamente, a esfera de validade desses ordenamentos parciais.

Assim compendiadas as teses, convém perceber, entretanto, que o termo *polêmica* (do gr. *Polemikós* (πολεμικός)), tal como aqui empregado, se reporta em seu étimo a *Pólemos* (Πόλεμος, derivado de *pelomai* – πελομαι –, do qual se originaram, por exemplo, *to bustle*, alvoroço, controvérsia, briga etc) – que originalmente indicava ao *daimon* da guerra e da discórdia, e que por derivação metonímica, passou a nomear o próprio fato da discórdia, da guerra.

Trata-se, além disso, da identificação de uma forma de guerra – entre Estados –, e não da discórdia intestina, a guerra civil que assombrou a Grécia por toda a sua existência²⁹, identificada pelo termo *stasis* (στάσις, derivado de *istemi* (ιστεμι), o ato de elevar-se, ficar firmemente de pé, do qual derivou, v.g., *stasimos* (στάσιμος), o trecho em uma tragédia em que o coro ficava em pé e falava. *Sta* (στά), assim, é aquele que fica de pé e pronuncia o juramento).

Em outros termos, soberanistas e internacionalistas, monistas e dualistas, se colocam em polos distintos, **como se** habitassem, figurativamente, estados diversos que se combatem numa guerra sem trégua e que somente cessará quando um dos contendores for definitivamente derrotado.

Faz-se essa digressão linguística para pôr em questão o próprio fato de sua origem, e que somente pode ser encontrada no âmbito da discórdia discursiva entre soberanistas e internacionalistas, e que resta melhor compreendida ao se utilizar de um referencial da teoria crítica. No presente trabalho, este referencial será a fase genealógica de Michel Foucault.

²⁹ ARENDT, Hannah. **On revolution**, New York: Viking Press, 1963, p. 15.

Pois bem. Michel Foucault nesta fase de sua obra, também conhecida por analítica do poder, tendo abdicado a análise substancialista de compreensão dos problemas da filosofia política – O que é o poder? O que é a soberania? O que é o direito? etc -, adota um procedimento no qual ele passou a perquirir sobre o “como do poder”³⁰:

O que tentei investigar [...] foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. [...] A questão fundamental da filosofia política poderia ser esquematicamente formulada nesses termos: como pode o discurso da verdade [...] fixar os limites de direito do poder? Eu preferiria colocar uma outra, mais elementar e muito mais concreta em relação a esta pergunta tradicional [...]: de que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade? [...] Afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder [...].

Assim, a perquirição pelo “como do poder” se constitui no método que permitiu a Michel Foucault apreender um ponto central que media dois polos distintos: num, as regras de direito que delimitam formalmente o poder a partir do discurso da soberania, noutra, aquilo que ele denominava por efeitos de verdade produzidos pelo poder, isto é, a criação de subjetividades. É, portanto, entre

³⁰ FOUCAULT, Michel. **Soberania e disciplina**, in **Microfísica do poder**, 23 ed., trad. Maria Teresa de Oliveira e Roberto Machado, São Paulo: Graal, 2007, p. 179/181.

esses dois polos que o poder é exercido³¹ – e não constituído – já que o poder não tem uma essência, uma substância, mas somente existe em ato – a tríade direito, poder e verdade. Como já afirmado em outro local³²:

A singularidade da obra de Michel Foucault em relação àquelas outras que se fundaram e se fundam numa análise substancialista do poder é a de demonstrar, a partir de uma abordagem que ele denominava de acontecimentalização, a relação indissociável entre o poder e os discursos de verdade das mais diversas ciências como forma de legitimar o exercício do poder; que não existe poder sem saber; que não existe saber sem poder. A conhecida díade poder-saber.

O poder não seria exercido se não fosse posto em circulação por um saber, isto é, por um discurso de verdade que funciona como estratégia ao seu exercício sobre indivíduos ou sobre uma população, aos quais incute uma verdade e que os obriga a proferir esta verdade e a viver segundo esta verdade, de modo a tornar possível a dominação irrefletida. Contudo, o saber também não existiria sem o poder. A função do poder em Michel Foucault não é somente o de propiciar a dominação, como também o de fazer circular um saber que tem a finalidade de lhe dar legitimidade. Muito mais do que produzir ou formar um saber, o poder sustenta um saber de que necessita para ser exercido de forma inconteste.

³¹ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

³² DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror**, Porto Alegre: FI, 2015, p. 31.

Uma vez tendo caracterizado o poder como acontecimento³³ é que Michel Foucault poderá inverter o famoso aforismo de von Clausewitz – “a guerra é a continuação da política por outros meios” –, substituindo-a por uma concepção bélica da política, segundo a qual – “a política é a continuação da guerra por outros meios”³⁴ –, na medida em que os discursos sobre a verdade desempenham um papel preponderante para o exercício concreto do poder. A *pólemos*, portanto, não se dá mais no corpo-a-corpo dos campos de batalha, mas na esfera discursiva em que os saberes se debatem *vis-à-vis* para justificar o exercício do poder e ocultar o fato da dominação.

É a partir desse referencial teórico que se irá interpretar a polêmica entre soberanistas e internacionalistas.

2. A dimensão jurídico-internacional da soberania. Direito Penal Internacional. Cooperação Internacional. *Core crimes*.

Interessante notar, nesse sentido, que se analisarmos esta polêmica tendo como referência paradigmática o Direito Penal Internacional, veremos que ela se faz presente de forma eloquente. Antonio Cassese narrou um diálogo por ele travado com um parlamentar de um estado europeu

³³ Para uma melhor explicação sobre o conceito de acontecimentalização, consultar FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica? Crítica e *Aufklärung***, trad. Gabriela Lafetá Borges, disponível em <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>, acessado em 15 de fevereiro de 2006, às 3:00:00.

³⁴ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 22. É óbvio que a teoria foucautiana na sua fase analítica não se encerra na caracterização bélica da política, já que a mesma tem por finalidade fundamentar a sua originalíssima concepção sobre a biopolítica, com a qual ele demonstra o caráter econômico da política moderna, a assunção da própria vida biológica do homem como meta última do exercício do poder, a possibilidade de esta biopolítica se converter numa tanatopolítica etc.

logo após a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia – do qual ele foi o primeiro presidente - e que demonstra à sociedade esse litígio discursivo. Disse o parlamentar a Cassesse³⁵:

As Comunidades Europeias estão expropriando nosso poder legislativo! E agora, vocês vêm, com esse Tribunal Internacional, retirar-nos o último bastião de nossa soberania: o poder de punir. Se as coisas continuarem assim, o Estado soberano acabará por se dissolver.

Mas o mesmo se passa na seara dos penal-internacionalistas, conforme, jocosamente, expressa Robert Cryer³⁶:

Quando a soberania aparece na área de estudo do direito internacional penal, comumente vem vestida com chapéu e capa. Um cheiro de enxofre permeia o ar. Geralmente os estudiosos do direito penal internacional vêm a soberania como inimiga. Ela é vista como irmã da *realpolitik*, frustrando a justiça penal internacional em cada rodada.

Pois bem. Assim como afirmam Antonio Cassese, Robert Cryer, M. Cherif Bassiouni³⁷ e Allison Marsten

³⁵ CASSESSE, Antonio. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?**, in CASSESSE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, p. 3.

³⁶ CRYER, Robert. **International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?** The European Journal of International Law vol. 16, n. 5, 2006.

³⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik**, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law,

Danner e Beth Simmons³⁸, dentre outros autores, interpretamos nesse trabalho que esse litígio mais do que envolver um problema jurídico sobre a soberania, envolve um problema político sobre os limites internacionais de atuação do estado nacional, bem como os custos político-jurídicos envolvidos na cooperação internacional, em especial no tema concernente à persecução penal aos *core crimes*.

Essa interpretação leva em conta pelo menos três fundamentos:

a) Primeiro, juridicamente falando, a soberania sempre foi assegurada e delimitada pelo direito internacional e, segundo a doutrina clássica³⁹, nunca se referiu às relações entre o

disponível em http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf, acessado em 15/05/2012, às 15:45:00.

³⁸ DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. **Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court**. Disponível em www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf, acessado em 10/06/2013, às 17:00:00.

³⁹ Esta é a concepção que se pode recolher entre os clássicos do direito internacional moderno: BODINO, Juan. **Los seis libros de la Republica**, t. I, trd. Gaspar de A. Isunza, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 267 *et seq*; GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2044, pp. 175 *et. seq.*; DE VATTEL, Emer. **O direito das gentes**, trd. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004, pp. 1 *et seq*. Markus Kotzur chama à atenção para o fato de que a tríade caracterizadora da soberania na obra de Vattel ainda hoje orienta a compreensão da CIJ em sua jurisprudência: “[...] E. de Vattel tencionou fazer uma interpretação ampla da soberania estatal e estabeleceu uma diferenciação com base nas seguintes características: autogoverno, independência de outros Estados e vinculação direta ao direito internacional. A tríade de de Vattel marcou, e marca ainda hoje, a doutrina internacional sobre a soberania, a atuação dos Estados e a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional, primeiro, e logo depois da Corte Internacional de Justiça. Consequentemente, um

direito nacional e o direito internacional, mas somente às relações **entre estados**⁴⁰;

b) Segundo, o problema, sendo político, é encontrado não no contorno jurídico-internacional da soberania, mas na *realpolitik*; e

c) Terceiro, de fato, a contínua institucionalização da justiça internacional tende a diminuir não a soberania dos estados, mas a exclusividade de sua jurisdição penal em relação aos crimes internacionais, o que, de resto, acontece em outras áreas do direito.

Quanto ao primeiro critério, é importante desambiguar o conceito de soberania.

É consabido que o conceito de soberania é subdividido em duas manifestações autônomas, mas complementares, a saber, soberania interna e soberania externa.

A primeira, regida internacionalmente pelo princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna, assegura aos estados, no exercício de suas competências político-jurídicas de autoconstituição, auto-organização e

Estado é soberano quando não está submetido a nenhuma autoridade que não seja o direito internacional, quando pode adotar decisões obrigatórias últimas sobre os seus súditos em seu território (soberania interna) e quando é independente externamente, longe de todo influxo proveniente de outros Estados”. KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

⁴⁰ Conforme Akehurst “[...] a palavras ainda carrega uma tonalidade emotiva de poder ilimitado, acima da lei, e isso deu uma imagem totalmente enganosa das relações internacionais. O fato de um governante poder fazer o que ele quer em seus próprios assuntos não significa que ele possa fazê-lo, em questões de direito ou de poder político, a outros estados”. AKEHURST, **Akehurst’s modern introduction...**, p. 17.

autogoverno, se organizarem político-juridicamente de conformidade com a ideia de direito⁴¹ que for soberanamente decidida por seu povo através de suas constituições e leis. Em outras palavras, sistema político, regime e forma de governos, distribuição de competências entre os órgãos de soberania, delimitação da atuação de suas respectivas ações tanto entre órgãos como, principalmente, em relação aos indivíduos (direitos fundamentais), dentre outros temas, se conformam em assuntos de livre decisão política assegurada internacionalmente pelo princípio da não intervenção, pelo qual nenhum estado, ou mesmo a sociedade internacional, poderá se imiscuir de forma a sobredeterminar a adoção de um programa político ou o modo como um determinado conflito interno de exclusiva jurisdição do estado será resolvido, conforme, aliás, expressamente reconhecido pelo artigo 2, 7 da Carta das Nações Unidas (doravante CONU) e artigo 1º comum aos Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 (doravante, PIDCP/66 e PIDESC/66), princípio este que tem sido correntemente reafirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (doravante ASGNU), como, *v.g.*, na Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, que proclamou a Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações de Amizade e de

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 358/377: “[...] soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico [...] que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica”.

Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas (doravante DPDIRRACE/70)⁴².

Referido princípio jogou um papel importantíssimo no caso *Nicarágua vs EUA* julgado pela Corte Internacional de Justiça⁴³.

Agora, uma leitura atenta do artigo 2, 7 da CONU demonstra à sociedade que aquilo que é denominado soberania em âmbito interno é ali denominado de jurisdição (*domestic jurisdiction*) (*in litteris*: “[...] intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer

⁴² Ao estabelecer os contornos desse princípio, a aludida Resolução prescreve: “**The principle concerning the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter** - No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law. No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State. The use of force to deprive peoples of their national identity constitutes a violation of their inalienable rights and of the principle of non-intervention. Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State. Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as reflecting the relevant provisions of the Charter relating to the maintenance of international peace and security.”

⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*). Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>

Estado [...]”), expressão que identifica, conforme Patrick Capps, Malcolm Evans e Stratos Konstadinidis ⁴⁴

[...] uma forma de poder legal ou competência. Conforme Hohfeldian, isto significa que a jurisdição diz respeito ao poder de controlar e alterar as relações jurídicas daqueles que estão sujeitos a essa competência através da criação e aplicação de normas jurídicas. Assim, por exemplo, um Legislativo pode promulgar uma série de regras que alterem as relações jurídicas das pessoas que lhe estão sujeitas (por exemplo, os cidadãos ou empresas). Além disso, os Estados que tenham consentido no exercício da chamada jurisdição obrigatória da CIJ pode ter algumas de suas relações jurídicas julgadas pelo Tribunal, uma vez que tem a competência para determinar os direitos e obrigações dos Estados que tenham consentido em sua jurisdição.

Assim, o que se denomina de soberania em nível interno é identificado internacionalmente pela expressão jurisdição, expressão esta que abrange o conjunto de competências internacionalmente asseguradas pelo direito internacional para que o estado possa, no gozo de sua independência, conforme Vaughan Lowe “[...] **criar, aplicar e executar as regras de conduta aos indivíduos.** Relaciona-se essencialmente à extensão do direito do Estado

⁴⁴ CAPPS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos (Org.). **Asserting jurisdiction: International and European legal approaches**, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. xix-xx. No mesmo sentido SHAW, Malcolm. **International law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 645: “Jurisdiction concerns the power of the state under international law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs”.

de regular a conduta e as consequências dos eventos”⁴⁵ (grifos nossos), ou conforme Celso D. de A. Mello “O Estado tem o direito de exercer **sua jurisdição** sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à **jurisdição** estatal são impostas pelo DI”⁴⁶(grifos nossos).

Ora, estando o conceito de soberania em nível interno ligado ao de poder constituinte originário⁴⁷, será interessante perceber que para a doutrina constitucional de cariz democrática, mesmo reconhecendo que o poder constituinte originário se manifesta como um poder político de fato, tendo por características a soberania (ou ilimitabilidade), a incondicionalidade, a latência, a instantaneidade, a inalienabilidade e a especialidade, as mesmas se reportam não ao direito internacional, mas antes à ordem jurídica interna anteriormente vigente ou, em sendo o caso de independência, ao ordenamento jurídico da metrópole⁴⁸, e nesta última forma, por incidência do princípio de direito internacional da livre determinação dos povos.

Trata-se, de qualquer sorte, de um poder limitado, externa ou internamente, e que segundo Jorge Miranda teria três fontes: a primeira de caráter interno (**limitações intrínsecas**) e que se reportariam à ideia de direito e programa constituinte desencadeador da nova constituição; a segunda de caráter transcendental (**limitações**

⁴⁵ Vaughan Lowe, *apud* JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

⁴⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, t. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 428.

⁴⁷ Que exista um estreito liame entre soberania e poder constituinte originário não dá no mesmo que se afirmar a existência de identidade entre os dois institutos.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 284-287.

transcendentais), e que se reportariam aos valores comuns da comunidade internacional (orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana); e as **limitações heterônomas**, internas e externas, sendo estas aquelas “[...] provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a princípios, regras ou actos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado [...]”; são de carácter geral “[...] os princípios de *jus cogens* [...] Estruturantes da comunidade internacional, eles não podem deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade”; são de carácter especial “[...] os que correspondem a limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outro ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto”.⁴⁹

Desta sorte, recolhendo quer a orientação provinda do direito internacional quer do próprio direito público (interno), em especial das doutrinas democráticas, não se pode afastar a ideia de que a soberania se conforma no conjunto de jurisdições asseguradas internacionalmente ao estado para que o mesmo possa, segundo seus princípios jurídicos fundamentais e sua cultura, se autogovernar mediante o asseguramento de um grau de autonomia em relação aos demais entes existentes, estados ou sociedade internacional.

Não se trata, de outro giro, de negar a existência da soberania, enquanto expressão englobante do conjunto de jurisdições nacionais, mormente na atual etapa do direito internacional em que o fenómeno da internacionalização parece abarcar quase todos os assuntos que antes eram de competência exclusiva do estado nacional, mas de, primeiramente, restituir o conceito a sua estrutura jurídica

⁴⁹ MIRANDA, **Teoria do estado...**, pp. 376-378. No mesmo sentido BULOS, **Curso de direito constitucional...**, pp. 289-290.

fundamental, e, secundamente, afirmá-la como elemento caracterizador do estado constitucional de direito em suas relações com o direito internacional, pois, conforme Markus Kotzur⁵⁰,

Quem abandona à soberania, desconhece não somente a realidade social, como também o conteúdo jurídico do conceito, assim como a simples necessidade que as comunidades políticas têm de contar com uma capacidade, competencialmente garantida, de atuação e configuração.

Quem, por outro lado, continua sustentando a habitual, mas questionável equação entre povo, Estado e nação, não é menos cego ante a realidade e frente à necessidade de dispor de uma noção de soberania que lhe seja correspondente.

Assim entendida, a soberania em sua dimensão interna, abarca, segundo o direito internacional, três tipos de jurisdições⁵¹, a saber:

a) **Jurisdição prescritiva ou legislativa** (*prescriptive jurisdiction*): se conforma no conjunto de competências constitucionais através das quais os estados poderão impor, sob a ameaça de sanção jurídica, normas jurídicas que têm por finalidade, para ficar no *locus* clássico, organizar o estado e reger as relações jurídicas, públicas ou privadas.

b) **Jurisdição adjudicativa ou judicial** (*adjudicative jurisdiction*): expressão sinônima àquela utilizada em nível interno para identificar a uma das funções soberanas do estado (jurisdicional), se consubstancia no conjunto de procedimentos públicos (processo) através dos quais os

⁵⁰ KOTZUR, **A soberania hoje...**, p. 3.

⁵¹ JANKOV, **Direito Internacional penal...**, pp. 74-76. AKEHURST, **Akehurt's modern introduction...**, pp. 109-110. SHAW, **International law**, pp. 645-650.

estados julgam uma lide por violação a suas normas, sejam civis ou penais;

c) **Jurisdição executiva** (*executive* ou *enforcement jurisdiction*): identifica a competência dos órgãos estatais de impor as sanções jurídicas a quem tenha sido responsabilizado pela violação às regras jurídicas, sejam elas de caráter cível ou penal.

Internacionalmente, a jurisdição doméstica dos estados é regulada pelos princípios da territorialidade (*esfera de validade*) e da extraterritorialidade (*esfera de eficácia*), tendo como paradigmas interpretativos os casos *Lótus*, da Corte Permanente de Justiça Internacional, e *Yerodia*, da Corte Internacional de Justiça.

No que concerne, doutro giro, à soberania em sua manifestação internacional, a mesma deve ser interpretada a partir do princípio da igualdade entre os estados, tal como proclamado pelo artigo 2, 1 da CONU e a DPDIRRACE/70, que expressamente empregam o termo igualdade soberana⁵².

Conforme afirma Malcolm Shaw⁵³,

⁵² Referida Resolução regulamenta este princípio nos seguintes termos: “**The principle of sovereign equality of States** - All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes the following elements: a. States are judicially equal; b. Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c. Each State has the duty to respect the personality of other States; d. The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e. Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f. Each State has the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other States.”

⁵³ SHAW, Malcolm. **International law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 214.

Outro princípio fundamental é o da igualdade jurídica dos Estados, que é a igualdade de direitos e deveres. [Os] Membros, independentemente de seu tamanho ou poder, têm as mesmas capacidades e funções jurídicas, e têm igualmente o direito a um voto na Assembleia Geral das Nações Unidas. A doutrina jurídica da igualdade de estados é uma categoria guarda-chuva que inclui em seu âmbito os direitos reconhecidos e obrigações que incidem sobre todos os Estados.

É óbvio, entretanto, que este princípio tem um cariz estritamente jurídico, objetivando assegurar a todos os estados que, no exercício de seus direitos e imunidades internacionais, bem como na exigência do adimplemento de suas respectivas obrigações, estejam submetidos aos mesmos princípios e regras de direito, independentemente de suas reais condições de poder. Estas desigualdades, que têm uma implicação efetiva não só no exercício dos direitos e obrigações internacionais, mas também na concreta afirmação das políticas exteriores dos estados é interpretado no contexto das relações internacionais a partir dos conceitos de simetria e assimetria de poder⁵⁴, conceitos estes que permitem às relações internacionais interpretar o papel concreto que cada estado joga no cenário internacional, bastando lembrar, nesse sentido, a distinção que existe no bojo das Nações Unidas entre membros permanentes e membros transitórios do CSONU.⁵⁵

⁵⁴ DE ALMEIDA, Paulo Roberto. **A ONU e a questão da assimetria de poder.** Disponível em <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1427ONUassimetria.pdf>, acessado em 20.10.2007, às 19:23:00.

⁵⁵ “A desigualdade no Conselho de Segurança é deliberada. Como ouvi de um representante norte-americano quando com ele conversava sobre o assunto: “é desigual como a vida é desigual.””. SOARES, João Clemente Baena. **O conselho de segurança da ONU.** Disponível em

Conforme Malcolm Shaw⁵⁶:

A noção de igualdade perante o direito é aceita pelos Estados no sentido da igualdade de personalidade jurídica e capacidade. No entanto, não seria correto afirmar isso em termos de igualdade dos estados na criação do direito. Os principais estados sempre terão uma influência proporcional ao seu *status*, mesmo porque as suas preocupações são muito mais amplas, seus interesses mais profundos e seu poder mais eficaz.

Ora, é nesse ponto que se torna útil perquirir sobre o problema político, e não jurídico, que envolve o tema do direito penal internacional e o da soberania.

Alisson M. Danner e Beth Simmons, analisando este problema em relação à constituição do Tribunal Penal Internacional, já que muitos estados ainda não ratificaram o seu estatuto⁵⁷, procuram interpretar este fato à luz daquilo que eles denominam de custos de soberania⁵⁸:

Nós usamos a expressão “custos de soberania” para nos referir aos custos que o Estado incorre, delegando uma função normalmente executada internamente, a uma instituição sobre a qual tem pouco, se algum, controle. Para um estado, ceder autoridade para a aplicação da legislação penal que seria normalmente regulamentada internamente impõe um alto custo à soberania tanto mais no caso

<http://www.funag.gov.br/conselho-de-seguranca-baena-soares.pdf>,
acessado em 09.08.2006, às 1:00:00.

⁵⁶ SHAW, **International law...**, p. 215.

⁵⁷ Dos cinco membros permanentes do CSONU, somente o Reino Unido (em 04/10/2001) e França (em 05/09/2000) ratificaram o ETPI, os demais (EUA, China e Rússia), não.

⁵⁸ DANNER, SIMMONS, **Sovereignty costs...**, pp. 5-7.

do TPI por causa de seu foco em processar líderes. O atual Promotor do TPI, por exemplo, emitiu uma nota pública declarando que ele irá se concentrar nos criminosos de alto nível. O anterior Promotor do ICTY [Ex-Iugoslávia] e o do ICTR [Ruanda] tem seguido uma estratégia semelhante. Este alto custo à soberania potencialmente extraído pelo TPI, no entanto, não tem detido todos os estados de se unirem à instituição. Em verdade, é o nosso argumento, é precisamente a imposição de custos *ex post* por violações que certos estados acham o TPI tão atraente.

[...] Outros aspectos do Estatuto de Roma também aumentam a probabilidade de que alguns Estados-Membros terão de pagar os custos de soberania. O Estatuto de Roma não permite que os Estados façam reservas às suas disposições. Enquanto muitos tratados permitem aos estados escolher se comprometer com algumas disposições, mas não outras, o Estatuto de Roma apresenta aos estados uma escolha do tipo tudo-ou-nada. Além disso, o TPI não reconhece nenhuma das imunidades tradicionalmente reconhecidas aos chefes de Estado e outros altos funcionários pelo direito internacional. Na verdade, o tratado desconsidera (*override*) qualquer imunidade que os estados possam conceder a seus servidores em seus sistemas internos. Assim, não há nenhuma imunidade presidencial, parlamentar ou legislativa no TPI, mesmo para os servidores que atualmente estejam exercendo estas funções. Por isso, qualquer estado que se torne parte do TPI deve permitir a possibilidade muito real de que suas figuras de alto escalão possam ser processadas neste Tribunal.

Já M. Cherif Bassiouni em sua *Henry J. Miller Distinguished Lecture*⁵⁹, proferida em 2006 na Faculdade de

⁵⁹ BASSIOUNI, **The perennial conflict between...**, *passim*.

Direito da Universidade do Estado da Geórgia, interpreta este conflito político partindo de um possível paralelismo entre o “instinto de sobrevivência” que seria compartilhado tanto pelas espécies animais, incluso a pessoa humana, como pelas sociedades politicamente organizadas (leia-se estados), e que no caso destas últimas, se manifestaria no contínuo processo histórico de afirmação do princípio do estado de direito (*rule of law*), mas que, mesmo passados tantos anos, ainda se encontra em estado de desenvolvimento no atual estágio da globalização, mormente se este paralelismo organizacional for estendido às relações interestatais. Isto porque, ao se analisar estas últimas em termos políticos, vê-se uma prevalência dos interesses nacionais em detrimento dos valores sociais que seriam compartilhados (*commonly-shared values*) por todos os membros da sociedade internacional, nada obstante o ingresso destes últimos no processo de decisão internacional:

Reduzido a seus fundamentos, o que motiva os estados em suas relações não são os valores duradouros que unem os seres humanos, mas os interesses cuja importância e oportunidade se encontram em fluxo constante. Assim, o traço dominante das relações interestatais caracteriza-se pelos interesses do Estado. No entanto, é evidente a partir da evolução das relações interestatais e internacionais desde a Segunda Guerra Mundial, até agora definido pelo conceito de Westfália de soberania e pelo conceito hegeliano de interesse do Estado, freado tanto pela prudência como pelo bom-senso, que tenha ocorrido uma mudança significativa. Isto é evidenciado por considerações dos valores comumente compartilhados que transcendem à busca unilateral e a preservação do poder e da riqueza que agora fazem parte da equação mundial.

E conforme exemplifica a história do direito penal internacional, em especial após o desbloqueio das vias em 1989, a consolidação da justiça internacional para a persecução dos *core crimes* ainda estará, por muito tempo, dependente da cooperação dos estados. E esta cooperação também estará – sempre? – condicionada à aferição pelos próprios estados dos interesses historicamente situados no momento em que a mesma tiver que se concretizar, seja no cooperar com os tribunais internacionais, seja no exercer a jurisdição universal em relação aos crimes internacionais.

Agora, é interessante perceber como a própria estrutura das normas internacionais propicia esta análise de custos e oportunidades que entram em jogo na relação entre soberania e direito internacional no geral, e direito penal internacional no particular, já que, conforme leciona Jose Antonio Pastor Ridruejo⁶⁰,

Comparado com os direitos internos dos Estados, o Direito Internacional se nos apresenta como uma disciplina jurídica especialmente problemática, caracterizada por carências institucionais que motivam incerteza e relativismo no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e sanção das violações e uma excessiva politização (*politización extendida*) – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não a impossibilidade de sua composição (*arreglo*). Vamos explicar estas densas ideias nas linhas que seguem. Não existe ainda na sociedade internacional um órgão normativo equiparável àquele que nos Estados exerce o poder legislativo [...] Assim [...] são os próprios Estados que criam o Direito Internacional, que são, ao mesmo tempo, os principais destinatários do ordenamento [...] Outra chamativa

⁶⁰ PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 4 ed., Madri: Tecnos, 2014, pp. 37-40.

característica da disciplina no plano normativo é a abundância da denominadas obrigações de comportamento. Efetivamente, junto às normas que estabelecem obrigações de resultado, que são aquelas que impõe aos Estados o dever de alcançar um determinado resultado (por exemplo, a abstenção do recurso ou a ameaça de uso da força), existem normas que não contém senão obrigações de comportamento, isto é, o dever de pôr os meios para conseguir um resultado, mas sem taxativamente exigir a sua consecução (por exemplo, o de procurar chegar à solução de controvérsias internacionais). Pois bem, como a execução desse último tipo de normas deixa grandes margens de discricionariedade aos destinatários, a verificação de seu descumprimento é extremamente problemática [...] As incertezas normativas de que antes falamos exigiriam um sistema eficaz de solução de controvérsias na sociedade internacional. Mas também nesse aspecto a situação não é satisfatória, pois não há em referida sociedade um mecanismo equiparável ao que existe nos Direitos internos que, como é bem sabido, instituíram há muito tempo o processo judicial obrigatório substituível em determinadas matérias pela arbitragem [...] Ante tais controvérsias os Estados adotam uma atitude política, e não jurídica – fala-se por isso de controvérsias políticas – e de tentar solucionar a disputa por meios políticos, nos quais conservam sua liberdade soberana de ação e decisão, e não por meios jurisdicionais. Meios políticos que podem ser profundamente injustos se o nível de poder dos Estado é desigual e que podem ser ineficazes se tal poder for comparável.

Assim, de um lado, é fato que a internacionalização do direito penal na sua variante de persecução aos crimes internacionais próprios, mitiga – não anula nem suprime – a soberania dos estados, na medida em que os Tribunais

Internacionais, orientados pelas regras da primazia ou da complementariedade, executam, legitimamente⁶¹, atributos que seriam exercidos pelos estados nacionais; mas, de outro lado, esta mitigação não pode, nem deve ser encarada como uma forma de supressão do papel importantíssimo que os estados ainda jogam na sociedade internacional⁶², nem deve servir de espeque para que os estados se abstenham de cooperar internacionalmente na efetivação de um sistema internacional mais eficaz na tutela dos direitos humanos.

A afirmação acima feita se funda num postulado teórico de caráter ideológico, que busca conciliar, de forma responsável, duas teorias das relações internacionais que se opõem numa lógica do “tudo-ou-nada”, a saber, realismo e idealismo; aquele orientado exclusivamente pela *realpolitik*, persegue uma lógica que exclui qualquer outra consideração que não seja o interesse do estado; este orientado por pretensões de institucionalização da sociedade internacional que teriam, como meta final, a eliminação do próprio estado e a constituição de uma comunidade internacional.⁶³

Ora, propugnar pelo constante e irrefreável aperfeiçoamento das instituições internacionais no geral, e do sistema penal internacional em particular, uma luta

⁶¹ Sobre a legitimidade da criação dos TPIExIug e TPIR pelo CSONU nos termos do Capítulo VII da CONU, SCHABAS, William A. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 3-34.

⁶² Sobre este tema, Prosper Weil parece ter jogado uma pá de cal nas teorias que sustentam quer a supressão do estado como sujeito do direito internacional quer o surgimento, pós 89, de uma comunidade internacional. Conforme o autor, os estados ainda são os principais sujeitos do direito internacional, sendo o direito internacional ainda hoje fundamentalmente interestatal. WEIL, Prosper. **Le droit international em quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370, pp. 26-39 e 88-128.

⁶³ PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**, Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 116-140.

manifestamente idealista para se enfrentar aquilo que Kai Ambos denomina de lacuna da punibilidade fática⁶⁴, não implica, necessariamente, na infirmação da independência do estado nacional na condução de sua política internacional, ainda mais porque nada obsta que argumentos idealistas revistam-se de meras justificativas políticas a ensejar uma ilegítima intervenção internacional⁶⁵. Parafraseando Jose Antonio Pastor Ridruejo⁶⁶, para ser-se idealista é preciso, antes de tudo, ser-se realista, isto é, sustentar a necessidade de aperfeiçoamento dessas instituições com pés firmes na realidade das relações internacionais tal como elas efetivamente se concretizam e de conformidade com o direito internacional posto, e não em ideais (ainda) inatingíveis e moralizações que tendem a excluir a própria esfera política de que se revestem as relações entre estados.

É nesse sentido, portanto, que seguem os magistérios de M. Cherif Bassiouni e Antonio Cassese.

⁶⁴ AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática, trd. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 40; AMBOS, Kai. **Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional**, trd. Alexandra Rosado, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88. A lacuna é fática, e não jurídica, porque a maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos pune, com graus bastante variados de penas, a maioria dos crimes que constituem os crimes internacionais próprios, muito embora não os tenha tipificado especificamente nessa rubrica. O problema é fático-político, na medida em que estes crimes, sendo praticados segundo uma decisão política de estado, não são ou não serão punidos por razões políticas, e não jurídicas, como ocorre, na maioria dos casos, com a promulgação das leis de anistia.

⁶⁵ Caso paradigmático foi, sem dúvida, o da intervenção militar no Iraque sob o argumento de que este estado, descumprindo resoluções do CSONU, detinha armamentos de destruição em massa.

⁶⁶ PASTOR RIDRUEJO, **Curso de derecho internacional...**, pp. 42-43.

Bassiouni⁶⁷, em sua já citada *Miller Lecture* aponta a necessidade estratégica de se conciliar o aperfeiçoamento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos (constituição contínua do *rule of law* em nível internacional), no qual o direito penal internacional ocupa uma posição essencial, com os interesses dos estados, e ele o faz nos seguintes termos:

[A] Experiência jurídica demonstra que a enunciação de direitos sem [os] concomitantes remédios são declarações de Pirro, e que os remédios sem aplicação são promessas vazias. No entanto, por mais moralmente atraentes que esses argumentos sobre os direitos humanos individuais e a sua aplicabilidade possam ser, ainda é necessário oferecer aos estados um incentivo para “comprar” o reconhecimento de tais direitos e sua aplicação. A necessidade de tal incentivo surge porque os resultados decorrentes de um sistema jurídico internacional, baseado no Estado de Direito, são suscetíveis de ser prejudicial para os interesses do Estado, e pode constituir numa limitação à sua soberania, tal como decorrente do anterior sistema de Westfália que esta a minguar. [Para que] Os estados “comprem” o argumento, [este] deve necessariamente incluir os correspondentes interesses do Estado. O argumento fundamental desta proposição é que a proteção dos direitos humanos individuais, bem como dos direitos humanos coletivos, aumentam a paz e a segurança, reduz os conflitos nacionais, regionais e mundiais, e é, em última análise, mais econômico do que ter que se envolver em operações militares de intervenção humanitária, certamente por haver estados envolvidos em conflitos regionais. Em outras palavras, um argumento utilitarista sobre os direitos

⁶⁷ BASSIOUNI, *The perennial conflict between...*, *passim*.

humanos que avança em sua reflexão sobre os interesses do Estado [*in other words, the argument advances the utilitarian side of human rights in its reflection on state interests*].

Já Antonio Cassese⁶⁸, após responder afirmativamente ao problema da mitigação da soberania estatal por conta do desenvolvimento da jurisdição penal internacional – ele cita como exemplo a não validade das leis de anistia, a constituição dos tribunais *ad hoc* por decisão do CSONU, a aceitação de que os *core crimes* violam normas internacionais *jus cogens* e instituidoras de obrigações *erga omnes* etc -, afirma que esta limitação é mais aparente do que real, na medida em

[...] esses tribunais não têm o poder de “mandar”, pois não dispõem de polícia judiciária [...] eles devem se dirigir às autoridades nacionais. Esses tribunais são, portanto, desprovidos do poder de coerção; **esse poder permanece nas mãos dos Estados soberanos**. Mesmo quando se trata de implantar aquelas inovações importantes [...] as jurisdições penais internacionais esbarram no muro da soberania [...] podem argumentar mil vezes junto a um Estado que a entrega de um de seus nacionais acusado de crimes gravíssimos não é contrário à Constituição nacional [...] e que, de todo modo, decorre das obrigações internacionais desse Estado. O que sempre acontece é que se o Estado se opõe, o indivíduo permanece sob sua autoridade, e a jurisdição internacional não tem nenhuma arma eficaz à sua disposição para constranger o Estado [...] O mesmo ocorre [...] da anulação das leis internas por jurisdição internacional. Se o Estado em questão recusa-se a curvar-se á decisão internacional e decide continuar a considerar suas leis válidas e eficazes, a

⁶⁸ CASSESE, **Existe um conflito insuperável...**, pp. 7-9.

jurisdição internacional pode “condená-lo”, isto é, reiterar que esse Estado violou o direito internacional, mas não dispõe de nenhum meio de coerção legal [...]. O Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais.

E a forma encontrada por Antonio Cassese⁶⁹ para enfrentar a necessária conciliação entre direito penal internacional e soberania estatal se encontra não na infirmação definitiva desta última, mas no aperfeiçoamento do princípio da jurisdição universal⁷⁰, através do qual os estados exerceriam concorrencialmente a persecução penal dos crimes internacionais com os estados que, pelo princípio da territorialidade, seriam competentes.

3. Algumas conclusões: *idion* e *koinon* como parâmetros da cooperação internacional

Assim, parece ser correta a afirmação inicialmente feita de que a polêmica entre soberanistas e internacionalistas não é nada mais do que um litígio de caráter eminentemente discursivo no qual os dois lados da controvérsia se digladiam objetivando afirmar a legitimidade de uma forma de

⁶⁹ CASSESSE, **Existe um conflito insuperável...**, pp. 9-24.

⁷⁰ Kai Ambos vislumbra nessa tese, sem que faça citação expressa a Antonio Cassese, um prejuízo à consolidação do Tribunal Penal Internacional como instância supranacional de persecução aos crimes internacionais, já que no âmbito da jurisdição universal os estados detêm uma margem de decisão política que poderia ilidir a efetivação da cooperação internacional horizontal. AMBOS, Kai. **Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional**: justiça x *Realpolitik*, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). **Direito penal internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 86-88.

exercício de poder, quando, na verdade, a prática do direito internacional contemporâneo se orienta no sentido de compatibilizar os dois polos da controvérsia, sem a qual, no atual estágio da sociedade internacional, o trabalho da justiça internacional restará ineficaz.

Não parece ser menos óbvio, entretanto, que os estados constitucionais, vinculados que estão interna⁷¹ e externamente aos projetos internacionais de proteção aos direitos humanos, devem cooperar internacionalmente para a consolidação da justiça internacional, pois nesse tipo de estado a soberania somente terá um significado efetivamente jurídico-político no atual estágio da história humana quando, em última instância, for a dignidade humana, e não interesses outros, que orientar o seu comportamento para dentro e para fora.

Para dentro na medida em que reconhece a necessidade de a sua jurisdição penal também estar a serviço da perseguição dos autores de crimes internacionais; externamente na medida em que coopera, com outros estados ou com os tribunais internacionais, no enfrentamento da impunidade dos crimes contra a humanidade.

Markus Kotzur⁷², nesse sentido, parece oferecer palavras chave para se compreender o tema:

O aspecto cooperativo tem consequências imperativas. “No conceito jurídico-estatal de soberania tem que estar contido o fato da coordenação e conjunção dos Estados como momento material, de tal modo, que seus limites estejam definidos pelo valor próprio do ser humano”. Dito de outro modo: o conceito material de soberania se apoia numa dupla premissa. Tal qual

⁷¹ VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad**: introducción a la filosofía del derecho, Madri: Trotta, 2006, pp. 181-207.

⁷² KOTZUR, **A soberania hoje...**, *passim*.

o Estado Constitucional, funda-se na dignidade humana e no valor próprio da pessoa como “premissa antropológica”, contendo, no entanto, ao mesmo tempo, a dimensão da cooperação, já que o estado contemporâneo não se caracteriza tanto pela sua magnitude abstrata, e sim pela pluralidade de suas vinculações jurídicas e fáticas. Se a soberania foi, historicamente falando, resultado da concentração de poder nas mãos do soberano, e se foi dessa forma que adquiriu seus conteúdos para depois, gradualmente, ser acolhida pelo Estado Constitucional, então, hoje em dia, é necessário que o poder soberano se *des-concentre* novamente. Os critérios são o “exercício cooperativo da soberania” e o princípio da subsidiariedade como “condição da realização da soberania”. As unidades de decisão subsidiárias e parcialmente soberanas fundam-se numa unidade de ação da qual derivam, e não somente para a Europa, conteúdo, forma e Constituição.

Um conceito de soberania que seja igualmente válido tanto para a doutrina do direito constitucional como para o direito internacional já pressupõe este elemento cooperativo. O poder público, que atualmente tanto é exercido por unidades estatais como por unidades supraestatais surgidas dos processos de integração, não pode ser explicado por meio das categorias unidimensionais de uma teoria do Estado positivista, mas que deve ser extraído a partir da realidade do mundo globalizado dos Estados. Os textos das constituições nacionais fazem neste sentido uma contribuição indispensável. Em seu preâmbulo e em seus artigos 23, 24 e 25, aponta a Lei Fundamental de Bonn, como agudamente o tem assinalado Konrad Hesse, “para além de si mesma”. Novos propósitos terminológicos substituem a “supremacia absoluta” como característica da soberania. A interação de competências relativas, a “soberania

compartilhada”, o “poder da organização internacional”, ou o “poder da integração supranacional”, constituem outras tantas palavras-chave. Em última instância, a imagem corrente da “superposição” do direito internacional ou o europeu à soberania não é exato. Não é que uma esfera soberana se superponha à outra, mas sim que os diversos âmbitos de competências e os espaços soberanos se *coordenam entre si* e se vinculam através de um *mecanismo de entrosamento* de um com o outro. O cânon normativo típico, que manifesta a decisão do Estado Constitucional a favor da cooperação internacional, *estrutura* a soberania muito mais do que a *desarticula*. A relativização da soberania não leva a lhe dizer adeus, mas à sua reinterpretação como *garantia estrutural*.

Se o contínuo aperfeiçoamento da justiça internacional ainda é dependente da cooperação internacional dos estados, sem a qual ela não logra ser eficaz, o estado constitucional, afastando-se quer dos estados fechados quer dos estados selvagens⁷³, assume como uma sua tarefa, o “[...] desenvolvimento de um “Direito Internacional cooperativo”: a caminho de um “Direito Comum de Cooperação” [...]” sendo, pois, “[...] a resposta interna do Estado Constitucional livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação”.⁷⁴ Em outras palavras, estado democrático de direito, o mesmo que estado constitucional, deve se caracterizar, sempre, pela cooperação internacional em geral, e na cooperação penal em particular, pois é nesse cooperar que a meta de asseguarção dos direitos humanos

⁷³ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

⁷⁴ HÄBERLE, **Estado constitucional cooperativo...**, p. 10.

interna e internacionalmente serão objeto de proteção efetiva.

Com efeito, Hannah Arendt, em *A Condição Humana*, afirma que entre os gregos, a partir do momento em que se constituíram as *polei*, ao homem livre era dado duas ordens de vivência. A *oikia*, a casa, e a *polis*, a cidade. Naquele vivia-se o que era próprio a qualquer pessoa (*idion*), e nessa aquilo que era comum (*koinon*) a todos os homens livres: a vida livre e igualitária propiciada pela política⁷⁵.

Mutatis mutandi, aos Estados também se assegura, pelo Direito Internacional, uma dupla existência: uma interna e própria, que é o seu autogoverno livre e desimpedido, e outra, igualitária e comum, que é a vida na Sociedade Internacional.

Que as palavras não nos enganem. De *idion* derivou *idiota*, que para os gregos seriam aqueles homens incapazes de transcenderem a vida do lar e viverem a vida comum da *polis*.

Nesse sentido, qualquer tentativa de enfrentamento da macrocriminalidade internacional pelo Estado, e não pelos Estados, será, por definição, *idiota*, isto é, infrutífera por não se perceber que somente a execução dos programas internacionais de cooperação internacional em matéria penal poderá ensejar o seu enfrentamento.

4. Referências

CASSESE, Antonio. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?**, in CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes internacionais e**

⁷⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, trd. Roberto Raposo, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 32-35.

- jurisdições internacionais**, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004.
- AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt's modern introduction to internacional law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997.
- AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática, trd. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008.
- AMBOS, Kai. **Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional**, trd. Alexandra Rosado, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88.
- AMBOS, Kai. **Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional**: justiça x *Realpolitik*, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). **Direito penal internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**, trd. Roberto Raposo, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARENDT, Hannah. **On revolution**, New York: Viking Press, 1963.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik**, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law, disponível em http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf, acessado em 15/05/2012, às 15:45:00.

- BODINO, Juan. **Los seis libros de la Republica**, t. I, trd. Gaspar de A. Isunza, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos (Org.). **Asserting jurisdiction: International and European legal approaches**, Oxford: Hart Publishing, 2003.
- CRYER, Robert. **International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?** The European Journal of International Law vol. 16, n. 5, 2006.
- DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. **Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court**. Disponível em www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf, acessado em 10/06/2013, às 17:00:00.
- DE ALMEIDA, Paulo Roberto. **A ONU e a questão da assimetria de poder**. Disponível em <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1427ONUassimetria.pdf>, acessado em 20.10.2007, às 19:23:00.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror**, Porto Alegre: FI, 2015.
- DE VATEL, Emer. **O direito das gentes**, trd. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004.
- FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica? Crítica e Aufklärung**, trad. Gabriela Lafetá Borges, disponível em <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>, acessado em 15 de fevereiro de 2006, às 3:00:00.

- FOUCAULT, Michel. **Soberania e disciplina**, in **Microfísica do poder**, 23 ed., trad. Maria Teresa de Oliveira e Roberto Machado, São Paulo: Graal, 2007.
- GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- INTERNATION COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>
- JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 14, pp. 227-332, 1926.
- KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, t. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 4 ed., Madri: Tecnos, 2014.

- PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**, Petrópolis: Vozes, 2004.
- SCHABAS, William A. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierre Leone**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SHAW, Malcolm. **International law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SOARES, João Clemente Baena. **O conselho de segurança da ONU**. Disponível em <http://www.funag.gov.br/conselho-de-seguranca-baena-soares.pdf>, acessado em 09.08.2006, às 1:00:00.
- TRIEPEL, H. **Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 1, pp. 73-122, 1923.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho**, Madri: Trotta, 2006.
- WEIL, Prosper. **Le droit international em quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 9-370.

Associação, Imigração e Cosmopolitismo: I. Kant e S. Benhabib

Diego Carlos Zanella

I. INTRODUÇÃO

Amplamente definido, o cosmopolitismo é uma teoria que afirma o pertencimento de todas as pessoas a uma única comunidade. A partir dessa definição, o cosmopolitismo pode ser defendido tanto em uma perspectiva negativa quanto em uma perspectiva positiva.⁷⁶ A versão negativa do cosmopolitismo tem origem na filosofia cínica e trata da relação imediata entre o indivíduo e o mundo, enquanto que a versão positiva do cosmopolitismo tem origem na filosofia estoica e ressalta a medida protetora dos Estados entre os indivíduos e o todo. A versão negativa conduz à aniquilação das fronteiras nacionais e à possibilidade de ausência de um governo coletivo ou da instauração de um governo mundial. A versão positiva sugere que o cosmopolitismo deveria ser fundamentado sob uma racionalidade comum a todos os seres humanos e exercitado através de suas ações mediadas pelos Estados. O cosmopolitismo kantiano é herdeiro dessa tradição. Portanto, os Estados estabelecem a necessidade de controlar as fronteiras a partir da responsabilidade de proteger os seus membros e da exigência de um sistema político representativo. Nesse artigo, procuro explorar a

⁷⁶ Cf. Zanella, D. C. *O cosmopolitismo kantiano*. p. 17ss.

possibilidade da versão positiva do cosmopolitismo poder ser compatível com a afirmação de fronteiras abertas. Nesse sentido, reviso, por um lado, a explicação cosmopolita de Immanuel Kant (1724-1804) sobre imigração e fronteiras, orientando-me pelo conceito de direito de hospitalidade e direito de associação, em *Zum ewigen Frieden (A Paz Perpétua, 1795)*, e, apresento, por outro lado, a leitura crítica da filósofa contemporânea Seyla Benhabib (1950-) em *The Right of Others (O Direito dos Outros)*.

II. SOBRE O DIREITO DE HOSPITALIDADE

No título do terceiro artigo definitivo de *Zum ewigen Frieden*, lê-se que “o direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal” (ZeF VIII, 357). A hospitalidade é aqui compreendida por Kant como “o direito de um estrangeiro não ser tratado hostilmente por causa da sua chegada ao território de outro” (ZeF VIII, 358). Essa formulação restritiva do direito cosmopolita – limitado às condições da hospitalidade universal – está articulada com um sistema político internacional fundamentado na soberania constitutiva dos Estados republicanos em uma federação, a qual exclui desde o início qualquer possibilidade de governo mundial (não governança mundial (*global governance*))⁷⁷ ou qualquer relação entre o direito de hospitalidade e o direito de associação. O direito de hospitalidade e o direito de associação pertencem, para Kant, a duas esferas distintas do direito, a saber, o direito de hospitalidade pertence à esfera do direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*), terceiro artigo definitivo de *Zum ewigen Frieden*,

⁷⁷ Cf. Kleingeld, P. *Approaching Perpetual Peace*. p. 306. Pauline Kleingeld defende que, apesar de Kant rejeitar um tipo de governo mundial, a saber, monarquia universal (cf. ZeF VIII, 357), isso não significa que ele rejeita todos os tipos de governo mundial. No entanto, para o tipo de governo mundial produzido a partir de um sistema federativo, P. Kleingeld o nomeia de “governança mundial” (*global governance*).

e o direito de associação pertence à esfera do direito civil (*ius civitatis*), primeiro artigo definitivo de *Zum ewigen Frieden*. Enquanto que o direito civil trata da relação entre os indivíduos em um Estado, o direito cosmopolita regula a relação entre os indivíduos e o Estado estrangeiro. Cidadania e associação ao Estado estão sob a jurisdição dos Estados e nenhum estrangeiro tem o direito universal de reivindicá-la contra a soberania dos Estados anfitriões. Essa relação, entretanto, pode eventualmente ocorrer devido a um contrato de beneficência (*wohlthätiger Vertrag*) (cf. ZeF VIII, 358), mas isso não é mais um direito e não necessita ser estabelecido com a finalidade de estabelecer a paz no mundo. Mesmo que Kant considere que o aumento dos contratos pacíficos entre os povos de lugares diferentes e distantes pudesse finalmente trazer a humanidade para mais perto de uma constituição cosmopolita (*endlich einer weltbürgerlichen Verfassung immer näher bringen können*) (cf. ZeF VIII, 358), e mesmo que ele assuma a interligação entre esses lugares onde a violação do direito (*Rechtsverletzung*) em um ponto da Terra seria sentida em todos os demais (cf. ZeF VIII, 360), as fronteiras e a autonomia dos Estados não deveriam ser dissolvidas sob o risco de se originar um sistema despótico de governo.

Apesar de ser uma condição restritiva, a hospitalidade universal, como enfatizada por Kant, é um direito, e não uma preocupação filantrópica (cf. ZeF VIII, 357). Isso significa que, se a hospitalidade universal é um direito aos estrangeiros, então deve ser uma obrigação para os Estados garantirem de alguma forma esse direito. De acordo com isso, a execução do direito kantiano de hospitalidade não poderia ser vista como uma mera questão de acordo voluntário.⁷⁸ O argumento aqui depende muito da soberania dos Estados, exatamente onde os Estados não podem ser obrigados a promover o direito de hospitalidade,

⁷⁸ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 29.

porque isso colidiria com a tão reivindicada soberania. De qualquer forma, Kant é claro ao afirmar que cada Estado que procura a influência mútua deve estabelecer uma constituição civil (cf. ZeF VIII, 249), a qual, em seus desenvolvimentos posteriores em *Die Metaphysik der Sitten* (*A Metafísica dos Costumes*), expressamente inclui a necessidade de uma articulação, em vez de apenas a adesão ao direito civil, internacional e cosmopolita.⁷⁹ Além do mais, para Kant, em *Zum ewigen Frieden*, um Estado civil legal pode exigir do outro Estado no estado de natureza (*Naturzustand*) para aderir a algum tipo de constituição civil ou deixar a vizinhança. Para ele, mesmo que não haja nenhum poder executivo global centralizado ou nenhuma instituição neutra suprema executando diretamente o exercício do direito de hospitalidade sob os Estados, a adesão ao direito cosmopolita não é voluntária, apenas a execução é indireta. Isso ocorre porque o estado de natureza é *per se* uma ameaça – embora não uma ameaça *de facto* – para os Estados constitucionais, isto é, trata-se apenas de um *statu iniusto* (cf. ZeF VIII, 349). Estados legais estão mutuamente obrigados a observar o direito de hospitalidade, a fim de exercer o seu poder soberano de um sobre o outro. Portanto, em vez de centralizar a execução do direito cosmopolita em uma unidade política ou em uma instituição suprema sem coação externa – ariscando novamente ou um sistema ineficaz ou um sistema despótico – é melhor descentralizá-la, segundo Kant, ao nível particular. É preferível uma auto execução (necessária ou induzida) do que uma voluntária. No entanto, de acordo com Kant, obter a paz mundial exige que cada nação concorde com a aplicação dos artigos preliminares e definitivos de *Zum ewigen Frieden*. Assim, as nações deveriam ser, pelo menos, comumente responsáveis pela execução do direito de hospitalidade, em termos legais e não apenas em termos morais. Em caso contrário, o direito de hospitalidade

⁷⁹ Cf. Kleingeld, P. *Kant and Cosmopolitanism*. p. 73.

seria inútil para a paz mundial, enquanto que a paz não seria nada mais do que um cessar-fogo, obviamente, o que Kant não está procurando (cf. ZeF VIII, 343).

Uma auto execução (necessária ou induzida) do direito cosmopolita não implica que o direito de hospitalidade deveria ser incondicional (como um dever perfeito é). Os Estados podem decidir por negar esse direito universal dos estrangeiros, permitir um tratamento hostil para com eles, caso os Estados entendam que a visita dos estrangeiros represente uma ameaça aos cidadãos locais. Entretanto, especialmente depois do recente ressurgimento do terrorismo, globalização e da crise financeira mundial, o que é considerado ser uma ameaça aos cidadãos está longe de ser o risco de vida. Ao avaliar as limitações do direito kantiano de hospitalidade, S. Benhabib pergunta-se, por exemplo, se a convergência entre diferentes culturas pode ser considerada como uma ameaça moral e se a competição no mercado de trabalho pode ser vista como um risco aos padrões de vida atuais dos cidadãos.⁸⁰ Nesse sentido, o direito de hospitalidade pode ser interpretado (amplamente ou estritamente) como arbitrário.⁸¹ Como resultado, pode acontecer que os estrangeiros sejam, de forma justificável, tratados com hostilidade sem realmente merecê-la. No entanto, em vez de propor uma solução para a arbitrariedade ao nível da hospitalidade – o que é considerado ser uma limitação do direito cosmopolita, fundamentado em razões históricas – poderíamos pressionar ainda mais o problema, como S. Benhabib o faz, ao conectar o direito de hospitalidade com o direito dos estrangeiros por associação política no país anfitrião.⁸² Para ela, o direito de associação não é um contrato de beneficência, como ele era para Kant,

⁸⁰ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 36-37.

⁸¹ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 36.

⁸² Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 38.

mas um direito humano, como o direito de hospitalidade parece ser. A fim de resolver o problema da arbitrariedade em geral, S. Benhabib estabelece exigências tanto para os Estados quanto para os estrangeiros. Todavia, ela acomoda juntos os direitos (territoriais) dos Estados soberanos e os direitos humanos universais em uma forma excessivamente prudente ao aplicá-lo às políticas de imigração. Enquanto os estrangeiros devem cumprir condições instituídas pelos Estados para obter uma nova associação política, os Estados devem tornar tais condições transparentes, consistentes e não discriminatórias.⁸³ Mas as condições ainda são dadas pelos Estados e é difícil afirmar que o problema da arbitrariedade esteja resolvido, desde que os Estados apenas necessitam apresentar as “razões corretas” para serem capazes de continuar a expulsar os imigrantes dos seus territórios, negando, embora indiretamente, o direito humano de migrar.⁸⁴ Se os Estados mantêm o direito de afastar os estrangeiros, de forma que eles se comportam pacificamente, isso ocorrerá sem hostilidade e se eles oferecem algum tipo de perigo, o tratamento será hostil, então, na prática, todo direito universal que o estrangeiro possui protegido pelo direito de hospitalidade é uma especificação sobre a maneira como ele será expulso. A única situação que exige um tratamento diferente e aplicação completa do direito de hospitalidade por parte dos Estados é, de fato, o caso dos requerentes de asilo e refugiados, desde que eles não podem simplesmente ser enviados de volta para os seus países, pois isso acarretaria na sua destruição.

⁸³ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 4.

⁸⁴ “Artigo 13. (1) Todo ser humano tem o direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. (2) Todo ser humano tem o direito de sair de qualquer país, inclusive do seu próprio, e de retornar ao seu país”.

III. UM DIREITO HUMANO PARA OS VISITANTES, MAS NÃO PARA OS HÓSPEDES?

Quão universal é o direito de hospitalidade? Considerando o significado pleno da versão restrita do direito cosmopolita de Kant, poder-se-ia esperar que o direito de hospitalidade, um direito natural dos estrangeiros, como diz Kant (cf. ZeF VIII, 358), procuraria ser universal porque ele se aplica a todo estrangeiro. Para ele, originalmente, todas as pessoas têm o direito de posse comum da superfície da terra e ninguém tem qualquer privilégio de ocupar uma área sobre a outra. Sendo igualmente concedido por essa razão, as pessoas poderiam usar os recursos naturais disponíveis a elas para viajar grandes distâncias, para se estabelecer em áreas inóspitas e mesmo tentar contato com outros (cf. ZeF VIII, 358). S. Benhabib interpreta a esfericidade da superfície da terra como uma condição limitante da liberdade externa,⁸⁵ ou seja, um espaço para a organização (*agency*) da liberdade humana.⁸⁶ Entretanto, o direito estendido a todo estrangeiro é meramente formal. É importante notar que, para Kant, um estrangeiro possui o direito de hospitalidade apenas como um *Besucher* (visitante), mas não como um *Gast* (hóspede) (cf. ZeF VIII, 358). *Besucher* e *Gast* são usados coloquialmente como sinônimos e traduzido pelas mesmas palavras, visitante e hóspede, o que faz com que seja difícil de entender para quem o direito de hospitalidade realmente se aplica e quão universal ele realmente é.

⁸⁵ “[...] the sphericity of the earth’s functions for Kant as a limiting condition of our “outer freedom”” (Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 34).

⁸⁶ “Kant explicitly rejects the *res nullius* thesis in its Lockean form, seeing in it a thinly disguised formula for expropriating non-European peoples who do not have the capacity to resist imperialist onslaughts” (Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 31).

Não há nenhum *direito à hospitalidade*, pelo qual se possa fazer essa afirmação (para o que seria exigido um contrato especialmente benéfico para torná-lo um hóspede por certo tempo), mas um *direito de visita* que pertence a todos os homens para se apresentarem à sociedade em virtude do direito de posse comum da superfície da terra, sobre a qual, como superfície esférica, não podem se dispersarem ao infinito, mas têm que se suportarem, por fim, um ao lado do outro, pois ninguém tem originariamente mais direito do que o outro por estar em um lugar da Terra (ZeF VIII,358).⁸⁷

A tradução dos termos *Besuchsrecht* e *Gastrecht* respectivamente por “direito de visita” e “direito de hospitalidade” ou “direito de ser hóspede” possuem significados semânticos diferentes. Nesse sentido, irei me apropriar da descrição que S. Benhabib nos oferece desses termos. Por *Besuchsrecht*, ela entende “o direito de permanência temporária” (a *right of temporary sojourn*)⁸⁸ de um indivíduo em um país estrangeiro. Por *Gastrecht*, ela entende “o direito de ser um visitante permanente” (the *right to be a permanent visitor*).⁸⁹ S. Benhabib pretende, com ambas as descrições, confrontar os dois tipos de direito para, assim, poder desafiar a diferença entre eles e estender as justificativas universais do direito de hospitalidade ao direito

⁸⁷ „Es ist kein *Gastrecht*, worauf dieser Anspruch machen kann (wozu ein besonderer wohlthätiger Vertrag erfordert werden würde, ihn auf eine gewisse Zeit zum Hausgenossen zu machen), sondern ein *Besuchsrecht*, welches allen Menschen zusteht, sich zur Gesellschaft anzubieten vermöge des Rechts des gemeinschaftlichen Besitzes der Oberfläche der Erde, auf der als Kugelfläche sie sich nicht ins Unendliche zerstreuen können, sondern endlich sich doch neben einander dulden müssen, ursprünglich aber niemand an einem Orte der Erde zu sein mehr Recht hat, als der Andere“.

⁸⁸ Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 27.

⁸⁹ Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 27.

de associação.⁹⁰ Nesse sentido, ela se pergunta se seria possível e como seria possível que um visitante se torne um membro político de um governo republicano.⁹¹ É possível afirmar que, a partir da posição de S. Benhabib, hóspedes (*guests*) deveriam ser igualmente autorizados pelo direito de associação, assim como os visitantes são autorizados pelo direito de hospitalidade. Ambos deveriam ser considerados como direitos humanos e justificados pelos princípios universais da moralidade.⁹²

No entanto, considero que a descrição de S. Benhabib não seja uma escolha adequada para realizar os próprios objetivos dela. Em primeiro lugar, por que “o direito de permanência temporária” é um direito temporário, e não permanente. A promoção da paz perpétua requer que o direito seja estável, constante, perene, como o próprio artigo definitivo de Kant exige. Entretanto, o que é temporário é o período de tempo em que o visitante é permitido ficar em contato com o país visitado. Se essa é uma observação menor sobre a descrição de S. Benhabib sobre o *Besuchsrecht*, isto é, sobre “o direito de permanência temporária” (*a right of temporary sojourn*),⁹³ talvez a escolha dela por enfatizar a permanência, não a torna tão menor assim. O fato de que esse direito também é compatível com o direito que os Estados possuem para negar a entrada de estrangeiros pacíficos em seus territórios faz com que o *Besuchsrecht* (“o direito de permanência temporária”) não signifique ‘o direito de permanência temporária’, porque nenhuma permanência é abrangida por esse direito, mas apenas um contato, uma aproximação com o país visitado.

⁹⁰ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 38.

⁹¹ Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 39.

⁹² Cf. Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 42.

⁹³ Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 27.

Sobre a descrição do *Gastrecht* como “o direito de ser um visitante permanente” (*the right to be a permanent visitor*),⁹⁴ S. Benhabib parece ignorar que o *Gastrecht* é para ser um “direito de ser um visitante permanente”, porém por um período de tempo não estável. A única maneira de um estrangeiro se tornar realmente permanente em um país estrangeiro é através da residência permanente (o que o poder político nem sempre garante) ou através da naturalização. Caso contrário, a estadia de um estrangeiro é dependente das circunstâncias econômicas e políticas do país anfitrião. Além disso, outro problema é que, ao usar a palavra ‘visitante’, S. Benhabib perde a oportunidade de se beneficiar dos diferentes significados das palavras traduzidas, como bem o faz David L. Colclasure, tradutor norte-americano do referido texto kantiano.⁹⁵

Em inglês, assim como também em português, ‘visitante’ (*visitor*) significa uma pessoa não necessariamente convidada ou não esperada, de modo especial. Ao contrário, ‘convidado’ (*guest*) é uma pessoa convidada, ou, pelo menos, uma pessoa esperada. Nesse sentido, pode-se falar que há ‘visitantes do museu’ e ‘convidados para o jantar’, por exemplo. Essa diferenciação pode ser muito útil para explorar os conceitos de *Besuchsrecht* como um direito para os visitantes, ou seja, um direito para as pessoas não necessariamente convidadas ou não esperadas, e *Gastrecht* como um direito para os hóspedes, ou seja, um direito para os convidados, ou, pelo menos, para as pessoas esperadas e/ou convidadas. Nesse sentido, quando um país precisa de força de trabalho extra, por exemplo, e abre as suas fronteiras para um tipo específico de estrangeiros que possam contribuir para a economia e o desenvolvimento do país, o caso dos *Gastarbeiter*, por exemplo, os hóspedes são, de alguma maneira, convidados ou esperados para entrar no

⁹⁴ Benhabib, S. *The Rights of Others*. p. 27.

⁹⁵ Ver página 82 da tradução.

país e preencher algumas lacunas do mercado de trabalho. Então, o país de destino não é apenas um país para ser visitado ou um país a se visitar, mas um país de acolhimento. Diferentemente, se nada no país de destino faz com que os estrangeiros provavelmente contribuam para o bem-estar dos nativos, ou se eles não representam nenhuma vantagem, mas, muitas vezes, exatamente o contrário, eles podem até ser vistos como um risco social, econômico ou cultural para a sociedade, eles têm apenas o direito de serem visitantes, porém não hóspedes – como turistas, refugiados, ou requerentes de asilo, por exemplo. O país de destino não é propriamente um anfitrião, mas um mero país a ser visitado. É importante notar a diferenciação entre ‘país a ser visitado’ e ‘país anfitrião’ porque as responsabilidades de um país de destino como um ‘país a ser visitado’ ou como ‘país anfitrião’ não são as mesmas. A segurança social, por exemplo, está excluída do primeiro caso, mas incluída no segundo caso. Essa situação se torna um grave problema quando os imigrantes sem documentos fazem o que os hóspedes fazem, mas têm apenas um direito de serem visitantes.

Essa diferenciação torna-se importante com a finalidade de clarificar as contradições de se ter um direito humano para visitantes, mas não para hóspedes. Porque nós deveríamos ter um direito para com as pessoas não esperadas e não um direito para com as pessoas esperadas? Dado isso, estaríamos nós moralmente autorizados a tratar as pessoas como meios? Isso é relevante porque consiste na forma em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos está formulada: as pessoas tem o direito de emigrar, mas não de imigrar através das fronteiras nacionais.⁹⁶ S. Benhabib não está notavelmente propondo que o direito de associação e o

⁹⁶ “Artigo 13. (1) Todo ser humano tem o direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. (2) Todo ser humano tem o direito de sair de qualquer país, inclusive do seu próprio, e de retornar ao seu país”.

direito de hospitalidade tornem-se o mesmo direito, de forma que o turista poderia repentinamente adquirir associação política em um território estrangeiro. Ela só quer encontrar ambos os direitos como direitos humanos: toda pessoa tem o direito de não ser tratado com hostilidade ao visitar um território estrangeiro, bem como toda pessoa tem o direito de ser um membro político de uma comunidade. O problema com a formulação dela surge quando a tentativa de transferir essa alegação para políticas de imigração é limitada pelo direito soberano dos Estados de controlar os seus territórios, tornando o direito de associação não menos formal do que o antigo direito kantiano de hospitalidade.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENHABIB, Seyla. **Another Cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KANT, Immanuel. **Kants Werke**: Akademie Textausgabe. 9 Bände. Berlin: Walter de Gruyter, 1968.
- KLEINGELD, Pauline. **“Approaching Perpetual Peace**. Kant’s Defence of a League of States and his Ideal of a World Federation”. In: **European Journal of Philosophy**. Vol. 12; Nr. 3; 2004. p. 304-325.
- KLEINGELD, Pauline. **“Kant’s Changing Cosmopolitanism”**. In: RORTY, Amélie Oksenberg & SCHMIDT, James. **Kant’s Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Aim. A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 171-186.
- KLEINGELD, Pauline. **„Kants politischer kosmopolitismus“**. In: **Jahrbuch für Recht und Ethik**. Vol. 5; 1997. p. 333-348.

-
- KLEINGELD, Pauline. **“Kant’s Cosmopolitan Law. World Citizenship for a Global Order”**. In: **Kantian Review**. Vol. 2; 1998. p. 72-90.
- KLEINGELD, Pauline. **“Kant’s Cosmopolitan Patriotism”**. In: **Kant-Studien**. Vol. 94; Nr. 3; 2003. p. 299-316.
- KLEINGELD, Pauline. **“Six Varieties of Cosmopolitanism in Late Eighteenth-Century Germany”**. In: **Journal of the History of Ideas**. Vol. 60; Nr. 3; 1999. p. 505-524.
- VERSELLE, Christophe. **La Déclaration Universelle des Droits de l’Homme**. Chaque article commenté à la lumière de l’actualité. Paris: Libro, 2008.
- ZANELLA, Diego Carlos. **O cosmopolitismo kantiano: do melhoramento dos costumes humanos à instituição da paz**. Tese de doutorado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

Seção III

Filosofia do Direito em
Seu Próprio *Locus*

The curious case of the ambiguous constitution of the political in Carl Schmitt

Agemir Bavaresco
Danilo Vaz-Curado R. M. Costa

Introduction

The following study aims at presenting the concept of the *political* and the ambiguities found in its use, parting from the reflections about the *political unit* and its triple division, as they are exposed in the text *Staat, Bewegung, Volk* by Carl Schmitt. In order to achieve its aim, this text will be divided in three parts.

The first part of the text will reconstruct the notion of the political in the work *Concept of the Political*, showing its structure, its aim and its conceptual determinants. In this part, we hope to delimit the ordinary and common pattern in Carl Schmitt's argumentations about the concept of the *Political*, thus preparing the conditions for the central thematization to be developed in the present text.

In the second part, the present paper will explain how this concept of the *Political* is organized, and will show its constitution as having in its genesis a triadic structure, the same structure which is exposed in *State, Movement, People*,

trying to determine its structure, proposal and conceptual determinants.

In the third part, a comparison will be made of the conceptual perspectives of the *Political* as they are shown in *Concept of the Political* and *State, Movement, People*, to argue, in the following part, in terms of an ambiguity of the concept of the political shown in *State, Movement, People*, without having to assume with this a rupture in the order of concepts in Schmitt's thinking.

1. The Political in *The Concept of the Political*

The first question that imposes itself is: why begin a text about the ambiguity of the political in the work SBV⁹⁷ with another work, namely *The Concept of the Political*? The answer seems to be extracted from the proper development of concepts in Schmitt's thinking, because if in BP⁹⁸ the political emerges as consubstantial of the State and the crisis of this relationship is the focus of the essay, in the general context of the scientific production, the *Political* will be a theme that will not enjoy any other explanatory corpus until approximately 1969 with the new edition of *Political Theology*.

There are several reasons which could explain this absence of the thematization of the question of *the political*, but we admit that this absence is mainly due to the clarity and maturity which this subject assumes already in *The Concept of the Political*⁹⁹, a maturity which should be re-evaluated in consideration of the troubled times before World War II.

⁹⁷ Staat, Bewegung, Volk [State, Movement, People].

⁹⁸ From now on, every time the work *Concept of the Politician* is mentioned, the abbreviation BP will be used.

⁹⁹ In this context, Sandrine Baume's *Carl Schmitt penseur de l'Etat* makes useful reading.

Carl Schmitt declares in his afterword of the BP of 1932 that the concept of the *political* is an immeasurable one, which differs from the usual concepts of political theory in general and political science specifically, on which quantitative methods of measurement concerning its valor and potential of diagnosis are applied, for example: *participation of the people*, political Party etc.

This immeasurable character resides in the vitality status of the object to which it refers itself, because since life itself generally is dynamic, and the *political* is one of the essential dimensions specifically of human life, its field cannot be delimited by definitions *ad extra*¹⁰⁰. All definitions, which appeal to a concept that does not belong to the argumentative sphere in appreciation, are understood as *ad extra*, for example, discussing the state parting from a playful principle, etc.

To understand the *Political*, apart from this necessary comprehension of the field of the political, the phenomenon's repeated re-incursions in history, in its always renewed formation, cannot be let escape from view. One of the principal conclusions Schmitt arrives at in his introductory reflections about the delimitations of the political *field* in BP¹⁰¹ is that: the concept of the State is extensible to the Political, and there has happened the State's dethronement as detainer of the monopoly of the political.¹⁰²

¹⁰⁰ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. p. 9 „Das Beziehungsfeld des Politischen ändert sich fortwährend, je nach den Kräften und Mächten, die sich miteinander verbinden oder voneinander trennen, um sich zu behaupten“.

¹⁰¹ *Der Begriff des Politischen [the concept of the political]*

¹⁰² Carl Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. p.10 „Der Staat als das Modell der politischen Einheit, der Staat als der Träger des erstaunlichsten aller Monopole, nämlich des Monopols der politischen Entscheidung, dieses Glanzstück europäischer Form und occidentalen Rationalismus, wird entthront.“

Such an observation belongs to the level of the historical configurations of the determination of the field of the political as a condition of the destitution promoted by liberalism in the area of the State, taking away from the state-owned being the primacy and capacity to coalesce the dimension of the political¹⁰³ which promotes order.

Schmitt points out that liberalism and its analytical tendency of quantifying reality and subsuming the space of decision to calculation, deliberation to interest, public affairs to private desire, disarticulated the *Political* as a dimension of the State and dissolved it into civil society.

In the light of his reflection about the incapacity of the State, at the time of Liberalism, to constitute, coalesce and be the space of the *Political*, Carl Schmitt comes to the conclusion that “the concept of the State presupposes the concept of the political”¹⁰⁴, but that the association of the *state-owned* and the *political* is not legitimate anymore¹⁰⁵, because, if the State constitutes itself as the peculiar condition of a people that provides the means of decision, at the same time in Schmitt’s time, as it seems to be the case in our time, such decisions were put in the merely practical-scientific field of deciding depoliticized institution, emptying the polemical dimension of the political.

According to Schmitt, this trajectory of dissociation between the *Political* and the *State* begins at the time of the Absolutist State in the 18th century and is consummated with the Neutral State of the 19th and 20th centuries. With their

¹⁰³ For an ample vision of this theme, see Bernardo Ferreira, *O risco do político*.

¹⁰⁴ Carl Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. p.13 „So lautet gleich der erste Satz: »Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus.“

¹⁰⁵ Carl Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. p.24 „Dagegen wird die Gleichung Staatlich = Politisch in demselben Masse unrichtig und irreführend, in welchem Staat und Gesellschaft sich gegenseitig durchdringen [...]“.

principles of representativeness, Parliament, equality, individualism, the State under the Rule of Law, among other things, democracy and liberalism abolished the unity between the state and the Political by depoliticizing the sphere of action of the political inside the state.¹⁰⁶ In Schmitt's opinion, there has happened a rupture of the relationship between human life and the institutionalized forms of its realization itself, delivering human action to the field of tendency, instrumental action and privatization of the world of life.

With liberalism occurs a false politicization of the intermediary social instances through the disappearance of the distinctions between the various levels of organization of sociability (for example religious, cultural, economic, juridical, and scientific). By eliminating the distinction which marked these meta-levels, liberalism ends up erasing the distinction between *State* and *Society* itself, thus leading to the state's incapacity of putting itself as the *detainer of the monopoly of the Political*.

By delimitating the constituting dimensions of sociability, which determine the political, depoliticizing them, and nullifying their limits, democracy and liberalism neutralize the agonism that nurtures and vivifies the relationship between: State and Society, State and the Political etc. By doing this, instead of suppressing the *political*, they allowed that in the face of the displacement of the State as place of the *Political*, the political emerged in its most immediate form, as it shows itself in civil society. In conducting the dislocation of the *political* from the *state* to its intermediate organizations, the dispersion of political space conducted its loss of autonomy. Civil society not only

¹⁰⁶ The perspective developed here stands exactly opposite to that of Sandrine Baume in *Le talon d'Achille de la distinction schmittienne Du politique*, where there is a error of the political as localized in the state in an obvious devaluation of explicit hints of Carl Schmitt against such a localization.

subsumed the place of the political, but it neutralized the state's action.

Before we establish the distinctive criterion of the political, it is necessary to line out the use of the expression to avoid inconsistencies, because the political is the central concept of Schmitt's reflection until the Second World War, and is substituted only after the fall of National Socialism by the notions of *Nomos*, *Grossraum* and *concrete order*, even when taking into consideration the established record in *BP*.

As paradox as may be an affirmation like this, the political constitutes itself in various dimensions¹⁰⁷, like the one where it has a (i) **saving pretention**, which is that of remaking the spiritual texture of an entire people and specifically the German people, in other words restore to the institutions the lost political unity; in the same way, the political can assume a (ii) **transcendental dimension**, by constituting itself as the condition of possibility for legal and political order in contemporary society; and finally, a (iii) **technical dimension**, where the *political* is object of study of a specific science, political science, among so many other possible uses.

Therefore, in the eyes of Schmitt, *the Political* constitutes itself in the condition of communal organization, any kind and any way of communal organization, which underlies that same organization, without submitting to the rational criteria of its self-comprehension.

The political is a concept from an extreme sphere, in other words, it does not allow or let itself be seized by the conceptual outlines of the science which approaches it, but passes over them. An example of this is the text *Political Theology*. There, the *political* is studied in the light of its theological realization. Another example is *State, Movement, People*, where it emerges in the light of its realistic condition.

¹⁰⁷ Here, we follow in general the reflections of H. G. Flickinger in *Social Movements and the Construction of the Political*, p. 13f.

None of these ways of reading, however, is condition for the other, they are complementary.

With this previous clarification, we can approach the way of outlining the notion of the *political* in the work *Concept of the Political*, referring to the antinomy *friend – foe*. The first question that comes to mind is why Schmitt uses a dualistic criterion to circumscribe the notion of the political. The answer certainly lies with the foe itself that Schmitt puts in front of himself, liberalism, and its capacity to neutralize all dimensions with which it relates by distinguishing and depoliticizing them.

The use of the criterial dualism possesses the dynamic character of separating and distinguishing the spheres to be established by its use, without reducing them to this criterion. Such a distinction promoted by the criterion *friend – foe* is conceptual, but not defining, in other words, it permits its conceptual seizure without having to enclose it within the limits of a definition. In this way, such a criterion can relate to any specifically political action, without submitting it to a model of a normative kind. Remember, the political is a concept from an extreme sphere.

Concerning his criterion, Schmitt remarks

The specifically political distinction, to which political actions and motives can be related, is the discrimination between friend and foe. It provides a conceptual determination in the sense of a criterion, not of an exhaustive definition or specification of contents.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. P. 26 [trans. 51] „Die spezifische politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind. Sie gibt eine Begriffsbestimmung im Sinne eines Kriteriums, nicht als erschöpfende Definition oder Inhaltsangabe.“

It is important to accentuate here that the present distinction does not place itself among the clear opposites like good and bad, morally proper, or beautiful and ugly. While typical of an esthetic judgment, such an opposition is put there as a *criterion* and not a valorizing judgment in itself. Schmitt believes that in this way his criterion has objectivity,¹⁰⁹ because it is capable of confronting other differentiations without reducing itself to them, summing up, to be understood as something independent.

The opposition *friend-foe* [Freund-Feind] just indicates the grade of intensity in a relationship with view to an associative, communitarian, and thus to a political end! Schmitt's admonition is fundamental, because the foe is not necessarily immoral, esthetically ugly or economically the rival.

The foe is the stranger [*Der Fremde*], the one who denies what presupposes my concept of the State, by extension denying me as existentially the carrier and consignee of the political.

The *stranger as foe* is all that carries the antagonistic principle to my existential concretization of the political, where the possessive pronoun *my*, of course, is not understood as the first person singular of a concrete subject, but that of a concrete community.

It must still be registered that the foe is the *public, hostis*, and never *inimicus*; all the tension of the concept lies in *polemos*, so as not to fall back into the liberal argument of the foe as rival. Foe is what is seen as the greatest political antagonism, as the most extreme contraposition.

¹⁰⁹ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. P. 28 [trans. 53] „Die seinsmässige Sachlichkeit und Selbständigkeit des Politischen zeigt sich schon in dieser Möglichkeit, einen derartig dpezifischen Gegensatz wie Freund-Feind von anderen Unterscheidungen zu trennen und als etwas Selbständiges \u0026u begreifen.“

In the words of Flickinger, Schmitt “[...] recognizes the sphere of the political as the last and insurmountable resort for the legal-rational legitimization”¹¹⁰ of communitarian life, and he has to be understood in the terms of this explanation.

2. The *Political in State, Movement, People*

First, an explanation has to be given for the choice of such a controversial text. Why? The *first* justification lies in a certain forgetfulness that it was submitted to because of the irreparable errors Schmitt committed in his personal choices; a *second* justification lies in the polemic character in which it is constituted, delimitating, describing and explaining in an immediate way and without prevarications the concept of the political as it arises in a *state of emergency*, in which Carl Schmitt falls when he edits the text; and the *third* justification is that the ambiguity, which will be argued as being present in the text and constitutive of the notion of the political, is what confers its internal coherence in Schmitt’s entire work.

State, Movement, People is a little text which is generally associated with Schmitt’s opportunism in the face of the ascension of National Socialism, which is divided in three parts: (i) The actual constitutional situation¹¹¹, (ii) the tripartite linkage of the political unity¹¹², (iii) the bipartite construction of the liberal-democratic State and the actual state of public service¹¹³ and, last, (iv) authoritarianism and

¹¹⁰ H. G. Flickinger in *Social Movements and the Construction of the Political*, p. 16.

¹¹¹ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, pp. 5-10.

¹¹² Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, pp. 11-22.

¹¹³ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, pp. 22-32.

homogeneity of race as fundamental concepts of national-socialist law¹¹⁴.

As an introduction, the question has to be asked why Schmitt adopts, in *State, Movement, People*, a triadic structure as hermeneutic constituent of the *Political*, and not the antinomian dualism of *BP*. Two reasonable hypotheses can be established. The first refers to the political-constitutional state of affairs itself at the generative and formative moment of the text, which changed brutally, getting out of a State under the rule of liberal law into the resignation of a State of total exception. The second is linked to the necessary reconfiguration of the political, because of the entrance of a reorganizing, mediating element into its structure ¹¹⁵ by the substitution of the liberal state.

Concerning the new constitutional situation of Germany as basic element of Schmitt's reflections, it is necessary to always point out that the ascension of National Socialism happened by the ways provided by juristic positivism, which finds in Law the ultimate criterion of legitimacy, something that goes strictly against Schmitt's thesis at the time.

A second mentioning has to be made of the innovative character to which was alluded before, concerning the conformation of pre-Nazi¹¹⁶ National Socialism in its role as driving element of the energetic forces

¹¹⁴ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, pp. 32-46.

¹¹⁵ We do not join here theses like that of Reinhard Mehring, who regard Schmitt as a pathetic Hegelian, as if the triadic option hides an old Hegelian thesis which had already been exposed in his book *Orbit of the Planets* that "Quadratum est lex naturae, triangulum, mentis", the square is nature's law, the triangle the spirit's. Meaning that the triadic structure corresponds to the law of the Spirit itself which constitutes the world.

¹¹⁶ I call the ascension of National-Socialism, until the change of the total state into the racist state and the first enactments violating the rights of the first order like liberty, life, property, opinion etc., in short, the liberal rights, pre-Nazi.

at that time. They can be translated into a phrase of Schmitt's in *State, Movement, People* that "The primacy of the political leadership assumes the function of a fundamental, positively valid law of the present State."¹¹⁷

Through which is deduced that the relationship between National Socialism and Schmitt's thinking, or the thesis that Schmitt was National Socialisms ideologist, must be put into context in a better way and not just assumed, as does, for example, Zarka.¹¹⁸

This new thing is the appropriation of the political by one of its constituting dimensions, something unknown to liberalism which dissolved the political, neutralizing it. This new data which presents itself in *State, Movement, People* will reveal itself as the internal point of coherence of Schmitt's work, namely, the essential character of the political and its necessary assumption as legitimizing condition for the juridical.

It is notable that even where Schmitt's thinking accesses to the horrors of a political understanding of the world like that of National Socialism, it has no opportunist character and is no mere access, but the belief in the *Political* as fundamental dimension of the political existence.

What is this new structure of the political and what is its function towards *State, Movement, People*, which determinate it?

Beginning with the determining factors, we affirm with Schmitt that there is a primacy of the *Movement* over State and People¹¹⁹, so that the *Movement* is the binding element which pervades, leads and structures the unity of their political constitution.

¹¹⁷ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 10.

¹¹⁸ ZARKA, Yves, Charles, *Um détail nazi dans La pensée de Carl Schmitt*. Paris: PUF, 2005.

¹¹⁹ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 12.

Schmitt professes that they connect and relate in a transversal manner. They also have different notes and distant constituents; there is a kind of *conformatio oppositorum* between them. Each word – *State, Movement, People* – as delimitating nucleus of the semantics of its constitution, has the ability to represent the differentiated and the differentiating, as well as the political unity,¹²⁰ without promoting the discontinuity which is constitutive of them.

The elements *State, Movement, People* are arranged as follows:

- The State corresponds to the political element in its *static dimension*.
- The movement carries out the political element in its *dynamic dimension*.
- The people, in its turn, reveals itself as element of the *apolitical dimension* [*unpolitische*].

There is no true opposition amongst them, and this leads to Schmitt's rupture with the antinomian model of Weimar and the dualism used in *BP*, because such a presupposition would imply assuming that the new (National Socialism) has to use the old (liberalism), thus restoring the liberal rips, and relativizing the constitution of the political.

Concerning this point, Schmitt is peremptory enough, affirming that "The living cannot legitimize itself from what is dead, nor does strength have to legitimize itself

¹²⁰ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 12. „Jedes einzelne der drei Worte Staat, Bewegung, Volk kann für das Ganze der politischen Einheit gebraucht werden. Es bezeichnet aber gleichzeitig auch eine besonder Seite und ein spezifisches Element dieses Ganzen.“

from weakness”¹²¹. At first view, such a perspective seems a kind of transposition of violence to political language, but, on the contrary, Schmitt wants to emphasize the inseparable, agonized character of the *Political*.

Already at this point in Schmitt’s work, there are signs of ambiguity structuring the Political, because if in *BP* the political was a concept of extreme sphere not to be submitted to a scientific-instrumental logic, to a *definition*, Schmitt tries, in *State, Movement, People*, to establish an enclosure to the political, denying its proper meta-rational or pre-rational origin which cannot be reduced to the logical-metaphysical or descriptive discourse of science, by identifying it with the movement and describing it with scientific pretensions of a functional type.

But where is the enclosure of the Political in *State, Movement, People*? To Schmitt, the answer is clear and can be found in the identification of the movement with the political and the restoration of the thesis that the political *presupposes the State*, which had already been proclaimed in *BP* and was implemented in *State, Movement, People* as an ideological excuse for the national socialist movement.

If, in *BP*, the State is the *field of the political*, in *State, Movement, People* the political will be localized in the *movement*. There is, in *State, Movement, People*, a spacial-temporal determination and a conceptual localization of the *political in the movement*, while in *BP*, the field of the political was only determined in space, not in time.

Because of this difference of the *space of the political* in the works *BP* and *Staat, Bewegung, Volk*, it is possible to argue that there is an initial sense of coherence in Schmitt’s analysis of the *political* in the two works, because the *political is not static*, while at the same time proposing its ambiguity.

¹²¹ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*. P. 8. „Das Lebendige kann sich nicht am Toten und die Kraft braucht sich nicht an der Kraftlosigkeit zu legitimieren.“

In Schmitt's words:

Especially the movement is as much the State as it is the people; and neither the present State (in the sense of political unity), nor the present German people (as subject of the political unity *German Reich*) could be imagined without the movement.¹²²

In this way, Schmitt connects the structure of the concept of the political in *State, Movement, People* with its identification with the movement. Where in *BP* there was a criterion of visualization of the political, in *State, Movement, People* there is the proper hypostasized identification of the *Political* with one of its constituting dimensions.

In this perspective developed by Schmitt, the movement plays a logical role of mediation [*Vermittlung*] between the dimensions which, because of the political-liberal organization, remained lost in their extremes (the state and the people), and reconnects them.

In this way, the party or the movement is as much the people, where it belongs to the party's political project, as it is the State, where it is constituted of the body of organs and divisions of the State which are linked and reunified by the movement¹²³, which realizes its political essence in the technical-bureaucratic dimension.

In this way, the *Political* loses its polemic character, and its new constitution empties its agonizing character so that it ceases to be a concept from an extreme sphere which cannot be reduced to a data of reality, and identifies directly with reality itself, reducing itself to one of reality's constituting moments.

¹²² Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 12.

¹²³ It is necessary to remember here that National Socialism instituted the suppression of party plurality and instituted the reign of one party alone.

Schmitt affirms that “The tripartite articulation [...] does not transpire only in those cases, where people try to overcome the dead ends of the liberal-democratic system [...]”¹²⁴, in other words, the new constitution of the political proposed by Schmitt possesses as one of its constituting dimensions the overcoming of the crossroad posed by liberalism to understand the State as rule of law, dissolving it into the normative molds of universals like: right to education, right to liberty, right to equality, renouncing its political-existential dimension, which advocates no right to [...], but the unity between *Being* (the political) and its normative pretensions (the must-be).

And the dead end to which Schmitt alludes is the fact that, before national-socialism, the State had lost the primacy and the monopoly over the Political, dissolving, dispersing and diffusing it in the spheres of morals, economy, law, religion etc. The political is now, however, *enclosed* in one of the vectors through which it should become effective, the *movement*.

Flickinger adduces that “The valorization of the national-socialist movement [by Schmitt] feeds on the complaint that the democratic-representative system neglects or even represses the true space of the political as place of the public struggle for the common good of the community as a whole.”¹²⁵ Such an assertion is only partly true, because in the last instance it would imply the argument of Schmitt’s opportunism and his pathetic character professed by Mehring.

In *State, Movement, People*, coherent with what was exposed in *BP*, Schmitt replaces the assumption of the State by the Political not in a theoretical programmatic way, but in a definitive way, adducing that

¹²⁴ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 13.

¹²⁵ H. G. Flickering in *Social Movements and the Construction of the Political*, p. 19.

In our time, it is impossible to determine the political parting from the State; on the contrary, the State has to be determined parting from the Political. Consequently, the constitution of the State, constructed since the 19th century by this State, and the legality deduced from it, move from the centre of the community to a different place of political life.¹²⁶

In *State, Movement, People*, the political dislocates from the **State** as dimension which, following the liberal road, structured itself in a static way, to the **Movement** as dimension which, emerging as liberalism's foe, structured itself as carrier of social dynamics and owner of a kind of authority that, due to the circumstances of the time, legitimized itself in a self-referring way.

In Schmitt's view, movement, as originating dimension of the political, will promote the political vivification of the static dimension, giving it life and dynamics, and will include in the agonizing processes of making effective the communitarian whole, the apolitical dimension of the people, outside its essential dimension.

The movement, in entering between the apathy of the people and the stagnation of the State, has claimed the space of the political for itself, enclosing it and transferring to the normative apparatus of the State the agony that is part of the movement as structure above and for the State.

In this way, the passage in Schmitt of a bipolar criterion or model of the comprehension of the political, based on the distinction friend-foe, internalizes itself in a partition into three of the dimension of the political, creating

¹²⁶ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 15. In the original: „Heute kann das Politische nicht mehr vom Staat her, sondern muss der Staat vom Politischen her bestimmt werden.“

the ambiguity in this concept which is central to his works, as we will now explain.

Such internalization corresponds to the appropriation of the German State, and consequently of the criterion and field of the political, by National Socialism, conducting the internalization of the answer to the liberal proposal in *BP* as legitimizing model of the process of the emptying of the political antagonism itself.

And it is here that emerges at full strength the ambiguous character of the political in *Staat, Bewegung, Volk*, because by internalizing the bipolar model inside of a triadic structure, localizing the political inside the *movement*, Schmitt replaced the political as originator of the institutions at the price of the fact that the criterion of the political of *BP* becomes an instrument of the realization of the *national socialist* project itself.

Schmitt turns his comprehension of the Political in *State, Movement, People* ambiguous in the exact measure in which, by not renouncing from the conceptual field of the Political of *BP*, but localizing it as an internal part of the National Socialist State, he has to restructure the *Political* according to the new determinations as exposed in the *movement*, creating an internal antagonism between the internal bipolarity of the state-owned political and the monochrome of the movement.

Where before, the friend-foe relationship described the sphere of the political, after the arrival of National Socialism, the space of the political is described by the friend-foe relationship as it is understood within the limits of the movement, because according to Schmitt

“The movement, in a specific sense, is the political element of the community, the dynamic motor in front of the static element of the public apparatus which resorts to the political standardizations and decisions which it contains; it also guarantees

politically the de-politicization of municipal and syndical auto-administration.”¹²⁷

3. Of the Ambiguous Character of the Political in Schmitt

First it will be necessary to advise that ambiguous in this case is used of a concept that has several meanings and cannot, therefore, be reduced to a definition, imprisonment or scientific reductionism. Up to a certain point, any concept that cannot be defined is, therefore, ambiguous.

In this case, the evaluation of the ambiguity in the concept of the political in *State, Movement, People* can be resumed in some key points like: The loss of autonomy of the political field, the scientific explanation of its object, the improper identification of *the whole* of the phenomenon *with one* of the ways in which it comes into being, the dislocation of the political to politics, among other data of ambiguity which could be ventilated here.

In *State, Movement, People*, Schmitt dislocates the field of the political to the field of politics, describing in terms of instrumental, strategic action a concept, which is of pre-rational basis and therefore irreducible to an empirical or historical dimension of its coming into being.

By doing this, Schmitt fell into the same drift as liberalism, although in the opposite sense, meaning: if liberalism depersonalizes, neutralizes and depoliticizes the autonomous space of the political by falling back on the impersonality of the normative order and the identification of the State as addressee of the political with the coldness of the ‘it has to be legal’, Schmitt, in the opposite sense, structures the political in a modal hyperrealism, where the movement categorically excludes the other spheres (State and People) as dimensions which carry the political.

¹²⁷ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, p. 17.

In this bias of identifying the *Political* with the *Movement*, Schmitt suppressed the autonomy of the political by identifying it directly and without mediation with the movement, and the movement with the national socialist party, taking away all the potential of the diagnosis exposed once in *BP*, and turning the political into a descriptive, empirical concept.

By describing in empirical terms the phenomenalization of the *Political* with functional data and descriptions, like the regulation, structure and even the dynamics of the movement, Schmitt included a new deficit in the loss of autonomy of the political, when with the attempt of making a science out of its object, after the enclosure followed its standardization.

During the process of turning his object into something scientific, Schmitt commits a second error, that of taking a part for the whole in a clear argument *pars pro totum* which he puts and which inappropriately universalized a concrete fact.

On the other hand, would these identifications in Schmitt's proposal in *State, Movement, People* not have the opposite effect to that claimed in this text, that is, would not they take away the ambiguous character of the political?

Not exactly, because it is argued in the present text that there is continuity between *BP* and *State, Movement, People* in the sense that the criterion of the political exposed in *BP* was internalized in *State, Movement, People*.

In this way, when the movement became the carrier of the truth about the friend-foe dimension, it turned the concept of the *Political* into an ambiguous concept, because it became the carrier of two opposed hermeneutical dimensions, that of the *Political as political* which belongs to *BP*, and this other one of the *Political as Politics* which belongs to *Staat, Bewegung, Volk*.

In this interpretative context, Carl Schmitt's moderate realism as it is exposed in *BP*, succumbs to the

hyper-realism of *State, Movement, People*, and the *political*, in all its perplexity, reveals the incapacity to be imprisoned, turning Schmitt slave to his own work, because when he tries to turn the invisible visible and to think of describing the phenomenalization of his concept, he really describes a *simulacrum*.

References

BAUME, Sandrine. *Carl Schmitt, penseur e l'État – Gènese d'une doctrine*. Paris: Press Sciences PO, 2008.

_____. *Le talon d'Achille de la distinction schmittienne du politique*. in Carl Schmitt: Nomos, Droit et conflit dans le relations internationals. Org. Ninon Grangé. Rennes: Press Universitaires de Rennes, 2013.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do Político*. Belo Horizonte: Ed. UFMG/IUPERJ, 2004.

FLICKINGER, Hans-Georg. *Movimentos sociais e a construção do Político*. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 4, nº 1, jan.-jun. 2004.

HOOVER, William. *Carl Schmitt's International Thought Order and Orientation*. New York: Cambridge University Press, 2009

MEHRING, Reinhard. *Pathetisches Denken: Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie*. Berlim: Duncker & Humblot, 1989.

MEHRING, Reinhard. *Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen: ein kooperativer Kommentar*. Berlim: Akademie Verlag, 2003

SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit*.

Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

_____. *Der Begriff des Politischen*. Berlim: Duncker & Humblot, 2002. Siebente Auflage.

_____. *O Conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Der nomos der Erde - im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlim: Duncker & Humblot, 1974. Zweite Auflage.

ZARKA, Yves Charles. *Um détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*. Paris: PUF, 2005.

*O mundo assombrado
pelo jusnaturalismo —
Parte I:
O positivismo jurídico
como uma vela acesa
no escuro*

Leonam Baesso da Silva Liziero

Dedicado a Carl Sagan (1934-1996). Nós juristas também somos poeira de estrelas, vivendo assombrados por demônios, entre bilhões e bilhões, em nosso pálido ponto azul.

1 POSITIVISMO JURÍDICO E A NEGAÇÃO DO DIREITO NATURAL

O positivismo jurídico, desenvolvido a partir do Século XIX, constituiu-se em uma heterogênea escola de pensamento com alguns pontos em comum, sendo que um dos mais significativos é a negação da justiça como ordem

jurídica além do direito positivo e a negação da existência do direito natural.¹²⁸

A objetividade buscada por séculos das teorias do direito natural é contestada pelos autores que, preocupados pela cientificidade do direito, afastam da análise das normas produzidas pelo Estado o critério de serem justas ou injustas. Também não há o reconhecimento da ética como o sentido axiológico do direito. Isso não significa porém não reconhecer o direito com conteúdo moral e sim não identifica-lo como uma ordem da moral.

Validar o direito natural e oferecer um caráter objetivo e absoluto a uma concepção de justiça constituem meras crenças do jusnaturalismo e contrariam o caráter científico que o positivismo busca trazer na análise do direito enquanto normas e não valores.

O positivismo tem diversas vertentes e muitas de suas teorias não compartilham mesmos entendimentos. Todavia no geral buscam tratar o direito como objeto a ser conhecido por meio de um rigoroso método.

Provavelmente, entre todas as teorias juspositivistas desenvolvidas ao longo do Século XX, a mais destacada e mais estudada certamente é de Hans Kelsen (1883-1973), principalmente ao método de compreensão do fenômeno proposto pela sua *Teoria Pura do Direito*, publicada originalmente em 1934 e revista em 1960. Com Kelsen, a ciência jurídica alcançou um patamar de profundidade teórica não vista antes e rompeu com toda a dualidade e inserção de outras matérias não jurídicas em seu campo de conhecimento. Provavelmente foi um dos autores mais lidos, debatidos e criticados da teoria do direito. Especialmente no Brasil, percebe-se que é um autor mal lido

¹²⁸ Verificar uma exposição completa sobre os vários tipos de positivismo e suas principais correntes em LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 2: O Século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.25 e ss.

e mal estudado, com algumas lamentáveis publicações com imperfeições a respeito de sua teoria e que apenas disseminam a compreensão errada a seu respeito.

O presente trabalho apresentará as críticas que o positivismo, especialmente a teoria kelseniana, faz a paradigmas essenciais do jusnaturalismo, como a existência de uma ordem jurídica pertencente ao direito natural e de forma correlata, apenas o reconhecimento de uma verdade como sendo o norte para a justiça e a ordem moral. Neste raciocínio, direito natural, moral e justiça são concepções muito próximas afirmadas e reafirmadas nas teorias jusnaturalistas. O positivismo busca a desconstrução da absolutização destes conceitos, demonstrando sua relatividade a ideologização mascarada e nada científica ao atribuir uma ligação epistemológica do direito a tais conceitos.

Para tanto, apesar de ideias muito dependentes, procurar-se-á demonstrar como o positivismo realiza a crítica ao jusnaturalismo em relação ao direito natural enquanto ordem jurídica, em relação à identidade que muitas correntes do direito natural fazem entre moral e direito e finalmente em relação à justiça como critério que legitima a validade do direito positivo.

2 JUSNATURALISMO E O MITO DA JURIDICIDADE

O direito natural é direito? Essa questão contradita pelo positivismo jurídico é um paradigma geralmente visto nas teorias sobre direito natural. Em razão de grande diferença entre elas, é um difícil trabalho condensá-las ou classificá-las para compreensão.

Também é árduo o trabalho de se tentar realizar uma história do jusnaturalismo como se os paradigmas se alterassem com algumas correntes de pensamento. Certamente estudar o direito natural pela história das ideias

é um ofício que exigiria uma perspectiva complexa de como as escolas se desenvolveram e como influenciaram as subsequentes.

É demasiadamente problemático desta forma condensar o pensamento jusnaturalista e classificar as escolas do direito natural, inclusive para os propósitos deste trabalho que terá como objetivo demonstrar algumas críticas desta doutrina feitas pelas teorias positivistas. Para esta breve exposição de ideias, será aprestada uma panorâmica exposição baseada na descrição das doutrinas jusnaturalistas de autores como Zippelius, Kelsen, Bobbio, Ross, além de alguns outros. Seguir-se-á também um critério cronológico.

O conceito de direito natural é necessariamente vinculado aos de moral e justiça. Desta forma, ainda que em filosofia do direito possam ser estudados especificamente, os objetos não podem ser isolados. Algumas definições basilares da doutrina do direito natural são necessárias para o prosseguimento.

Kelsen em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* define uma característica básica de todo o jusnaturalismo que é o dualismo, derivado da filosofia platônica, ontologicamente coexistindo duas ordens normativas jurídicas: o direito natural e o direito positivo. O jusnaturalismo tem como característica o “dualismo fundamental entre direito positivo e direito natural. Acima do imperfeito direito positivo existe um perfeito – porque absolutamente justo – direito natural; e o direito positivo apenas é justificado na medida em que corresponda ao direito natural”.¹²⁹

Esta característica descrita por Kelsen é apontada também por Bobbio como “aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

conforme a justiça”.¹³⁰ O direito natural, segundo a *Teoria da Norma Jurídica* de Bobbio, determina o critério de valoração da norma enquanto justa (os outros dois critérios são a validade e eficácia), perfazendo-se no problema deontológico do direito, uma vez que estabelece uma relação entre o que é real e o que é ideal. Sobre esse dualismo também explica Robert Alexy que “a validade de uma norma do direito natural ou do direito racional não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser demonstrada por meio de uma justificação racional”.¹³¹

Bergel leciona que as doutrinas do direito natural tem alguns em comum alguns pressupostos como “a existência de princípios não-escritos superiores ao direito positivo e que se lhe impõem, a primazia da busca da justiça sobre o respeito à legalidade, a permanência de certos valores que prevalecem sobre aqueles consagrados pelos homens do Estado”.¹³² Segundo Zippelius, a busca do critério sobre o justo e o injusto na natureza, que origina a ideia de ordem natural, “só é possível sob um pressuposto metafísico: o de que uma ordem universal adequada, ‘racional’, mostra-se na realidade”.¹³³

Alf Ross comenta que o um ponto fundamental de todas as doutrinas jusnaturalistas é “o temor da existência e dos poderes que dominam o homem, e a necessidade de buscar refúgio em algo absoluto, algo que esteja acima de

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.103.

¹³² BERGEL, Jean-Loius. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

¹³³ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. Trad. Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p.142.

toda mudança e que possa oferecer paz e segurança”.¹³⁴ A variabilidade dos sentidos do direito natural gera um problema entre as diversas interpretações possíveis do conceito, que em uma linearidade cronológica, obedece a determinados padrões que tendem a uma universalidade e a uma suposta explicação racional da realidade, além de uma aproximação entre uma normatividade proveniente da natureza e as condutas humanas desejáveis pelas organizações políticas. A ideia de direito natural sempre considerará uma conectividade entre a vontade do legislador e uma ordem metapositiva que lhe confere legitimidade.

Neste raciocínio, a posição de Paulo Ferreira da Cunha: “crer ou não crer num direito natural é uma questão de fé, de convicção. E estas convicções culturais, além da vontade e da representação, dependem de fatores psicológicos e de contextos socioculturais”¹³⁵.

Inicialmente a formulação do direito natural está nos mitos gregos do período pré-socrático. O mito revela um sentido obrigatório de condutas dos homens que não pode ser sentido ou vivido, apenas especulado, cuja fonte ultrapassa os limites do mundo físico possível. A ideia de direito natural surge com um caráter simbólico da imaginação das sociedades do mundo helênico.

Conforme a *Teogonia* de Hesíodo, Zeus, ao se unir com Themis, gera a ordem (*Eunomia*) e a justiça (*Diké*), “fixa para sempre a ordem das estações na natureza, o equilíbrio dos grupos humanos na cidade (*Hórai*) e o curso inelutável dos Destinos individuais (*Moírai*). Ele se faz lei cósmica,

¹³⁴ ROSS, Alf. *Justiça e Direito*. Trad. Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p.268.

¹³⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito: Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 221.

harmonia social e Destino.”¹³⁶ A justiça tem um caráter divino presente nos mitos criacionistas da Grécia Antiga¹³⁷. No Século V a.C, Sófocles demonstra a importância da explicação dos comandos dos deuses enquanto uma ordem de direito além das leis produzidas pelos homens em Antígona, em que a personagem que nomeia a tragédia trava um debate sobre o dever de obediência a um édito de seu tio Creonte que, embora sustentado pela autoridade de ter sido criado pelo Rei de Tebas, contraria as leis dos deuses. As peças gregas retratavam a necessidade da harmonização entre *polis* e *dikaion*.

O direito natural nasce desta forma da fantasia e carrega em suas primeiras concepções este caráter mítico, de um espaço além da compreensão que é a fonte do direito. Apesar de a sofística procurar afastar a juridicidade da natureza durante o período socrático, com Platão e Aristóteles¹³⁸ – cada qual do seu modo – as concepções de verdade absoluta e bem comum como finalidades além do *nomos* ganham corpo para deslegitimar o regime democrático ateniense.

¹³⁶ VERNANT, Jean-Pierre. *Mito e Religião na Grécia Antiga*. Trad. Joana Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.33.

¹³⁷ “Em sua presença num cosmos repleto de deuses, o homem grego não separa, como se fossem dois domínios opostos, o natural e o sobrenatural. Estes permanecem intrinsecamente ligados um ao outro. Diante de certos aspectos do mundo, experimenta o mesmo sentimento de sagrado que no comércio com os deuses, por ocasião das cerimônias que estabelecem o contato com eles.” (VERNANT, Jean-Pierre. *Mito e Religião na Grécia Antiga*. Trad. Joana Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 5-6.)

¹³⁸ Sobre a ideia de justiça natural na filosofia aristotélica, ensina Höffe: “Uma aplicação literal das leis existentes pode, sem dúvida, segundo Aristóteles, conduzir ocasionalmente a uma flagrante injustiça motivo pelo qual ele considera como necessário corretivo uma justiça para o caso individual, a equidade” (HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.247)

Verifica-se que com a filosofia platônica, a dualidade entre o mundo ideal e o mundo sensível torna-se ponto chave do desenvolvimento da normatividade metapositiva. Ainda que com diferentes fundamentos, a dualidade está presente também na distinção aristotélica entre justo natural e justo legal¹³⁹. Conceitos correlatos tais como bem e justiça perfazem o ideário de um direito que por natureza deve ser bom e justo, com uma amplitude além das leis da polis. O verdadeiro sentido de justiça está presente nas leis que são criadas e regidas pelo *Kosmos*, ainda que com um sentido mítico-religioso¹⁴⁰, uma abstração não compreensível, cuja reprodução pelos homens sempre será de alguma forma imperfeita, todavia, quanto mais próxima da correspondência da ideia de bem e justiça da abstração, menos imperfeitas as leis dos homens serão.

O paradigma da transcendência também está presente nas outras escolas jusnaturalistas. Uma das principais delas, durante a Idade Média, a Escolástica, é a conciliação de fé e razão. Os dois maiores nomes do método escolástico, Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino, procuram adaptar a riqueza do pensamento helenístico à necessidade de legitimar a fé cristã perante o confuso

¹³⁹ Aristóteles define a distinção entre justo legal e justo natural, como partes de uma mesma justiça política no Livro V de *Ética a Nicômaco*: “As regards what is politically just, one part is natural, the other legal. What is natural is what has the same force everywhere and does not depend on people's thinking. What is legal is what originally makes no difference whether it takes one form or another, but does matter when people have adopted it [...] and decisions made by special decree.” (ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. Edited by Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 93)

¹⁴⁰ Conforme a posição defendida por Billier: “Platão não faz mais que seguir essa tradição de um fundamento metafísico-religioso do direito, quando coloca seu exame do campo jurídico sob a autoridade de uma oração solene e inaugurável à divindade no início do texto das *Leis*” (BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 76.)

pluralismo jurídico do medievo. Seja pela submissão da razão à fé, seja pela busca da autonomia da razão como forma de se buscar o absoluto divino, Agostinho e Tomás de Aquino procuram em suas obras compreender a natureza sob a regência da cristandade.¹⁴¹

A natureza dá lugar à figura de Deus na metafísica sob a qual se constrói a concepção de leis naturais. Veja-se a proposta de sistema do tomismo: as leis dos homens, que vigem no mundo real e são válidas por serem produzidas pelas autoridades, são justas na medida em que correspondem às finalidades reveladas pela lei natural. A lei natural por sua vez confere o critério de justiça. Tal critério é constituído pelas leis de Deus que são cognoscíveis ao homens e o direito natural é a aplicabilidade das lei natural – o conceito de lei não está contido no de direito na filosofia tomista.¹⁴² A fonte da lei natural por sua vez é outra categoria de leis, a lei eterna, oriunda da razão divina. Desta forma, o

¹⁴¹ Ao explicar sobre o fundamento metafísico-religioso da doutrina do direito natural, Kelsen escreve sobre o jusnaturalismo escolástico de Tomás de Aquino: “O valor de justiça que elas constituem deve, segundo uma teologia orientada por esta doutrina de Tomás, ser pensado como dado com a própria existência de Deus. Segundo esta teologia, esse valor – como o próprio Deus – não é criado, nem mesmo por Deus, mas incriado. Estas normas são direito natural na medida em que são imanentes à natureza de Deus, o qual, por sua própria natureza, é um Deus justo”. (KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 76).

¹⁴² “O direito é a soma das ideias diretrizes nas quais deve conformar-se o agir do homem nas relações de justiça. Mas, mais do que diretrizes, essas ideias devem ser imperativas e comandar a ação. Em outros termos, elas devem ser lei. A lei é, portanto, ao mesmo tempo, ‘causa formal extrínseca do direito’ e sua ‘causa eficiente moral’. [...] Essa dupla causalidade é exercida pela mediação da prudência política e da justiça. A primeira determina a verdade do agir à luz da lei; a segunda a realiza, diz São Tomás, não é necessariamente retidão; ela é a causa”. (FARAGO, France. *A Justiça*. Trad. Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004).

homem que estuda e tem fé pode ter conhecimento da lei natural e saber distinguir o justo do injusto nas leis humanas.

O jusnaturalismo ganhou outra dimensão na modernidade, sobretudo no Século XVII com o racionalismo¹⁴³, sobretudo na desvinculação entre direito natural e volitividade de Grotius e o contratualismo de Hobbes.¹⁴⁴ O direito natural foi drasticamente ressignificado; a fonte, outrora transcendental (cós mica ou teológica), passa a ser imanente na razão do homem. O direito natural na obra agora é imutável e não dependente do voluntarismo divino¹⁴⁵ ou proveniente da condição de liberdade física do homem no estado de natureza.¹⁴⁶

¹⁴³ “A posição epistemológica que vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento humano, chama-se racionalismo (de *ratio* = razão). Segundo ele, um conhecimento só merece na realidade este nome quando é logicamente necessário e universalmente válido. [...] Todo o verdadeiro conhecimento se funda deste modo – assim conclui o racionalismo –, no pensamento. Este é, por conseguinte, a verdadeira fonte e base do conhecimento humano”. (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento* 7 ed. Trad. Antonio Correia. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976, p.62)

¹⁴⁴ Destaca-se a famosa definição de Estado feita por Hobbes em *Leviatã*: “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.106)

¹⁴⁵ “Grotius saw natural law as being rational, that is, wholly open to exploration by reason and reducible to a systematic form. Natural law is based on the nature of human beings, not, like other laws, on their will, nor directly on the will of God; but it covers matters resulting from human will.” (WIGHT, Martin. *Four Seminal Thinkers in International Theory*: Machiavelli, Grotius, Kant and Mazzini. New York: Oxford University Press, 2005)

¹⁴⁶ “a sociedade organizada segue-se a uma solução de continuidade em relação à natureza, segue-se a um artifício que os homens produzem ao introduzirem, mediante o ‘contrato’, uma censura que deixa para trás o

O contratualismo hobbesiano se apoia em uma pressuposição natural do homem que não existe, uma hipótese para explicar o comportamento do homem sem a existência do Estado. O liberalismo, teoricamente inaugurado por John Locke¹⁴⁷, utiliza o método contratualista, mas o pressuposto e o resultado são bem diferentes. Os homens nascem com direitos naturais e realizam o contrato não para mais se salvar, mas sim para melhor garantir seus direitos naturais, projetados no direito do Estado como direitos individuais¹⁴⁸, como posteriormente também demonstrado na obra de Benjamin Constant¹⁴⁹. Os propósitos ideológicos da doutrina liberal

status naturae.” (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.11)

¹⁴⁷ Longe de querer esgotar as inúmeras definições de liberalismo, utiliza-se aqui a definição de Macridis: “o liberalismo é uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais-liberdade e igualdade. Ele está embebido no pensamento moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo”. (MACRIDIS, Roy C. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Trad. Luis Tupy Caldas. Brasília: Editora UnB, 1982,p.82). Verifica-se que se coaduna diretamente com o que John Locke defende em sua filosofia jurídico-política: “O motivo que leva os homens a entrarem em sociedade é a preservação da propriedade; e o objetivo para o qual escolhem e autorizam um poder legislativo é tornar possível a existência de leis e regras estabelecidas como guarda e proteção às propriedades de todos os membros da sociedade, a fim de limitar o poder e moderar o domínio de cada membro da sociedade.” (LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 88.)

¹⁴⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 88.

¹⁴⁹ Les droits individuels se composent de tout ce qui reste indépendant de l'autorité sociale. Dans l'hypothèse que nous venons de présenter au chapitre précédent, les droits individuels consisteraient dans la faculté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ou dans la liberté d'action, dans le droit de n'être astreint à la profession d'aucune croyance dont on ne serait

necessitam de um *locus* superior ao voluntarismo estatal; o mito do direito natural surge novamente com nova significação, como limites dado ao governo para a proteção da propriedade.¹⁵⁰ Neste raciocínio, escreve Goyard-Fabre: “como o direito divino já não tem sentido, como o princípio da autoridade está caduco, chegou o tempo da liberdade dos homens”.¹⁵¹

O liberalismo contratualista permanece no Século XVIII e a justificativa para os limites do poder do Estado pelos direitos naturais ganha projeção na afirmação dos modelos de Estado de Direito. Rousseau desenvolve sua filosofia política em direitos naturais pré-existentes ao poder civil e Montesquieu, ao propor um estudo comparado para encontrar por meio da observação os pontos comuns entre as sociedades que definiriam o espírito das leis, pensa em uma idealização do direito no sentido de proteção das liberdades e evitar a tirania.

pas convaincu, cette croyance, fût-elle celle de la majorité, ou dans la liberté religieuse, dans le droit de manifester sa pensée, par tous les moyens de publicité, pourvu que cette publicité ne nuisît à aucun individu et ne provoquât aucune action coupable, enfin dans la certitude de ne pas être arbitrairement traité, comme si l'on avait excédé les bornes des droits individuels, c'est-à-dire dans la garantie de n'être arrêté, détenu ni jugé que d'après les lois et suivant les formes. (CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. Numilog, 2000, pp. 90-91)

¹⁵⁰ No Capítulo IX de Segundo Tratado sobre o Governo, John Locke disserta sobre as finalidades da sociedade política e do governo. Segundo ele, “o objetivo grande principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob o governo, é a preservação da propriedade [...] embora a lei da natureza seja evidente e inteligível para todas as criaturas racionais, entretanto os homens, sendo desviados pelo interesse bem com ignorantes dela porque não a estudam, não são capazes de reconhecê-la como lei que nos obrigue nos seus casos particulares” (LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 82).

¹⁵¹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 382.

Provavelmente o ápice do individualismo e liberalismo enquanto ideal de liberdade do homem está presente na metafísica de Immanuel Kant¹⁵². Segundo a doutrina kantiana, o direito não tem pretensões finalísticas, mas meramente de garantir que o homem possa desenvolver seus objetivos de vida conforme suas ações morais.¹⁵³ A ação moral o libertará e o direito deve apenas garantir isso, sem qualquer imposição de bem ou justiça.¹⁵⁴

O liberalismo e as doutrinas jusnaturalistas começam a entrar em crise no Século XIX, com as transformações na política europeia e na insuficiência as legitimarem recorrendo à pretensa compreensão do direito pelos propósitos a que ele se destina em uma dimensão não positiva.

As doutrinas críticas ao jusnaturalismo iluminista no Século XIX também não conseguiram dar ao direito uma autonomia científica, maculando seu entendimento com um sincretismo metodológico de outros campos de conhecimento. Hegel, com a grande sistematicidade filosófica, entende se o Estado o absoluto emissor da ética e

¹⁵² DELACAMPAGNHE, Christian. *História da Filosofia no Século XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 17.

¹⁵³ “Tudo que está em questão é a forma na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém, pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal. O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 76.)

¹⁵⁴ “Todos os deveres são ou deveres de direito (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou deveres de virtude (*officia virtutis s. ethica*), para os quais a legislação externa não é possível. [...] Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo”. (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 85.)

a finalidade da vida humana¹⁵⁵; a liberdade do homem seria apenas uma liberdade no Estado¹⁵⁶. Com o hegelianismo o Estado idealizado assume o local mítico de referência do direito positivo; na dualidade entre Estado e direito, o direito tem é aferível em justiça conforme próximo está ao idealismo ético estatal.

Verifica-se que até o Século XIX, antes da emergência do positivismo jurídico, a ideologia jurídica direcionava o conhecimento sobre o direito. Conhecer o direito era idealizá-lo, uma vez que não seria efetivamente jurídico o conteúdo de normas com materialidade diferente daquela ideologizada pelo formulador da teoria.

O positivismo jurídico não se constitui em uma única corrente de pensamento; há diversas e divergentes concepções sobre o pensamento positivista tendo o fenômeno jurídico como objeto.

Entre muitas propostas teóricas de se compreender o direito sob o olhar do positivismo jurídico, tendo algumas delas em comum alguns dos problemas de teoria jurídica que Norberto Bobbio sistematiza em sua obra *O Positivismo Jurídico*, tal qual o modo de abordar o direito como um fato

¹⁵⁵ “Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 217.)

¹⁵⁶ “É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 217.)

não como um valor, considerar as fontes do direito relacionadas à vontade estatal.¹⁵⁷

Conforme a proposta deste trabalho, apresentar-se-á algumas gerais críticas à ideologização do direito feita pelo jusnaturalismo e de como algumas teorias do positivismo jurídico procuraram libertar o conhecimento do direito do obscuro campo ontológico do direito natural e da justiça.

3 A CIÊNCIA DO DIREITO E A PRETENSÃO CONTRA A COMPREENSÃO POLÍTICA DO DIREITO.

Longe de se pretender esgotar uma definição de ciência, alguns aspectos deste conceito devem ser trazidos em uma ideia geral. Em um aspecto geral, Carl Sagan em suas reflexões ensina que “a ciência é um empreendimento coletivo com um mecanismo de correção de erro que frequentemente funciona sem embaraços”¹⁵⁸. Pensa-se em ciência pensando-se em possibilidade de erros. A ciência depende da sua falibilidade. Apesar de seus dogmas, não há uma imutabilidade possível na forma de se descrever um fenômeno; essa descrição deve ser desordenada ou com eivada de um misticismo que limite as possibilidades do pensamento. “O método científico de pensar é o ao mesmo tempo imaginativo e disciplinado. Isso é fundamental para seu sucesso. A ciência nos convida a acolher os fatos, mesmo quando eles não se ajustam às nossas concepções.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Conferir em BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, Parte II.

¹⁵⁸ SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Cia das Letras, 2006, p. 294.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 44.

Karl Popper¹⁶⁰, em sua sexta tese explanada em *Lógica das Ciências Sociais*, ensina que o método das ciências naturais determina que o observador deva fazer os experimentos que forem necessários para a solução de problemas, tantos os que motivam a investigação, quanto os que surgem durante a pesquisa. Todas as soluções devem ser passíveis de críticas; se algo não pode ser criticado, não tem valor científico. A solução que melhor consegue resistir às críticas deve ser aceita temporariamente como aquela que é mais digna de ser discutida e posteriormente criticada. Desta forma, o método das ciências deve trabalhar com a possibilidade de refutação; nenhuma teoria está imune de ser criticada.

Luiz Fernando Coelho¹⁶¹ explica que a ciência tem dois aspectos: o subjetivo, que é a atividade intelectual de se conhecer algo de forma científica e o objetivo, que “consiste num conjunto sistemático de enunciados que se comunicam por meio da linguagem científica e possibilitam a conservação e aperfeiçoamento de seus resultados”. Neste ínterim, em relação ao direito, é possível pensar também dois aspectos de sua ciência: em sentido estrito e em sentido amplo. No primeiro sentido, o estudo da dogmática jurídica e no segundo, o estudo do direito sob o ponto de vista de outras disciplinas, como a filosofia do direito, a história do direito e a sociologia do direito.

Conforme Chinoy. “ao buscar a objetividade e fidedignidade da Ciência, não se devem excluir apenas as meras opiniões tocantes aos fatos e às relações estabelecidas entre eles, mas é preciso evitar também os julgamentos e

¹⁶⁰ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3ª ed. Tradução de Estevão de Resende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.16.

¹⁶¹ COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de Introdução ao Direito*. Barueri: Manole, 2004, p.8.

avaliações que possam falsear o pensamento”.¹⁶² Segundo este autor, a ciência em si tem valores para garantir a não ideologização em seus propósitos: *universalismo*, uma vez que a verdade almejada pelo conhecimento científico deve ser estabelecida pela aplicação de critérios impessoais; *racionalidade*, as ideias não devem ser aceitas por sua origem mítica e sim pela compreensão da natureza de forma racional; *ceticismo*, a rejeição a dogmas que não podem ser comprovados por evidências e pela lógica; *comunalidade*, a não apropriação da descoberta (diferente de direitos autorais ou mesmo da eponímia); *desinteresse*, os resultados não devem ser direcionados com uma finalidade específica ou utilitária.¹⁶³

Pensar em se estudar algo como ciência, ou seja, as condições de obtenção do conhecimento com possível critério de comprovação, é preciso definir seu objeto e o método tanto de sua definição quanto do conhecimento em si.¹⁶⁴ Conforme leciona Paulo Ferreira da Cunha, a construção de uma ciência, “é o desembocar de reflexões sistemáticas e de generalizações relacionais sobre uma área do conhecimento com um conjunto de requisitos hoje muito vasto como a autonomia relativa de objeto e método”.¹⁶⁵ No caso específico do direito, defini-lo como conhecimento científico importa elaborar uma epistemologia que permita definir o objeto de sua ciência. E definir objeto importa em definir limites.

¹⁶²CHINOY, Ely. *Sociedade: Uma Introdução à Sociologia*. 6 ed. Tradução de Octavio Cajado. São Paulo: Cultrix, 1967, p. 30.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 570-572.

¹⁶⁴ “Cada ciência, por conseguinte, tem seu objeto formal sendo que, para ver as coisas sob certo prisma, devemos seguir a via correspondente e apropriada. O problema do método é correlato ao problema do objeto.” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Vol. 1. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 69.

¹⁶⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito: Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 221.

Não é possível se pensar em ciência do direito ao reconhecer a existência de um plano mítico que é o direito natural. Apesar da preocupação com a certeza estar sempre presente nas teorias do conhecimento, somente atribuindo a ideia de que as afirmações jusnaturalistas são possíveis de serem contraditas é que se pode pensar em uma efetiva epistemologia do direito. Shapiro explica que “o reconhecimento de que todas as afirmações do conhecimento podem ser corrigidas e de que sempre podemos estar enganados exemplifica a moderna postura científica”¹⁶⁶.

A mudança de paradigma do direito no Século XIX e todos os fenômenos de índole políticas e sociais foram determinantes para a emergência de uma nova compreensão do direito que não mais se satisfizesse com a justificativa do direito natural, ainda tal fundamento estivesse muito bem escorado pelo iluminismo do Século XVIII.

No curso do Século XIX, as ciências sociais ganharam autonomia com propostas metodológicas específicas para a compreensão do fenômeno social, objeto a qual se destinavam.¹⁶⁷ A primeira tentativa de se compreender a sociedade por meio de um método específico para tal foi com a escola positivista sociológica na França, composta por nomes tais quais Comte e Durkheim, que trilharam um idealismo de progresso ao pensarem na função da ciência para a humanidade. Assim, “certas ‘imagens’ da ciência foram formadas, destinadas a funcionarem como normas práticas no domínio da produção. Assim, a ciência

¹⁶⁶ SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

¹⁶⁷ Verificar sobre o desenvolvimento das ciências sociais em CHINOY, Ely. *Sociedade: Uma Introdução à Sociologia*. 6 ed. Tradução de Octavio Cajado. São Paulo: Cultrix, 1967.

quase sempre é apresentada como um saber verdadeiro, útil e libertador”.¹⁶⁸

As ciências sociais na perspectiva de Durkheim buscam compreender os fatos sociais¹⁶⁹ e as estruturas das organizações políticas, suas causas e efeitos no comportamento das pessoas, bem como aliar a técnica à filosofia.¹⁷⁰ Pode-se pensar que o Estado e suas normas podem ser compreendidos além da sua idealização, recurso descritivo da filosofia jurídica e política até então. Todavia, o positivismo sociológico, em que pese os avanços na forma de se pensar epistemologias da sociedade diferentes do método racionalista de compreensão da natureza, não consegue estudar o direito de maneira a não ideologizá-lo.

Como sistematiza Billier¹⁷¹, pode-se dizer que há três direções de ataques ao mito jusnaturalista, cada qual ao seu modo buscando explicar o direito e o identificando como a vontade do legislador em determinada sociedade. Evidentemente, como posteriormente demonstra Kelsen, essas teorias também são desenvolvidas com uma orientação ideológica que condiciona o conhecimento, mas no momento em que foram desenvolvidas representaram

¹⁶⁸ JAPIASSÚ, Hilton. A técnica, a Ciência e a “Revolução Industrial”. *Revista Filosófica Brasileira*. Rio de Janeiro, v. IV, n.2, pp.59-81, out.1988, p. 69.

¹⁶⁹ Conforme a sociologia de Durkheim, os fatos sociais são “toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter” (DURKHEIM, Êmile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Maria Isaura P. Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974, p. 11.)

¹⁷⁰ CHÂTELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Ideias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 322

¹⁷¹ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 186.

importante etapa para a desmistificação na compreensão do fenômeno jurídico.

A primeira destas vertentes de desenvolvimento do positivismo foi a *escola da exegese*, desenvolvida na França a partir do movimento de codificação do período napoleônico¹⁷². Ganhou amplitude a partir do início do Século XIX, tendo como grande propósito garantir o estudo do direito enquanto conjunto de códigos e leis, desconsiderando os propósitos filosóficos. Ainda que queria excluir a compreensão reflexiva do direito, a escola de exegese não era desprovida de ideologia; de fato, o estadismo está muito presente na negativa de compreensão do direito enquanto instância metajurídica. Segundo Sacco, “a fidelidade aos princípios liberais devia trazer consigo, na França, a condenação da atividade criativa do intérprete e a ideia do monopólio das fontes autoritárias.”¹⁷³ O Estado é o produtor do direito e sua vontade é vinculante a todos. Desta forma, verifica-se um espírito de louvor estadista presente nesta escola.

A exegese, além de se reconhecer como somente direito a legislação produzida pelo Estado, é sobretudo uma metodologia de interpretação do direito, na qual a única forma de se compreender e aplicar o direito é a dedução estrita do texto legal.

A escola de exegese, como ensina Bergel, “partindo do postulado de que tudo está, ao menos implicitamente, na lei, considerava que o intérprete só tem o poder de lhe

¹⁷² “A escola de exegese deve seu nome á técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.” (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 83).

¹⁷³ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera de Fradera. São Paulo: RT, 2001, p.270

escrutar o texto para nele descobrir o pensamento do legislador¹⁷⁴.

Há uma notável transferência do local de legitimação do direito: o direito natural, em qualquer uma de suas concepções teóricas, é substituído pela manifestação da vontade soberana do Estado.

A segunda etapa surge com o utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) no pensamento jurídico inglês, ao propor uma doutrina que priorize a legislação sobre a *Common Law*, contraria toda a tradição do direito revelado. De forma semelhante a que Hobbes fez no Século XVII, Bentham buscou construir uma ciência jurídica com autonomia perante as outras ciências, ao encarar o direito como um fato e não como um valor.

Todavia, Bentham não consegue romper completamente com a fundamentação do direito em critérios extrajurídicos. Ainda que não invoque a justificativa do direito natural para condicionar a validade do direito positivo, entende ser a finalidade do direito a maximização do prazer em uma sociedade, conforme a filosofia política do utilitarismo.

Posteriormente a Bentham, John Austin (1790-1859) formula uma das mais relevantes teorias do positivismo jurídico na Inglaterra, somente sendo ultrapassado em amplitude por Herbert Hart no Século XX. Austin estabelece o direito estadista sob uma perspectiva lógica. Segundo sua analítica, a norma jurídica (*lan*) é um comando do soberano¹⁷⁵, sempre contendo sanção. Desta forma,

¹⁷⁴ BERGEL, Jean-Loius. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 326.

¹⁷⁵ “In order to an explanation of the marks which distinguish positive laws, I must analyze the expression sovereignty, the correlative expression subjection, and the inseparably connected expression. independent political society. For the essential difference of a positive law (or the difference that severs it from a law which is not a positive law) may be stated thus. Every positive law, or every law simply and

somente podem ser identificadas como direito as normas que podem ser cumpridas mediante a aplicação de sanção pelo Estado. Todos os outros comandos normativos seriam deveres de uma moralidade positiva, mas não direito em si.

Segundo Austin, as leis se dividem em leis propriamente ditas e impropriamente ditas. Estas são as leis metafóricas ou analógicas, enquanto aquelas se definem como uma regra dada por um ser com inteligência com o objetivo a direcionar o comportamento de outro ser inteligente, que está subordinado ao primeiro.¹⁷⁶ Este termo de lei que Austin utiliza, pode se referir tanto a leis divinas quanto a leis positivas, feitas por homens para homens.¹⁷⁷

Austin distingue a ciência da ética, que estuda o comportamento humano no geral, entre dois departamentos: o primeiro deles estuda o direito positivo¹⁷⁸ é definido por ele por ciência do direito (*science of legislation*) e a segunda estuda a moral positiva, a ciência da moral (*science of morals*).¹⁷⁹ Esta distinção se dá em razão da divisão entre direito positivo e direito natural que o autor realiza, colocando o conceito de moralidade positiva contida no

strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme.” (AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.. 116-117)

¹⁷⁶ Ibidem, p.18.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ “The aggregate of the rules thus established, or some aggregate forming a portion of that aggregate, is the appropriate matter of jurisprudence, general or particular. To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied” (Ibidem, p. 19)

¹⁷⁹ Ibidem, p.115.

sentido de direito natural, apesar da confusão recorrente entre moralidade positiva e direito positivo.¹⁸⁰

Austin, ainda que procure estabelecer uma analítica para a compreensão do direito inglês como normas que contém sanção, não exclui os precedentes judiciais da ordem jurídica. Os juízes recebem sua autoridade do poder soberano para decidirem sobre a aplicação do direito e seu resultado, a jurisprudência, é fonte de direito por resultar de uma vontade, ainda que indireta, do Estado.

Apesar da desvinculação da validade do direito em relação ao direito natural, o positivismo de Austin guarda em si também uma ideologização do fenômeno jurídico. Haveria um direito ideal: o direito legislado. A ciência jurídica deveria ser construída por meio da análise das normas postas racionalmente. Ainda que o direito jurisprudencial possa ser identificado como direito, não é o ideal; a legislação é como o direito deveria ser.

A terceira corrente teórica contra o jusnaturalismo é o historicismo alemão que consolidou a escola histórica do direito. Como uma reação ao racionalismo, a escola histórica procura fundamento e legitimação da ordem jurídica à criação espontânea da tradição cultural do povo. A escola histórica, cujo precursor¹⁸¹ foi Gustav Hugo (1764-1844), preconiza que o direito deve manter-se nos costumes e tradições de determinado povo, tal qual fosse uma compartilhada consciência sobre o direito comum a todos. Conforme Ferraz Junior, “a afirmação da historicidade do direito (como objeto e como ciência) foi uma resposta à perplexidade gerada pela positivação. Afinal, se o direito

¹⁸⁰ Ibidem, p.92.

¹⁸¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1: Das Origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.305.

muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente.”¹⁸²

O mais notório representante da escola histórica é Friedrich Karl von Savigny (1779-1861). Ao rejeitar o fundamento metafísico no direito natural, o autor fundamenta as instituições jurídicas no histórico desenvolvimento do próprio direito na sociedade. Conforme seu pensamento, “a atividade científica da jurisprudência consiste em encontrar ‘princípios-guia’, dos quais é possível deduzir todo o sistema jurídico”.¹⁸³

O historicismo alemão pode ser considerado um dos movimentos teóricos de origem ao positivismo em razão da sistematicidade proporcionada pelo conceito de *Volksggeist*. O direito é caracterizado por elementos orgânicos que compõem o sistema e o estudo do direito deve ser destinado justamente a identificar tais elementos.¹⁸⁴ O direito passa a ser elaborado de forma lógica, com o método conhecido por jurisprudência de conceitos.

Ainda que possa ter tido a pretensão de se libertar do jusnaturalismo, a escola histórica ainda não conseguiu atingir o nível de cientificidade suficiente para a compreensão objetiva do direito. A dependência das tradições emanadas

¹⁸² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. São Paulo:Atlas, 2007, p.76.

¹⁸³ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1: Das Origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.334.

¹⁸⁴ “A naturalidade do direito não é a expressão da natureza racional do homem, mas exprime a vida da totalidade orgânica que uma nação é. O olhar com que Savigny considera o ‘povo’ não é estranho à filosofia da natureza de Schelling nem ao romantismo alemão: segundo ele, um povo, longe de resultar de um contrato social edificado no âmbito atomístico do individualismo, é um todo, complexo, indivisível, cujas partes são solidárias e cujas vida e cultura desafiam as rupturas e as descontinuidades do mecanismo racional”. (GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 382.)

pela ideia de *Volksgeist*, o idealismo determinante da adequação do sistema jurídico e a revelação de juridicidade na cultura eram um obstáculo à compreensão neutra do direito. A escola histórica provocou uma revolução específica do pensamento alemão contra o liberalismo e o iluminismo.¹⁸⁵

Como crítica ao idealismo da jurisprudência dos conceitos, forma-se o pensamento da jurisprudência dos interesses, sob uma perspectiva claramente sociológica, tendo como grande preocupação a adequação das regras jurídicas aos propósitos sociais e suas finalidades.¹⁸⁶ O grande nome desta corrente é Rudolf von Ihering (1818-1892), que defendia universalidade e racionalismo da ciência jurídica, possível graças ao aprimoramento constante das técnicas de pesquisa, válidas para se estudar qualquer ordenamento.

Conforme a explanação de Billier¹⁸⁷, o contexto para o desenvolvimento epistemológico que resultou no normativismo se pauta em dois objetivos principais para a formulação de uma genuína ciência do direito: a sistematização e a autonomia.

As obras de Hans Kelsen (1883-1973), principalmente seu mais famoso livro, a *Teoria Pura do Direito* (1ª edição de 1934), trazem pela primeira vez a tentativa de se estabelecer um estudo do direito como objeto sem a utilização de métodos de compreensão oriundos de outras

¹⁸⁵ Sobre a escola história, comenta Claudio de Cicco “ Era uma Revolução Nacional, que se colocava contra o conceito de Revolução Universal, que opunha o *Volksgeist* aos “direitos do indivíduo”, pois via mais a comunidade e menos a personalidade, mais a Nação e menos o homem”. (CICCO, Claudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸⁶ BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 394

¹⁸⁷ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 195.

ciências, assim como de se evitar uma compreensão ideologizada do objeto.

A teoria kelseniana necessita ser entendida em um contexto além da *Teoria Pura do Direito*. A compreensão de sua obra e seus objetivos se fazem mais claros ao se verificar as influências de Kelsen e o conceito de ciência no qual o autor se baseia, exportado das ciências naturais. O positivismo jurídico da teoria de Kelsen, o normativismo, foi até seu momento de sua publicação a tentativa mais bem sucedida de elaboração de uma metodologia específica para a compreensão do direito enquanto fenômeno normativo, prendendo-se apenas ao seu objeto.

Kelsen certamente é um dos autores mais importantes de toda a história da filosofia do direito e especificamente, um dos grandes ícones do pensamento jurídico do Século XX. Sua obra representa um marco da elevação ao máximo possível da ciência do direito a um grau pureza, ou seja, de neutralidade nunca vista antes. Kelsen direciona sua teoria como uma crítica a praticamente o que já tinha sido desenvolvido sobre o pensamento jurídico, que pode ser averiguada em duas frentes: é um ataque sistemático ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico até então teorizado. Em todas as duas vertentes, há uma a definição do direito dependente de valores, portanto, uma observação distorcida do objeto por “lentes ideológicas”.

É importante entender o que Kelsen compreendia por ciência e como a epistemologia do direito foi recepcionada no desenvolvimento contemporâneo. A *Teoria Pura do Direito* teve a pretensão de “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”¹⁸⁸ O propósito do autor foi a elaboração de uma epistemologia do direito, para “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.1.

essência da ciência jurídica”¹⁸⁹ Kelsen não nega uma conexão do direito com outros campos do conhecimento, mas seria metodologicamente incorreto compreender o direito da mesma forma de outras disciplinas.¹⁹⁰ Um conhecimento sem isolar o objeto da ciência jurídica, as normas jurídicas, não seria científico.

O conhecimento jurídico destina-se a compreender como o direito é de fato, não como ideal. Não é um projeto idealista. Não há idealismo ao se pensar, por exemplo, no campo da eletrodinâmica quântica, porque a luz monocromática é constituída de partículas¹⁹¹. A luz é, não deveria ser. Não se debate sobre a justiça na luz. A luz em si não é boa ou ruim. Qualquer tipo de juízo de valor na observação da luz como objeto comprometeria o resultado. É um fato que a ciência busca explicar aplicando um método específico para sua melhor compreensão. Para o conhecimento científico não interessa se a luz é melhor ou pior que a luz seja constituída por partículas. Ela assim é, até que venha outra teoria falseá-la. Uma ideologização no estudo da luz, por exemplo, atrapalharia a cientificidade a respeito dela. Diferentemente das ciências naturais, como a física quântica, a compreensão pela ciência jurídica não pode se basear na causalidade; se o objeto da ciência jurídica é o direito, um dever-ser, a descrição deste objeto, as

¹⁸⁹ Ibidem, p.2.

¹⁹⁰ “A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”. (Ibidem, p.79)

¹⁹¹ Sobre eletrodinâmica quântica recomenda-se, para uma compreensão basilar, a leitura de FEYNMAN, Richard P. *QED: A Estranha Teoria da Luz e da Matéria*. Tradução de Ana Maria Ovídio Baptista. Lisboa: Gradiva, 1988.

proposições jurídicas, são relacionadas por imputação.¹⁹² Assim, “na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”¹⁹³

Essa distinção entre natureza e direito é fundamental para afastar o misticismo jusnaturalista do conhecimento científico. O direito natural busca uma normatividade na natureza para o comportamento humano que somente é existente enquanto crença.¹⁹⁴ Explica Kelsen: “o direito natural, tal como postulado pela teoria, era essencialmente uma ideologia que servia para apoiar, justificar e tornar absoluto o direito positivo ou, que redundava no mesmo, a autoridade do Estado”.¹⁹⁵

O direito natural revela-se, sem sua inclinação sobrenatural/mística/religiosa que o jusnaturalismo lhe confere, meramente uma orientação ideológica que busca uma justificativa para contestar ou autenticar um conjunto de leis do Estado devido ao seu conteúdo. Independentemente da orientação axiológica desta ordem social não jurídica¹⁹⁶ que é direito natural, há um vínculo

¹⁹² “Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.86)

¹⁹³ *Ibidem*, p.87.

¹⁹⁴ Explica Kelsen: “uma teoria metafísica do direito crê poder encontrar na natureza um direito natural. No entanto, nos quadros de uma mundividência científica, dentro das quais apenas pode achar lugar uma teoria positivista do direito, a distinção entre lei natural e proposição jurídica deve ser sustentada e acentuada com firme decisão.” (*Idem*).

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 594.

¹⁹⁶ É necessário demonstrar o que em termos kelsenianos significa ordem social: “Uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. [...] a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada

entre o jusnaturalismo e o conservadorismo. Apesar de todo o esforço teórico que o jusnaturalismo empreende em busca de uma definição de justiça que possa orientar as leis públicas, nota-se uma verdadeira pretensão de reforçar os mecanismos de controle institucional de determinada ordem política, em que as leis encontram uma composição com um alinhamento ideológico revelado com a aparência de um mito (o direito natural) e uma explicação para sua aceitação (jusnaturalismo). Também observa Kelsen: “o caráter eminentemente conservador da doutrina do direito natural é consequência da posição tomada pela maioria dos seus representantes, e especialmente pelos clássicos, na questão, decisiva para toda doutrina, das relações entre o direito natural e o direito positivo”.¹⁹⁷

A teoria de Kelsen se demonstra bem definida nesta direção: o conhecimento científico exige o afastamento das ideologias que comprometeriam a necessária objetividade. Ao se conferir um caráter objetivo ao conhecimento jurídico, há o impedimento de que “se confira ao direito positivo um valor mais elevado do que o que ele possui, identificando-o com um direito ideal, com um direito justo”¹⁹⁸, que necessariamente levaria à uma ilusão ideológica, que “existe, de fato, quando, com o dever-ser jurídico, se afirma um valor moral absoluto”.¹⁹⁹ Desta forma, “a ‘ideologia’, porém, encobre a realidade enquanto,

conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 25-26).

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 106.

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.118.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 115.

com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurecer ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por outra, a desfigura. Tal ideologia tem sua raiz na vontade, não no conhecimento.”²⁰⁰

A ideologia neste sentido é uma manifestação dos valores subjetivos. Uma compreensão baseada em ideologia leva apenas a se ver o objeto como o intérprete gostaria que fosse. Qualquer compreensão da realidade baseada em valores, conforme uma determinada concepção de justiça, levaria a um conhecimento final falho e, portanto, não científico. A ideia de justiça é irracional, longe de ser cognoscível racionalmente. “Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflito de interesses. [...] que apenas uma dessas ordens seja justa não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional.”²⁰¹ Kelsen entende que o objeto da ciência jurídica deve ser necessariamente o direito positivo e sua função é a da descrição das normas, não de sua elaboração, o que cabe às autoridades competentes conforme o ordenamento.²⁰²

A vinculação de uma ideologia, como as teorias que procuram justificar uma normatividade do direito natural, ao conhecimento do direito resulta necessariamente na justificação política de uma ordem jurídica melhor (ou mais justa) que a outra, ou ainda o condicionamento da identificação do direito enquanto ordem social a um valor, que dirá o que é e o que não é jurídico.

²⁰⁰ Ibidem, pp.118-119.

²⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

²⁰² “A ciência jurídica, porém, apenas descrever o direito; ela não pode, como o direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.82)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS, AINDA QUE NÃO DEFINITIVAS

Esta foi a primeira parte deste estudo sobre a importância do positivismo jurídico e do surgimento da ciência do direito na história do pensamento jurídico. Conforme a previsão do desenvolvimento, a segunda parte tratará de forma um pouco mais detalhada do ataque ao jusnaturalismo feito por Kelsen, Ross e Hart, constituindo-se três teorias que objetivam compreender o direito como ciência.

O jusnaturalismo dominou as teorias jurídicas até o Século XIX, apesar de muitas teorias buscando resgatar a fundamentação do direito positivo e sua compreensão no Século XX. Apesar da importância do estudo do direito natural para a filosofia do direito, ela representa um desvio na compreensão do direito positivo. É uma complicada relação entre filosofia e ciência que aqui não será detalhada, mas no momento pode-se dizer que o jusnaturalismo cumpre sua função questionadora do direito vigente como ideologia, mas não serve para compreender o direito. Em outras palavras, o estudo do direito natural não faz parte do direito enquanto campo de conhecimento; direito natural é política jurídica e pertence à filosofia, uma vez que idealiza como uma ordem jurídica deveria ser, não como é realmente.

O direito natural é um mito. O jusnaturalismo é uma mitologia criacionista da razão de ser das normas jurídicas. Como todo mito, as explicações que se pretendem racionais são crenças e provocam uma deturpação do verdadeiro conhecimento do objeto, no caso, o fenômeno jurídico. O jusnaturalismo apresenta uma pretensa normatividade natural que não é normativa, é mítica. Não gera a obrigatoriedade de ninguém, de pessoas ou de agentes políticos, a não ser pelo medo do desconhecido.

O jusnaturalismo assombrou o mundo. Não que seu idealismo seja ruim. O mito do direito natural sempre, desde o início da filosofia do direito, buscou dar sentido ao comportamento dos governantes e proteger os oprimidos da força política. Isso é uma questão ideológica: é melhor que o direito não oprima. Porém com a continuidade secular das instituições políticas e a complexidade jurídica, o jusnaturalismo não era mais suficiente para explicar a compreensão do direito, tampouco para legitimá-lo. Ainda que teorias do Século XIX negassem o direito natural ainda não conseguiram entender o direito sem um caráter mítico-idealista. A vitória da ciência sobre o misticismo no campo jurídico somente ocorreu no Século XX, com algumas teorias que ocuparão a segunda parte deste estudo.

A ciência oferece aos homens a liberdade. O desenvolvimento científico em diversos campos melhorou a vida humana e ofereceu uma explicação racional de fenômenos que antes eram encobertos de misticismos inventados com propósitos de dominação. A ciência oferece um grande poder, o poder do conhecimento. Diferentemente do mito, o poder dado pela ciência é alcançável a todos.

O positivismo jurídico foi a vela acesa quando o conhecimento sobre o direito estava encoberto pelas trevas do jusnaturalismo. Seu desenvolvimento possibilitou compreender o direito como ele efetivamente é, sem propósitos políticos justificados em um misticismo. O positivismo jurídico, como teoria científica, é falível e passível de erros. Reconhecer que o positivismo jurídico é ciência significa reconhecer que pode ser superado por uma explicação do fenômeno jurídico mais desenvolvida, mas que não se apoie nas bases jusnaturalistas ou de simples política jurídica.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. Edited by Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BERGEL, Jean-Loius. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- CHÂTELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Ideias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1982
- CHINOY, Ely. *Sociedade: Uma Introdução à Sociologia*. 6 ed. Tradução de Octavio Cajado. São Paulo: Cultrix, 1967.
- CICCO, Claudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COELHO, Luiz Fernando. *Atlas de Introdução ao Direito*. Barueri: Manole, 2004.

- CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. Numilog, 2000.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito: Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2013.
- DELACAMPAGNHE, Christian. *História da Filosofia no Século XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- DURKHEIM, Êmile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Maria Isaura P. Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.
- FARAGO, France. *A Justiça*. Trad. Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. São Paulo: Atlas, 2007
- FEYNMAN, Richard P. *QED: A Estranha Teoria da Luz e da Matéria*. Tradução de Ana Maria Ovídio Baptista. Lisboa: Gradiva, 1988.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento* 7 ed. Trad. Antonio Correia. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.

-
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- JAPIASSÚ, Hilton. A técnica, a Ciência e a “Revolução Industrial”. *Revista Filosófica Brasileira*. Rio de Janeiro, v.IV, n.2, pp.59-81, out.1988.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 1: Das Origens à Escola Histórica. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Sistema e Estrutura no Direito*. Vol. 2: O Século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Trad. Luis Tupy Caldas. Brasília: Editora UnB, 1982.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3ª ed. Tradução de Estevão de Resende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

- ROSS, Alf. *Justiça e Direito*. Trad. Edison Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Vol. 1. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera de Fradera. São Paulo: RT, 2001.
- SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2006.
- SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WIGHT, Martin. *Four Seminal Thinkers in International Theory: Machiavelli, Grotius, Kant and Mazzini*. New York: Oxford University Press, 2005.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. Trad. Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

Política, instituições e lutas sociais: para além do puro normativismo e do institucionalismo forte em teoria política

Leno Francisco Danner

Argumento geral:

Neste texto, critico a tendência contemporânea em teoria filosófico-política de afirmar-se tanto um puro normativismo quanto um institucionalismo forte como o coração da democracia, negando um papel político central não apenas às classes sociais, mas também às lutas sociais que, para mim, definem toda a dinâmica social, cultural e política. A associação entre puro normativismo e institucionalismo forte leva, por um lado, à separação entre fundamentação normativa, classes sociais e lutas sociais, bem como, por outro, à monopolização institucional seja da legitimação política, seja da evolução social, já que as instituições assumem exclusivamente a guarda, a legitimação e o fomento do normativismo social. Puro normativismo e institucionalismo forte, em outras palavras, reduzem a política à política institucional e sistêmica, e reduzem os sujeitos políticos aos partidos políticos, atribuindo um papel periférico às classes sociais e às lutas sociais. Argumento que

esta nefasta tendência de muitas teorias filosófico-políticas contemporâneas, que sofrem de uma profunda cegueira histórico-sociológica, deve ser substituída pela afirmação da centralidade das classes sociais enquanto os efetivos sujeitos políticos da evolução social, bem como pela centralidade das lutas sociais como a base político-normativa para a definição dos designs institucionais, do sentido da evolução social e da configuração das estruturas econômicas.

Considerações iniciais

Partido da crítica a uma imbricada tendência no pensamento político contemporâneo, a saber, a correlação entre puro normativismo e institucionalismo forte, critico o abandono das lutas sociais enquanto a chave empírica, normativa e política para o entendimento da evolução social. No pensamento político contemporâneo (por exemplo: John Rawls, Jürgen Habermas e Anthony Giddens), o fundamento do campo político e mesmo das compreensões sociológicas da *Realpolitik* estão fundados ou em uma base puramente normativa, ou na afirmação da centralidade do institucionalismo, no sentido de que as lutas sociais – que efetivamente definem as estruturas institucionais e a concepção hegemônica de normatividade social – não possuem importância e atenção para a construção das posições teórico-políticas. Em consequência, normativismo e instituições são concebidos como independente e mesmo neutros objetivamente falando em relação às lutas sociais, com condições de orientá-las e de enquadrá-las. Meu argumento consiste em que normativismo e instituições não são independentes das lutas sociais, da mesma forma como não podem ser concebidos como estruturas pré-políticas ou sobre-políticas, senão que são *o resultado* de lutas sociais cotidianas direcionadas à conquista de hegemonia política.

Portanto, as lutas sociais representam a própria condição sócio-política e o ponto de partida dos paradigmas

políticos e das teorias sociais, no sentido de que normativismo e designs institucionais ganham forma a partir delas, e não o contrário. Em verdade, o principal problema de teorias baseadas em uma mistura de puro normativismo e institucionalismo forte é o fato de que as lutas sociais não são afirmadas de modo central para o entendimento das estruturas institucionais e a elaboração de uma base social normativa. É o oposto que ocorre, ou seja, as teorias sociais constroem uma base normativa como condição para o entendimento da ordem social, dos designs institucionais e das lutas sociais. Em consequência, este paradigma normativo fundamenta um institucionalismo forte enquanto um paradigma epistemológico e político neutro, imparcial e meta-social, situado para além das lutas sociais – e enquadrando-as. Desse modo, não é nenhuma surpresa que o institucionalismo forte centralize nas instituições políticas o foco principal da evolução social, removendo a centralidade das classes sociais e de suas lutas como o centro da dinâmica social e institucional. E o institucionalismo faz mais: pelo fato de monopolizar a base normativa da evolução social, ele também legitima desde dentro e de modo exclusivo a dinâmica social, negando o direito de movimentos sociais em participar na construção institucional e mesmo substituir instituições jurídico-políticas ou derrubá-las. Democracia, nestas posições teórico-políticas, é entendida como institucionalismo, confundindo-se com ele.

Nesse sentido, é necessário reafirmar-se novamente, contra teorias filosófico-políticas baseadas no puro normativismo e no institucionalismo forte, a centralidade das lutas sociais para a compreensão da dinâmica social e institucional, incluindo a compreensão e a hegemonia de um tipo de base social normativa mesma, que não é neutra ou imparcial em relação a essas lutas sociais, nem situada para além delas. Efetivamente, as lutas sociais evidenciam não o caráter pré-político ou sobre-político das instituições, mas

sua profunda condição política; as lutas sociais mostram também que as instituições não estão situadas para além das lutas sociais, senão que são seu resultado – no sentido de que as instituições são uma questão de hegemonia de classe e de permanentes embates sócio-políticos. As lutas sociais, enquanto chave para o entendimento do campo político e das estruturas institucionais, permitem a afirmação de uma política radical, baseada em movimentos sociais e iniciativas cidadãs, que se constituem na alternativa por excelência ao puro normativismo e ao institucionalismo forte que, de um modo muito imbricado, definem a teoria filosófico-política contemporânea (tanto na esquerda quanto principalmente na direita) e que são o fundamento de uma compreensão equivocada e problemática de instituições sócio-políticas enquanto sendo independentes das lutas sociais e como monopolizando a legitimação e a realização da evolução social. Política não é, em primeiro lugar, uma questão institucional, mas uma questão social, definida pela hegemonia de classe – e o puro normativismo e o institucionalismo forte negam isso, encobrem isso. Desse modo, o normativismo social hegemônico e as estruturas institucionais são construídos a partir das lutas sociais, e não o contrário, no sentido de que eles são dependentes de – e definidos por – permanentes lutas sociais.

Para além do puro normativismo

As lutas sociais são o núcleo da dinâmica democrática e, portanto, representam o ponto de partida para entender-se o fato de que a democracia não é um mundo sócio-cultural completo, nem uma estrutura institucional pura que possibilita a democracia mesma e suas consequências, como igualdade, liberdade e justiça. Com efeito, a democracia não pode ser entendida como um estágio final da sociabilidade, em particular de uma sociabilidade moderna, ou um arranjo institucional puro,

automático e independente, *mas a condição* para isso, o caminho marcado pela inexistência de fundamentos (institucionais) ao poder, para a estruturação sócio-cultural e mesmo para a organização institucional, o que significa uma participação social permanente e inclusiva como o coração da *práxis* democrática (cf.: Rancière, 2014). Neste sentido, a democracia não é um puro normativismo e nem um institucionalismo forte, mas, em primeiro lugar, uma luta social – e a democracia apenas pode ser entendida por causa do fato de que ela é um arranjo institucional que possibilita a evolução social, a participação popular e a legitimação política. Para mim, o grande problema envolvendo teorias filosófico-políticas contemporâneas consiste na separação entre, por um lado, uma concepção de normativismo ou de universalismo epistemológico-moral que permite a crítica, a intervenção e o enquadramento, bem como, por outro, as lutas e os sujeitos político-culturais empíricos.

Mesmo que tenha resultado destas lutas empíricas e da hegemonia de grupos sócio-políticos específicos, a base normativa é separada, em algum momento e de modo arbitrário, da dinâmica sócio-cultural cotidiana e dos sujeitos políticos concretos, permitindo-se um ponto de vista neutro e imparcial que é capaz de julgar lutas sociais e exigências sociais feitas por diferentes indivíduos e grupos sócio-culturais. Mas o fato é que há uma radical separação entre universalismo epistemológico-moral e os sujeitos sócio-políticos, no sentido de que a democracia é compreendida como um ideal de universalismo epistemológico-moral. Este ideal serve como uma base paradigmática normativa *extra-classes* ou como um *guarda-chuva normativo* que pode orientar e julgar conflitos sociais, sujeitos políticos plurais e todas as reivindicações dirigidas às instituições políticas. A base normativa democrática, isto é, o universalismo epistemológico-moral, portanto, não deve ser confundida nem associada com sujeitos reais, empíricos. Esta condição (separação entre fundamentação normativa e classes e lutas

empíricas) é o centro teórico-político que possibilita um ponto de vista *objetivo* para analisar-se todos estes sujeitos políticos e as reivindicações político-culturais. Não há um sujeito político direto que possa assumir a base normativa democrática como sua própria base, do mesmo modo que não há uma associação direta de um sujeito político específico com a democracia em um sentido amplo ou com o próprio conteúdo democrático – a base normativa democrática é sempre independente em relação a sujeitos políticos específicos (todos e nenhum podem assumi-la, utilizá-la), da mesma forma como, em primeiro lugar, essa base normativa democrática é extremamente abstrata e, com isso, capaz de incluir todos os conteúdos e, claro, todos os sujeitos sócio-políticos.

Então, o que significa a base normativa democrática como um *paradigma extra-classes* ou como um *guarda-chuva normativo*? Deixem-me explicar mais estas expressões. Eu uso ambos os conceitos para significar o fato de que uma radical separação entre a base normativa democrática e os sujeitos políticos específicos (como o faz a teoria filosófico-política contemporânea) implica na afirmação desta base democrática normativa como o núcleo efetivo da democracia e de suas instituições. Não são os sujeitos políticos e suas lutas que representam o verdadeiro coração da democracia, mas esta distante e ao mesmo tempo tão próxima idealização (todos e nenhum podem assumi-la, eu repito). Assim, a base normativa democrática assume uma amplitude muito abstrata e larga, para além de qualquer sujeito político ou classe social. Esta, de acordo com Habermas, é a condição – a única condição teórico-política – para um julgamento objetivo em relação às reivindicações sociais e aos atores políticos. Mas quem dá a última palavra acerca desses *juulgamentos objetivos*? As instituições políticas e jurídicas, isto é, partidos políticos e cortes (cf.: Habermas, 2012a, p. 587; 2003a, p. 11, e p. 20-25). Eu retornarei ao problema do institucionalismo forte mais tarde. Agora, o que

me interessa é o fato de que a base normativa democrática não pertence mais aos sujeitos políticos e às classes sociais – nem é sua construção –, senão que ela pertence apenas e diretamente às instituições jurídico-políticas, em primeiro lugar. O universal democrático é o mesmo que *as instituições político-jurídicas*.

A base democrática normativa, enquanto um paradigma epistemológico-moral ou um guarda-chuva normativo, tem a potencialidade de incluir todas as questões sócio-culturais e grupos, bem como todos os sujeitos políticos. Portanto, a democracia é o universal mesmo, uma base normativo-cultural e uma estrutura institucional que garante ampla participação política, reconhecimento cultural geral e completa inclusão social – como se ela fosse um estágio final, um estágio concluído, ou basicamente um arranjo institucional que nós devemos realizar praticamente, ou mesmo se esta base normativa ideal não tivesse implicações em termos de lutas de classe (já que o importante é esse ideal objetivo enquanto chave para a evolução e a legitimação democráticas). Tal independência em relação a classes sociais específicas, atores políticos e contextualização empírica fornece o poder de julgamento para essa base normativa democrática, porque, em primeiro lugar, ela tem a capacidade de representar de um modo neutro e imparcial todos os interesses sociais e sujeitos políticos. Em muitos sentidos, portanto, a base democrática normativa não é política e nem tem uma ligação política com classes sociais específicas ou movimentos sociais. Sua neutralidade e imparcialidade é não-política, no sentido de que pode servir à legitimação, à justificação e à luta social para todos os grupos.

De fato, essa base normativa democrática não apenas é não-política, mas também extremamente arredia à ideia de política radical, no sentido de ser avessa à legitimação de lutas sociais e de sujeitos políticos específicos. A separação entre uma base normativa democrática ideal, localizada nas

e dentro das instituições jurídico-políticas, e as classes e as lutas sociais implica na despolitização da esfera pública e de suas lutas. Ela implica mesmo na negação da esfera pública enquanto um campo político, já que as instituições jurídico-políticas centralizam dentro de si mesmas o núcleo da política, todas as possibilidades, poderes e sujeitos políticos. Desse modo, a democracia adquire meramente uma dinâmica institucional, restrita às regras internas das instituições político-jurídicas e seus sujeitos políticos, para além de qualquer participação social: a evolução democrática é transformada em um processo de legitimação e de construção passivo, neutro, imparcial e pacífico, posto que é basicamente institucional, minimizando o real espaço e os legítimos atores políticos da evolução social, a saber, respectivamente a esfera pública e as classes sociais. O institucionalismo, que é o resultado de um puro normativismo, assume exclusivamente para si a realização da evolução social, minando o poder político da sociedade civil. Assim, a democracia, conduzida pelo institucionalismo, é um movimento sem lutas sociais, sem classes sociais, sem política, um movimento despolitizado – não existe a possibilidade de conflitos sócio-políticos no institucionalismo e de acordo com suas regras, porque as instituições político-jurídicas são uma base normativa universal, imparcial, neutra, completamente objetiva, localizada para além das classes sociais e das lutas sociais.

Mas é claro que a evolução democrática não é um processo automático ou natural, detonado direta e objetivamente pelo institucionalismo e por sua dinâmica interna, da mesma forma como essa mesma evolução democrática não consiste em uma dinâmica institucional fechada e pura em relação às classes sociais e às suas lutas por hegemonia. A evolução democrática não é um movimento espontâneo, neutro e imparcial, como o *laissez-faire* econômico (que é uma fantasia mesmo no campo econômico). A política é a base da evolução democrática, da

estruturação social e dos designs institucionais. A democracia não é espontânea, neutra e imparcial, mas essencialmente uma *práxis* política – e uma questão de luta política. Portanto, o que aparece como o núcleo da evolução democrática, como estou argumentando, é a política dinamizada por lutas sociais conduzidas por classes sociais conflitantes (e não um puro normativismo e um institucionalismo forte). Os grupos sociais podem efetivamente assumir a base normativa democrática – como sugerem Jürgen Habermas e Axel Honneth – como o fundamento epistemológico-moral para suas lutas por reconhecimento (isto mostra, de acordo com estes pensadores, a centralidade da base normativa democrática e seu caráter universal), mas *é a luta social* o principal aspecto desta dinâmica política, e não o ideal normativo em si mesmo. As lutas sociais e a hegemonia de classe determinam o sentido das instituições, da estratificação social e dos conteúdos culturais. Estas lutas sociais fundam a base normativa democrática e dinamizam-na ao longo do tempo. A tensa correlação que emerge daqui move a evolução social democrática, no sentido de que todos os sujeitos políticos assumem uma base normativa para a justificação de suas lutas e, ao mesmo tempo, fortalecem-na: em outras palavras, a evolução democrática é sempre uma dinâmica social que depende completamente das lutas sociais e de classes sociais que se afirmam político-culturalmente.

Portanto, não há sentido em separar uma base normativa democrática em relação às classes sociais e às lutas sociais, porque empiricamente são exatamente essas classes e lutas que constroem ou mantêm ao longo do tempo um centro normativo para a democracia. O fato de que a democracia é uma permanente construção social, política e cultural deve alertar-nos de que é a vida cotidiana a única base da normatividade, ou seja, não há separação entre ideal e empírico, entre democracia como conceito normativo e classes sociais e lutas sociais que, enquanto núcleo político-

cultural da vida cotidiana, definem o que é a democracia e quais são sua amplitude e suas consequências. Veja-se esta conclusão: o caminho democrático e o sentido hegemônico da democracia são definidos por lutas sociais e por classes sociais que assumem uma base normativa específica. Este inultrapassável ensinamento marxista é importante para superar a nefasta tendência de associar-se pura e simplesmente democracia, normativismo e institucionalismo, em uma relação que separa fortemente a base normativa em relação aos sujeitos políticos e às lutas sociais cotidianas, centralizando nas instituições, em seu procedimento e em seus atores internos.

Não há um paradigma universal enquanto democracia, porque a democracia não é um estágio final ou uma estrutura institucional imparcial, neutra e fortemente objetiva, da mesma forma como a democracia não é um mundo sociocultural completo definido pela lógica institucional e a partir dela; democracia é um resultado sempre não-acabado, sempre necessitado de atualização por classes sociais e lutas políticas. Conquistas normativas podem ser destruídas por forças conservadoras, o progresso pode ser transformado em regressão. No mesmo caminho, não há *a* normatividade, imparcial e neutra, localizada para além das classes sociais e de suas lutas, porque essa mesma normatividade social é resultante de sujeitos sociais, culturais e políticos hegemônicos. Assim, o conteúdo normativo de uma sociedade democrática não apenas é construído a partir de lutas sociais e de classes sociais em conflito, mas também mantido por eles: é necessário uma permanente luta social e sujeitos políticos ativos que assumam a democracia como seu próprio projeto de vida. Apenas neste sentido é possível fundar e desenvolver uma sociedade democrática, suas instituições, suas estruturas sociais e seus códigos normativos. Portanto, as lutas sociais são o segredo para a manutenção do *status quo* ou para a transformação dele. E então a democracia somente pode ser entendida nas lutas

sociais cotidianas, porque a normatividade social (enquanto um puro código formal, sem sujeitos políticos ou classes sociais) pode ser utilizada ideologicamente por todas as classes sociais, servindo para muitos objetivos, e não apenas para o embasamento da justiça sociopolítica – a normatividade social não é independente das classes sociais que assumem-na como sua base teórico-política. Em particular, ela não pode ser centralizada em *instituições neutras, imparciais e fortemente objetivas*, como se elas fossem independentes dos sujeitos políticos e das lutas sociais cotidianas. A *práxis* é o verdadeiro lugar da evolução social e da construção normativa, ou seja, as classes sociais e suas lutas são o núcleo da dinâmica societal. Nesse sentido, a justiça é uma construção social e as lutas sociais são o caminho para a vitória de uma forma específica de sociabilidade e de estrutura institucional.

Normativismo sem classes sociais e sem lutas sociais é um puro estado ou uma pura forma da política; ele é a política sem ligação histórico-sociológica; puro normativismo é um pré-político – e, portanto, não-político – ponto de vista. No mesmo sentido, o institucionalismo forte, baseado no puro normativismo e em sua separação em relação à vida cotidiana enquanto uma autêntica vida política, é a redução da política à política burocrática, assumida pelos partidos políticos e pela tecnocracia. Nesta ligação intrínseca própria de nossas sociedades atuais, entre puro normativismo e institucionalismo forte, a política é reduzida a um simples movimento institucional-burocrático, cujo objetivo é a manutenção das condições sistêmicas para a hegemonia das instituições jurídico-políticas e seus atores específicos – partidos políticos e oligarquias econômicas. Nesse sentido, a política é um procedimento institucional interno, com normas burocráticas e sujeitos políticos legais que estão muito longe do cidadão comum e dos movimentos sociais. A radical separação entre a base normativa democrática e as classes políticas específicas, portadoras de

interesses generalizáveis, evita a separação de uma política radical que confronta as instituições e suas características autônomas e autorreferenciais, fechadas a uma participação popular ampla e aberta. Assim, a política radical é localizada para além do puro normativismo e não está ligada aos procedimentos institucionais internos. Uma política radical, de fato, tem como objetivo a destruição de uma estruturação institucional autônoma e autorreferencial que apenas serve à hegemonia incontestada dos partidos políticos e das oligarquias econômicas – a nova característica de nossas sociedades democráticas, isto é, a profunda imbricação entre institucionalismo forte, partidos políticos e oligarquias econômicas, baseadas no ideológico discurso da monopolização institucional da base normativa democrática. E uma política radical deve confrontar a atitude contemporânea de muitas teorias filosófico-política, atitude essa que contribui direta ou indiretamente à legitimação do institucionalismo forte, a saber: sua individualização dos sujeitos políticos e sua recusa das classes sociais e das lutas sociais como conceitos paradigmáticos à teoria social.

Para além da individualização dos sujeitos políticos

Teorias políticas contemporâneas – especialmente teorias políticas liberais e social-democratas – individualizam atores políticos e problemas e lutas políticas. Elas recusam conceber super-sujeitos políticos ao estilo de classes sociais e, na verdade, consideram esse conceito como superado; além disso, elas não aceitam pensar questões políticas em uma perspectiva estrutural, pelo fato de que isso pressupõe uma visão sistemática ou holística da sociedade, das instituições e, como o estou dizendo, dos sujeitos políticos (cf.: Rawls, 2000, § 11, p. 64-69; Habermas, 2003b, p. 25, e p. 105-106; Giddens, 2000, p. 12-15; 2001, p. 36-37, p. 46, p. 62). A política democrática contemporânea, de acordo com estas teorias, é um tempo de progressiva individualização

dos sujeitos políticos, dos problemas sócio-culturais e, por fim, de todas as lutas sociais dirigidas ao político e às instituições. Não é o caso, é claro, de que as instituições não representem uma dimensão estrutural e uma macro-ação que definem os processos de socialização e de individuação; de fato, de acordo com Rawls e Habermas, por exemplo, o núcleo da sociedade pode ser definido respectivamente como *estrutura básica da sociedade* e *sistemas sociais*, no sentido de que eles não têm uma aplicação individual, mas *um papel social*. A questão é que estas teorias filosófico-políticas (especialmente Rawls e Habermas, conforme citado) não associam *instituições e classes sociais*, mas sim *instituições e sujeitos políticos individuais*.

Um problema emerge daqui: o fato de que é impossível explicar crises ou direções institucionais, políticas e econômicas a partir dessa associação entre instituições e *sujeitos políticos individuais* – porque esses tipos de crises ou direções sócio-políticas são *crises e direções estruturais*, movimentos gerais e estruturais, não uma crise ou direção individual, nem uma ação de alcance particular e curto. No momento em que perdemos a relação intrínseca entre instituições ou sistemas sociais e classes sociais torna-se difícil explicar porque e mesmo como nosso mundo social, ou o mercado nacional e internacional, ou as instituições políticas, etc., enveredam por um caminho específico, ou levam a reformas que subsumem e envolvem todas as pessoas, todos os trabalhadores, todos os cidadãos, e assim por diante. Portanto, a individualização dos sujeitos políticos conduz a dois problemas teórico-políticos: ela apaga a ligação absolutamente intrínseca entre instituições ou sistemas sociais e classes sociais; ela tanto reduz as análises teórico-políticas em micro-análises, particularizadas, perdendo a perspectiva teórico-política estrutural, quanto obscurece o fato de que a dinâmica sistêmica ou os movimentos institucionais dependem de lutas envolvendo classes sociais, e não sujeitos políticos individuais, no sentido

de que a dinâmica sistêmica e os movimentos institucionais têm um alcance profundo e muito totalizante.

Outra consequência teórico-política dessa individualização dos movimentos e dos sujeitos políticos é a centralidade das instituições políticas e sua separação em relação a classes sociais específicas e às lutas sociais estruturais. As instituições são concebidas como independentes de sujeitos políticos e de classes sociais particulares, da mesma forma como elas não têm uma ligação direta com as lutas sociais. As instituições têm uma dinâmica sistêmica, isto é, uma lógica autonomizada e autorreferencial que é apenas interna às próprias instituições. Bem, isto significa que qualquer movimento ou crise institucional é fundamentalmente um problema sistêmico, não uma questão de classe social ou hegemonia de classe. O que nós podemos ver aqui é o fato de que, em teorias filosófico-políticas que individualizam os problemas políticos e os sujeitos políticos, é necessário assumir um ponto de vista institucional em um duplo sentido: instituições são o núcleo da evolução social, e elas são independentes em relação às classes sociais e aos sujeitos políticos; qualquer problema social ou crise institucional é, em primeira mão, um problema de mecanismos técnicos institucionais – estes mecanismos sistêmicos são apenas mecanismos técnicos, sem conteúdo político ou ligação de classe. Uma surpreendente compreensão despolitizada emerge da individualização da política, das instituições políticas e dos sujeitos políticos: o fato de que crises institucionais – como as crises de mercado e as crises políticas – são fundamentalmente um problema na lógica interna e autorreferencial dos sistemas sociais ou das instituições. Nessa situação, para que serve a política? Para a auto-preservação dos sistemas sociais e das instituições políticas, é claro.

Podemos perceber este problema na teoria da modernidade de Habermas. A separação habermasiana entre

sistemas (como o Estado burocrático-administrativo e o mercado capitalista) e mundo da vida tem duas intenções: explicar a modernização ocidental (europeia) a partir de uma dialética entre cultura (normatividade) e instituições (racionalização técnico-burocrática); utilizar estes dois conceitos para o entendimento da *Realpolitik* contemporânea, explicando a evolução social, as estruturas institucionais e as lutas políticas atuais. A modernidade emerge, por um lado, como uma cultura universalista; por outro, ela é marcada pela consolidação de muitos sistemas sociais, especialmente o Estado e o mercado, que têm uma lógica de reprodução e de desenvolvimento intrínseca, interna, autônoma e autorreferencial. Na teoria habermasiana da modernidade, a modernização é iniciada e dinamizada por uma tensão entre dinâmica sistêmica (sistemas sociais) e reprodução normativa (mundo da vida), no sentido de que a dinâmica sistêmica subsume não apenas seu campo específico de reprodução, mas também todo o mundo da vida – aqui emergem as patologias modernas, que possuem basicamente origem sistêmica (cf.: Habermas, 2012a, p. 590; 2012b, p. 278, e p. 355). Ora, em ambos os casos, Habermas substitui uma explicação política da modernidade/modernização por uma explicação sistêmica da estruturação das instituições, da mesma forma como substitui as classes sociais enquanto sujeitos políticos pelas instituições ou sistemas sociais como os sujeitos centrais (e técnicos) das sociedades modernas e do processo de modernização (isto é, a expansão totalizante e global da modernidade econômico-cultural) – essa é a consequência da abordagem teórica sistêmica.

De acordo com a teoria da modernidade de Habermas, as patologias modernas são causadas por um crescimento excessivo da lógica sistêmica do mercado e/ou do Estado, no sentido de que sua reprodução interna necessita consumir todas as formas e valores normativos do mundo da vida. Não existem sujeitos políticos ou causas

políticas aqui, mas sim a muito simples subsistência sistêmica. Sistemas sociais têm uma lógica interna, autônoma (em relação à constituição normativa do mundo da vida) e autorreferencial, e às vezes sua lógica invade e coloniza o mundo da vida. Infelizmente, isto acontece; e, quando isso acontece, nós podemos corrigi-lo, mas é apenas este tipo de reformismo técnico o que podemos fazer. Ora, podemos perceber, como consequência da explicação habermasiana acerca da constituição e das patologias da modernidade, uma argumentação sistêmica pura e forte, no sentido de que a teoria política e os sujeitos políticos são minimizados em sua importância explicativa e política, isto é, eles não são necessários ao entendimento e à transformação da modernização. A modernização é, em primeiro lugar, uma questão de dinâmica sistêmica, e Habermas assume esse ponto teórico-político enquanto chave para o entendimento da modernidade/modernização, inclusive para se pensar as possibilidades políticas abertas pela modernidade/modernização. Quando a política e os sujeitos políticos aparecem, eles têm um papel secundário, determinado pela lógica sistêmica. Isso significa que é a lógica sistêmica ou a dinâmica institucional que determina todos os movimentos da política e tudo o que podemos pensar e realizar politicamente (cf.: Habermas, 1997, p. 221-222).

Podemos perceber essa posição de Habermas em uma perspectiva mais clara no seu trabalho *Direito e Democracia*, que eu considero como uma consequência teórico-política da *Teoria do Agir Comunicativo*. De fato, se na *Teoria do Agir Comunicativo* Habermas assumiu a explicação sistêmica como o núcleo para o entendimento da modernidade/modernização, recusando consequentemente tanto as classes sociais quanto as lutas sociais – e os embates políticos dinamizados por essas classes e lutas sociais – como chaves teórico-políticas para a explicação da modernidade/modernização, em *Direito e Democracia* é

exatamente a compreensão sistêmica da modernidade/modernização que se constitui na base para a construção do paradigma jurídico-político procedimental e para a aplicação dele à evolução democrática contemporânea. Assim, qual é o ponto de partida de *Direito e Democracia* de Habermas? Ele é, em primeiro lugar, a consolidação de diferentes, autônomos e autorreferenciais sistemas sociais, todos eles (e especialmente o mercado e o Estado) possuidores de uma lógica de funcionamento muito própria; também é, em segundo lugar, a individualização dos sujeitos políticos, que não podem ser concebidos mais como classes sociais; e ele é, em terceiro lugar, o institucionalismo forte, que monopoliza o núcleo da evolução social e da legitimação política (cf.: Habermas, 2003b, p. 21).

Ora, qual é a consequência da compreensão habermasiana da modernidade/modernização como auto-diferenciação e autorreferencialidade sistêmicas? Ela é *diretamente* o fato de que a política não tem capacidade – e nem legitimidade – para intervir na lógica dos sistemas sociais (a lógica sistêmica é *sempre* autorreferencial, autônoma e interna – ela entra em colapso com mecanismos e intervenções alienígenas). Como consequência, a ação política não pode intervir de um modo direto na lógica sistêmica, mas apenas em um modo indireto (contudo, a lógica sistêmica intervém diretamente na reprodução normativa do mundo da vida!). Em outras palavras, a política não pode intervir nos sistemas sociais em qualquer sentido que nós podemos pensar. Qual é a consequência da individualização habermasiana dos sujeitos políticos? Ela é, como eu disse acima, a impossibilidade de se afirmar classes sociais e atribuir-lhes um papel político central na transformação social. As democracias políticas contemporâneas não possuem classes sociais em sentido amplo e, portanto, as transformações políticas devem ser moderadas devido ao fato de que não existem mais super-sujeitos políticos que possam assumir uma compreensão

social normativa da política e da emancipação. Os sujeitos políticos das democracias contemporâneas são apenas cidadãos ou movimentos sociais muito privados (e às vezes também egoístas), com uma visão de mundo e ação prática particularizada, o que significa que eles não têm condições de assumir as pretensões clássicas (pretensões políticas e normativas) atribuídas pela teoria marxista ao proletariado (cf.: Habermas, 2003b, p. 104-106; 1999, p. 76-77).

Mas o que a individualização dos sujeitos políticos verdadeiramente significa? Bem, ela significa exatamente a afirmação de um institucionalismo forte como o núcleo da dinâmica social e da legitimação política. A normatividade social, nas democracias contemporâneas, não pertence a alguma classe social específica, da mesma forma como as lutas sociais não são o motor da evolução social e da estruturação institucional, inclusive dos caminhos tomados pela própria política. Assim, a normatividade é assumida – na teoria de Habermas em particular e nas teorias políticas liberais e social-democratas em geral – pelas próprias instituições jurídico-políticas. Os sujeitos políticos não representam mais uma concepção intersubjetiva de normatividade social, nem as lutas sociais entre classes sociais definem o que é a normatividade e, de fato, o caminho tomado pelas instituições e pela evolução social, *mas sim as próprias instituições*. De fato, as instituições político-jurídicas assumem o papel e o núcleo da evolução social e da evolução política, porque elas substituem as classes sociais em termos de guardar, fomentar e fundar uma concepção de normatividade social (cf.: Habermas, 2003a, p. 82). Não se trata, evidentemente, da questão de que iniciativas cidadãos e movimentos sociais não possam assumir essa concepção de normatividade social como seu mote; mas a normatividade social é fundamentalmente provida pelas instituições jurídico-políticas e seu procedimento interno, o qual constitui o caminho e a última palavra para qualquer forma de decisão política, construção social e interpretação teórica

daquilo que é legítimo e mesmo de quem é efetivamente sujeito político. Portanto, como não existe classe social que possa assumir a guarda e o fomento de uma concepção genérica de normatividade social, esta mesma normatividade social é monopolizada pelas instituições jurídico-políticas, e tudo o que nós podemos realizar politicamente deve ser realizado pelas instituições jurídico-políticas, desde sua lógica sistêmica interna e por meio de sujeitos políticos autorizados institucionalmente (isto é, partidos políticos e cortes).

Habermas utiliza o termo *cidadania sem sujeito* para significar esta situação contemporânea de inexistência de classes sociais capazes de fundar e de assumir uma concepção de normatividade social como seu mote para a transformação social. A cidadania sem sujeito implica exatamente na centralidade das instituições jurídico-políticas e de seu procedimento sistêmico e interno como o núcleo da legitimação e da evolução democráticas. De fato, as instituições jurídico-políticas assumem um papel central na evolução social democrática pelo fato de que não há uma classe social superdimensionada específica que seja capaz de realizar a evolução social como seu próprio objetivo; em outras palavras, não há uma classe social superdimensionada que possa representar a normatividade social como um todo e realizá-la para toda a sociedade, de modo que as instituições jurídico-políticas representam a partir de agora uma noção geral de sociedade, de sujeitos políticos e de normatividade social. Este é o principal problema, conforme penso, com a individualização dos sujeitos políticos na teoria filosófico-política contemporânea e especialmente na teoria filosófico-política de Habermas: por um lado, ela não pode explicar a evolução social como o resultado de lutas sociais entre classes sociais conflitantes, e mesmo ela não consegue conceber as estruturas institucionais e as configurações políticas como resultado dessas lutas sociais e da hegemonia de classe (e de seus contrapontos); por outro, ela deve

assumir – no momento em que nega as classes sociais como sujeitos políticos e as lutas sociais como a base central para a estruturação institucional e para a constituição social – tanto uma explicação sistêmica da evolução social (modernização como autonomização, auto-diferenciação e autorreferencialidade sistêmicas, que é uma explicação não-política, em minha opinião) quanto a centralidade das instituições político-jurídicas no que se refere à evolução social, à legitimação do poder, entendendo-as como independentes dos sujeitos sócio-políticos, autônomas, imparciais e neutras em relação a eles (cf.: Habermas, 2003b, p. 72).

Esta é a razão pela qual a teoria filosófico-política contemporânea – Rawls, Habermas e Giddens, por exemplo – recusa um tipo de política radical que tem como objetivo central a associação entre instituições políticas e classes sociais e lutas sociais. Esse tipo de política radical centraliza toda a evolução social nas forças políticas e em suas lutas, concebendo, portanto, as estruturas institucionais e a configuração institucional como um resultado dessas lutas e da hegemonia de classe. Desse modo, para esse modelo de política radical, as instituições não estão situadas para além das classes sociais e das lutas sociais, senão que são o próprio resultado das lutas sociais entre classes sociais em busca de hegemonia. Com isso, a política democrática não é um procedimento institucional, da mesma forma como a democracia não possui sua centralidade nas instituições jurídico-políticas, em seu procedimento e em seus sujeitos autorizados internos (partidos políticos e cortes); a política democrática é essencialmente a cotidiana luta de classe, e os movimentos sociais assumem um papel fundamental no que se refere à evolução social, um papel mais importante que as instituições jurídico-políticas e sua organização burocrática. Bem, Rawls, Habermas e Giddens têm como resultado de suas posições filosófico-políticas o argumento de que as instituições jurídico-políticas não são apenas o núcleo da

legitimação democrática, mas também o caminho e a arena, a base normativa e mesmo o sujeito e os procedimentos políticos para a constituição democrática (cf.: Rawls, 2000, § 39, p. 249-257; Habermas, 2003b, p. 105; Giddens, 1996, p. 93-102). Contudo, é exatamente essa separação entre instituições e sujeitos sociopolíticos que aparece como problemática, porque, como o estou dizendo, as instituições políticas não são um complexo normativo ou arenas e procedimentos inclusivos, imparciais e neutros que estão localizados para além dos sujeitos políticos ou das classes sociais. Em outras palavras, a individualização dos sujeitos políticos leva tanto à centralidade das instituições jurídico-políticas (afirmadas desde uma perspectiva sistêmica, não-política), com sua separação e autonomização no que se refere às classes sociais e às lutas sociais, quanto à recusa de uma política radical que critica essa autonomização institucional em relação às classes sociais e às lutas sociais, da mesma forma como essa política radical questiona a ligação entre puro normativismo, individualização dos sujeitos políticos e institucionalismo forte.

Para além do institucionalismo forte

A concepção de normativismo democrático como uma base abstrata, neutra e imparcial para a orientação e a avaliação de diferentes questões sociais e sujeitos políticos, ligada à afirmação da individualização dos sujeitos políticos, que não podem mais ser entendidos como classes sociais, ou seja, como sujeitos políticos superdimensionados, leva diretamente a um institucionalismo forte, no sentido de que as instituições político-jurídicas monopolizam a guarda, a fundação e o fomento desse mesmo normativismo democrático para toda a sociedade. E, no institucionalismo forte, são a explicação e a dinâmica sistêmica que definem tanto a explicação teórica quanto a ação política (cf.: Habermas, 1999, p. 68-74). Essa é, como estou

argumentando nesse texto, a tendência majoritária na teoria filosófico-política contemporânea, no sentido de que as instituições e seu procedimentalismo interno são o próprio centro da *práxis* política. Não se trata evidentemente do caso de que os movimentos sociais e as iniciativas cidadãs não sejam considerados pelo pensamento político contemporâneo, mas eles somente podem ser compreendidos dentro do campo aberto pela explicação sistêmica da evolução social e pela concepção de lógica e de dinâmica institucionais sistêmicas.

De acordo com essa concepção política hegemônica na contemporaneidade (Rawls, Habermas e Giddens, como citado), a base das análises teórico-políticas é a lógica sistêmica institucional, ou seja, os mecanismos internos de funcionamento dos próprios sistemas sociais (Estado e mercado, ou mesmo instituições culturais, em muitos casos). As instituições são sujeitos super-dimensionados, ao estilo do conceito rawlsiano de *estrutura básica da sociedade* ou do conceito habermasiano de sistema social, no sentido de que seus códigos e processos determinam condições sociais gerais, os processos de socialização e de subjetivação. Assim, a teoria política deve organizar essas instituições ou sistemas sociais como condição para justiça social e o bom funcionamento delas mesmas. Nesse caso, a pressuposição é muito clara e direta: as instituições fazem o mundo social, definem-no, organizam-no. Mas é esse o caminho certo da compreensão no que se refere à evolução social? O que são instituições ou sistemas sociais? Na teoria política contemporânea, sistemas sociais são lógicas de funcionamento técnicas que monopolizam campos específicos da sociedade. Essas lógicas são essencialmente autorreferenciais e autônomas, fechadas a outras lógicas. Elas são absolutamente lógicas não-políticas, e esta é a chave para o entendimento de qual concepção política e de *práxis* nós podemos construir ou não. Bem, é este o tipo de instituições ou de sistemas sociais que define a estruturação

social em geral? A evolução social é uma questão técnica, um reformismo sistêmico?

Ora, nós podemos perceber que é óbvio que as instituições ou sistemas sociais são estruturais formais gerais que, enquanto conjunto de códigos, regras e atores legal-institucionais, constroem e organizam a evolução social como um todo, *mas eles não são técnicos. Eles são políticos*, sua estruturação e dinâmica são políticas. Desse modo, eles não podem ser entendidos como sujeitos políticos superdimensionados, mas como o resultado de classes sociais e suas lutas por hegemonia. Este é o problema com a pressuposição da explicação sistêmica da sociedade e de suas instituições. No momento em que compreendemos a sociedade ou suas instituições como sistemas sociais, com uma lógica muito fechada, autorreferencial e interna, nós abandonamos a explicação política da constituição societal e das estruturas institucionais. De fato, a explicação sistêmica deve renunciar a política tanto como explicação quanto como *práxis*, em favor de explicações e de ações técnicas e despolitizadas. A consequência da explicação e da *práxis* sistêmicas é que a explicação política é substituída pela explicação sistêmica; a ação política é substituída pelo reformismo técnico-institucional; e a política radical é substituída pela lógica sistêmica autônoma, autorreferencial e interna. Sistemas são autônomos e auto-subsistentes, tornando-se despolitizados. Assim, a política torna-se uma atividade subordinada à dinâmica dos sistemas sociais, não a uma *práxis* radical situada para além da lógica, da dinâmica e dos sujeitos tecnocráticos sistêmicos.

Ora, por que a compreensão sistêmica da sociedade e das instituições é não-política e tecnocrática? Pelo fato de que ela centraliza a evolução social *dentro* da lógica institucional e sistêmica, atribuindo a essa lógica interna dos sistemas sociais e das instituições um sentido e um papel autorreferenciais que não são políticos, mas apenas técnicos. A política é sempre importante, mas, nas teorias filosófico-

políticas, ela é limitada e determinada pelo fechamento estrutural da dinâmica institucional, pelo menos em uma medida forte. Então, Habermas diz, a política não tem condições de uma intervenção direta nos sistemas sociais, nem pode ser assumida por uma classe social específica contra as instituições e para além do procedimento institucional interno da política representativa (cf.: Habermas, 2003a, p.190, e p. 290; 2003b, p. 105, e p. 147-148). E, como Rawls diz, a desobediência civil violenta contra as instituições não é legítima, porque ela viola tanto a autorreferencialidade sistêmica (ou seja, o fato de que os sistemas sociais não são políticos em primeira mão, tendo uma dinâmica que lhes é própria) quanto o procedimentalismo institucional (cf.: Rawls, 2000, §§ 53-55, p. 388-418). Em última instância, a legitimação é um monopólio das instituições e dos sistemas sociais, da mesma forma como a legitimação da dinâmica política é um processo fortemente institucional, ele tem um caminho muito institucional, ele deve respeitar a lógica sistêmica das instituições, deve possuir atores legal-institucionais, ou não é uma legitimação efetiva.

A dinâmica sistêmica institucional aparece tanto como um procedimentalismo interno e autorreferencial (no que diz respeito aos sujeitos políticos e às reivindicações normativas, e mesmo em relação à espontaneidade dos movimentos sociais e das iniciativas cidadãos) quanto como estruturação institucional e movimento constitutivo não-político e técnico. Em ambos os sentidos, a evolução social é assumida como uma tarefa central e monopólio institucionais. Da mesma forma, a dinâmica institucional sistêmica pode dispensar explicação política e sujeitos políticos como o mote para o entendimento das próprias estruturas institucionais e sistêmicas, porque essa dinâmica sistêmica depende apenas de mecanismos técnicos e de procedimentalismo burocrático – e as lutas sociais e uma política radical prejudicam a pureza e a objetividade da

análise e da ação sistêmicas. E mais, os sistemas sociais e as instituições são sujeitos super-dimensionados, contrariamente aos sujeitos individuais da sociedade civil, o que significa que eles efetivamente substituem as classes sociais ou os sujeitos políticos individuais tanto na monopolização da normatividade social (o que significa que as instituições e os sistemas sociais representam – e não mais as classes sociais e suas lutas – o sentido essencial da democracia) quanto no processo democrático de tomada de decisões (ou, ao menos, as instituições ou sistemas sociais delimitam tudo o que a democracia pode significar e fazer, tudo o que nós podemos fazer politicamente). Portanto, a democracia é agora um arranjo institucional e uma estruturação sistêmica, no sentido de que as instituições e os sistemas sociais representam e realizam o núcleo da sociedade democrática e de sua evolução, centralizando mesmo a normatividade social e representando também tanto uma estrutura geral a partir da qual a sociedade civil tem forma e movimento quanto um sujeito político super-dimensionado que dirige a própria evolução social.

Há, é claro, na teoria filosófico-política contemporânea, uma ligação e uma relação entre instituições e espontaneidade social (isto é, uma *práxis* política não-institucional, como movimentos a levada a efeito pelos sociais e iniciativas cidadãos), mas o institucionalismo forte tem centralidade política e normativa, pelo fato de que ele é concebido – e concebe-se a si mesmo – como uma estruturação sistêmica, baseada em uma lógica extremamente procedural e técnica, que não é espontânea, mas calculável, programável, auto-subsistente. Ora, nesse sentido, a compreensão institucional sistêmica é fechada à política radical dinamizada desde a sociedade civil por movimentos sociais e iniciativas cidadãos que podem substituir ou derrubar a autorreferencialidade e a autonomia sistêmicas, destruindo a lógica técnica e interna das instituições jurídico-políticas e dos sistemas sociais. A

espontaneidade sociopolítica não é sistêmica, nem pode ser entendida ou controlada por mecanismos e movimentos técnicos e procedimentais. A espontaneidade sociopolítica é não-sistêmica *par excellence*. Assim, a intersecção entre instituições ou sistemas sociais e movimentos sociais e iniciativas cidadãs, como ela é pressuposta por Rawls, Habermas e Giddens, não é frutífera tanto no sentido teórico quanto no sentido prático, por causa da centralização política completa nas instituições jurídico-políticas, seus procedimentos e atores político-legais. Esta é a consequência da confusão entre sociedade e sistemas sociais ou estruturas: o fechamento das instituições ao exercício democrático inclusivo do poder, que é prioritariamente uma questão de dinâmica, procedimentos e atores político-legais internos às instituições.

Nesse sentido e como consequência da compreensão institucional sistêmica da política, há uma fronteira e uma barreira que não podem ser cruzadas pelos movimentos sociais e pelas iniciativas cidadãs, ou seja, a substituição das instituições jurídico-políticas e a derrubada da lógica sistêmica que constitui a compreensão contemporânea hegemônica das instituições jurídico-políticas e dos sistemas sociais (uma compreensão liberal, em verdade). Como estou argumentando, os sistemas sociais e as instituições jurídico-políticas centralizam a arena, os procedimentos e os atores políticos que definem todos os movimentos políticos e a evolução democrática, porque, em primeiro lugar, as instituições são o único sujeito político super-dimensionado que resta após o fim das classes sociais e de suas lutas recíprocas, monopolizando a normatividade social e, portanto, associando-se diretamente com a democracia. Bem, a democracia pode até partir da sociedade civil e de seus movimentos sociais e iniciativas cidadãs, mas ao fim seu núcleo e centro político-jurídico de tomada de decisões está enraizado nas instituições jurídico-políticas, concebidas em um sentido sistêmico. Esse é o máximo que a democracia

permite, possibilita – participação social até os degraus das instituições jurídico-políticas; mas, a partir daqui, são a lógica interna, os procedimentos e os atores políticos institucionalizados que têm todo o poder e que legitimam toda a evolução social.

Por causa dessa compreensão sistêmica da sociedade e das instituições, nós podemos perceber, na teoria filosófico-política contemporânea, a incapacidade de conceber-se e de interpretar-se a intrínseca relação entre instituições políticas sistêmicas, partidos políticos e oligarquias econômicas, que mina uma constituição e evolução democráticas inclusivas, participativas e radicais: não existem super-sujeitos políticos da emancipação social para além das instituições, sua lógica interna, seus procedimentos e seus atores políticos; não há democracia para além da representação e dos sistemas sociais, portanto. Qualquer transformação social possível é *uma transformação institucional*, que preserva a estruturação e a dinâmica sistêmicas – pelo fato de que a política torna-se dependente da lógica sistêmica e porque esta é absolutamente enraizada na dinâmica institucional interna. Mas o que nós podemos ver em nossas sociedades contemporâneas – e a crise socioeconômica atual mostra isso – é a profunda e imbricada ligação entre uma concepção sistêmica das instituições, os partidos políticos e as oligarquias econômicas, que pressupõe a centralidade de todo o campo político, do poder e dos atores *dentro das instituições jurídico-políticas*, no sentido de que a dinâmica sistêmica é sempre preservada de uma crítica e de uma *práxis* política radicais. Assim, o pensamento político contemporâneo, ao afirmar uma compreensão sistêmica da sociedade e de suas instituições, tornar-se cego à *práxis* atual, minando a participação social inclusiva nas instituições e a possibilidade de emergência de alternativas sociopolíticas à compreensão hegemônica da democracia e das instituições jurídico-políticas. Nas nossas sociedades contemporâneas, a ligação intrínseca entre compreensão

institucional sistêmica, partidos políticos e oligarquias econômicas está baseada direta ou indiretamente em uma concepção de sociedade como sistema social e dinâmica institucional, para além da espontaneidade social.

Conclusão

Vamos substituir a análise institucional e sistêmica, bem como a concepção de política calcada no institucionalismo forte, pela afirmação da centralidade das classes sociais, das lutas sociais e da hegemonia de classe no que se refere ao entendimento das estruturas institucionais, da evolução social e da *práxis* política. Instituíamos as lutas sociais como a base teórico-prática da ação política e as classes sociais como os sujeitos políticos da evolução social e da estruturação institucional. Esta posição teórico-política poderia ajudar-nos a superar a nefasta tendência filosófico-política contemporânea (mesmo na esquerda, conforme os autores citados ao longo deste texto) que associa puro normativismo, individualização dos sujeitos políticos e compreensão sistêmica das instituições e da evolução social, o que leva ao institucionalismo forte e fechado como o núcleo da evolução sociopolítica. Como eu argumentei ao longo deste artigo, essa tendência principal de nosso pensamento político contemporâneo leva direta ou indiretamente à negação, ou pelo menos ao grande prejuízo, da política e de um sentido amplo e radical da democracia. A consequência é a completa e muito forte centralização de todo o campo político e dos atores políticos dentro das instituições e com base em seus procedimentos jurídico-políticos e representativos internos. A outra consequência é a submissão da política à lógica sistêmica interna das instituições, pelo fato de que as instituições, concebidas em um sentido sistêmico, têm uma lógica autorreferencial e auto-subsistente, da mesma forma como mecanismos e autores técnicos, não-políticos e não-normativos. A terceira

característica do institucionalismo forte é o fato de que as instituições monopolizam a guarda, o fomento e a fundamentação cotidiana da normatividade social, bem como monopolizam a esfera política e os próprios atores políticos, para além da dinâmica social, das classes e das lutas de classe socialmente enraizadas – as instituições aparecem como uma estrutura pura e objetiva, para além do âmbito social, para além da participação popular. E, como quarta característica do institucionalismo forte, as instituições são concebidas como instâncias de legitimação e de tomada de decisão imparciais, neutras e objetivas, de modo que elas tornam-se independentes das classes sociais e de suas lutas por hegemonia.

Todas estas características conferem às instituições políticas não apenas uma independência e uma superioridade absolutas em relação às classes sociais e suas lutas, como também uma completa legitimação para centralizar e monopolizar o real sentido e a *práxis* da democracia, reduzindo a política à política institucional, aos procedimentos institucionais e aos atores legal-institucionais. Uma posição política ideológica e conservadora emerge daqui, isto é, todas as transformações sociais devem ser uma transformação institucional, todos os sujeitos políticos devem ser sujeitos legal-institucionais, todos os movimentos políticos devem ser movimentos legal-institucionais, e tudo o que nós podemos pensar e fazer politicamente deve acontecer de acordo com uma interpretação sistêmica das instituições – *e de um modo sistêmico*. Em outras palavras, não há mais política democrática, mas tecnocracia institucional; não há mais *práxis* política, mas dinâmica sistêmica; não há mais espontaneidade política, mas o fato da própria lógica sistêmica e da representação institucional. Além disso, o paradigma institucional imparcial, neutro e fortemente objetivo atribuído às instituições político-jurídicas as transforma em cegas histórica e sociologicamente às classes sociais e suas lutas, no sentido de que as instituições são

percebidas sempre como o puro estado da democracia e, assim, como atores políticos completamente legitimados. Ora, a compreensão hegemônica da política contemporânea, portanto, leva direta ou indiretamente à afirmação da tecnocracia e da lógica sistêmica, à centralidade da lógica e dos procedimentos institucionais como o núcleo da evolução social, e, por fim, ao solapamento da *práxis* política como uma ação inclusiva e não-institucional, subordinando a política à lógica sistêmica.

O institucionalismo forte, baseado em uma compreensão sistêmica da sociedade, das instituições e da política, não pode explicar e mesmo resolver a atual crise socioeconômica. De fato, as posições teórico-políticas conservadoras em relação a tal crise entendem-na basicamente desde uma perspectiva sistêmica, no sentido de que a crise socioeconômica não é, em primeiro lugar, uma crise *social*, mas apenas uma crise *técnica*, que pode – e deve – ser corrigida por mecanismos institucionais. Mecanismos institucionais colocarão a lógica sistêmica no seu lugar correto. É isto que podemos esperar do reformismo político, de acordo com essas posições teórico-política conservadoras. Nós podemos ver aqui o fato de, nessas posições conservadoras, a crise é apenas uma crise *sistêmica* e, portanto, ela não necessita ser publicamente discutida. E isso não é necessário pelo fato de que a lógica sistêmica apenas pode ser entendida pela tecnocracia, pelas próprias instituições e seus atores legítimos, e de acordo com sua dinâmica sistêmica interna. Essa é a razão pela qual o pensamento teórico-político conservador recusa a política democrática como conteúdo normativo e especialmente como *práxis* política, ou seja, como *práxis* não-sistêmica, não-técnica e não-institucional. Essa é a razão pela qual a política conservadora é um institucionalismo puro e forte, fechado a uma participação social inclusiva – um institucionalismo forte profundamente enraizado em um procedimento e em uma lógica sistêmicos.

Um institucionalismo forte não é político, mas apenas técnico; ele não é politicamente inclusivo, mas exclusivo. Ora, como eu disse antes, as teorias filosófico-políticas liberais e social-democratas, no momento em que assumem o institucionalismo forte e a explicação sistêmica como pressuposto imbricado para o entendimento da dinâmica política contemporânea, não apenas não podem explicar a atual crise socioeconômica, senão que também tornam-se a legitimação teórico-política para o conservadorismo (que cresce e cresce, política e culturalmente), corroborando uma compreensão sistêmica das instituições, da política e do mercado que é a base das teorias filosófico-políticas conservadoras. A única proposta institucional que emerge do conservadorismo é em favor da lógica sistêmica autorreferencial e auto-subsistente, isto é, em favor do *laissez-faire* das oligarquias econômicas, ou em favor da subordinação da política à lógica sistêmica do mercado. Desse modo, uma perspectiva espontânea da política é hoje imperiosamente necessária, da mesma forma como a superação da compreensão sistêmica do institucionalismo e da evolução social. Mas esta perspectiva espontânea em política e a derrubada da compreensão institucional sistêmica (e, claro, a superação da redução da política e das instituições à lógica sistêmica autorreferencial e auto-subsistente) somente pode ser fornecida pela afirmação das classes sociais e de suas lutas como a chave para a evolução social democrática. Esses conceitos historicizam e sociologizam a *práxis* política, da mesma forma como eles enraízam a evolução social e a estruturação institucional em seu verdadeiro lugar, a saber, como o resultado de lutas sociais entre classes sociais; nessa situação, a dinâmica institucional e sistêmica são movimentos puros, objetivos e autônomos, e não têm um desenvolvimento independente em relação às lutas de classes sociopolíticas, senão que aquelas são constituídas por estas lutas de classe. A política é feita por classes sociopolíticas e suas lutas

recíprocas, não por instituições puras, imparciais e neutras; a política não é uma lógica técnica e sistêmica, mas a cru e permanente luta pelo poder, determinada pela hegemonia de classe.

Classes sociais e lutas sociais, correlatamente à negação da compreensão sistêmica da evolução social e da estruturação institucional, tornam importante novamente a consideração teórico-política do conflito entre capital e trabalho como o núcleo da dinâmica sociopolítica contemporânea, bem como a explicação da divisão social e das formas políticas baseadas em tal distinção. De fato, a crise socioeconômica atual não é uma crise nos mecanismos sistêmicos de mercado, mas um conflito entre capital e trabalho, no sentido de que a globalização econômica redefiniu a proteção social e a intervenção econômica do Estado de bem-estar social – agora, formas de trabalho provenientes da China e de países orientais (baixos salários e exploração intensificada do trabalho) são a base para uma reformulação neoliberal conservadora das atuais condições da relação entre capital e trabalho. No mesmo sentido, o que nós podemos ver hoje é o fato de que os Estados-nação são cada vez mais reféns do capital financeiro, que se apropria de uma grande parte dos fundos públicos, definindo todos os caminhos políticos das administrações públicas e dos legislativos políticos, definindo também o caminho da evolução social democrática e da constituição política democrática (cf.: Piketty, 2014; Krugman, 2009). Esses movimentos políticos não podem ser compreendidos pela análise sistêmica, mas apenas por uma posição teórico-política que afirma as classes sociais, as lutas sociais e, assim, a abordagem marxista clássica fundada no conflito entre capital e trabalho como a base da constituição e da evolução sociopolítica.

Referências bibliográficas

-
- GIDDENS, Anthony. *Para Além da Esquerda e da Direita: o Futuro da Política Radical*. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Editora da UNESP, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: Reflexões sobre o Impasse da Social-Democracia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GIDDENS. *A Terceira Via e Seus Críticos*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa* (Vol. I): racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012a.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa* (Vol. II): sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012b.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Vol. I). Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Vol. II). Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Traducción de Ramón García Cotarelo. Barcelona: Ediciones Península, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.

- KRUGMAN, Paul. *O regresso da economia da depressão e a crise actual*. Tradução de Aline Rocha, Saul Barata e Alberto Gomes. Lisboa: Editorial Presença, 2009.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Sobre religião, Estado e sociedade em Marx com uma olhada na Filosofia do Direito de Hegel

Christian Iber

A filosofia de Hegel pertence às últimas tentativas de refletir de modo afirmativo o autoentendimento do Estado moderno e da Modernidade em geral a partir da religião. Enquanto a concepção do Estado de Hegel busca, além da separação do Estado em relação à religião, também a unidade reconciliante do Estado e da religião, porque o Estado moderno se basearia no princípio cristão da liberdade, Marx queria mostrar que a relação moderna do Estado e da religião inclui um defeito no entendimento moderno da liberdade.

Minha contribuição consiste em três partes: com base em seu escrito *Sobre a questão judaica*, de 1843 (publicado em fevereiro de 1844, no único número duplo dos *Anais Franco-Alemães*)²⁰³, na primeira parte, discuto os três aspectos

²⁰³ MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Apresentação e posfácio de Daniel Bensaid; tradução de Nélio Schneider, [tradução de Daniel Bensaid, Wanda Caldeira Brant]. São Paulo: Boitempo, 2010. Os números de

distinguidos por Marx da relação entre Estado e religião. Nesse caso, lançarei um olhar na *Filosofia do Direito* de Hegel. Na segunda parte, diante do pano de fundo de sua determinação da relação do Estado e da sociedade, ilumino a crítica de Marx ao princípio da liberdade, tal como ele é manifestado no cristianismo. Na terceira parte, esboço essa crítica com base na sua confrontação da emancipação política e humana que liberte o homem também da religião.

I. Estado e religião, Estado e sociedade

Por ocasião da sua crítica à discussão da questão judaica de Bruno Bauer, Marx trata da relação do Estado moderno com a religião e a sociedade burguesa.²⁰⁴ O deficitário na resposta de Bauer à questão pela emancipação dos judeus reside nisso, a saber, de que ela, na questão de como o Estado cristão está constituído, que deve se emancipar, e de como o judeu está constituído, que deve ser emancipado, fica de pé na oposição religiosa do judaísmo e do cristianismo. A crítica da questão judaica tem a fazer um adicional, um terceiro. Ele tem que perguntar de que espécie de emancipação se trata e quais implicações se encontram fundamentadas na emancipação exigida. Com a crítica da questão judaica, Marx liga a crítica à emancipação política, a qual ele contrasta à emancipação humana.

Marx distingue três aspectos da relação do Estado e da religião: 1. o histórico, 2. o moderno e 3. o aspecto do

páginas nos parênteses sem declarações adicionais se relacionam a esse texto.

²⁰⁴ Na primeira parte de *Sobre a questão judaica*, Marx toma como principal referência o texto de BAUER, Bruno. *Die Judenfrage*. Braunschweig: Friedrich Otto, 1843. Disponível no site da Boitempo em <http://www.boitempo.com/coleção-marx.php>.

conteúdo social da relação moderna²⁰⁵. A relação histórica do Estado à religião Marx discute com base no desenvolvimento do Estado moderno das monarquias cristãs da Idade Média, por exemplo da Alemanha. Na Alemanha medieval não existia ainda nenhum Estado político moderno, nenhum Estado como Estado, porque aí a questão judaica era ainda uma pura questão teológica. Aí o Estado se afirma mesmo como “teólogo *ex professo*” (p. 37), justifica-se pela religião cristã, proclama-se, portanto, ainda não mesmo como Estado.

A formação do Estado moderno está acoplada no seu desenquadramento do “Estado celeste antigo”²⁰⁶, cujo reflexo religioso corresponde a uma sociedade de relações de dependências pessoais, isto é, relações de dominação e de servidão imediatas. Como Rousseau e Hegel, Marx vincula a relação do Estado e da igreja na Idade Média europeia ao princípio clerical do catolicismo. Ao contrário disso, como Hegel, Marx imputa a configuração do Estado moderno ao protestantismo. O protestantismo, que exprime a igualdade por princípio de todos os sujeitos apenas responsáveis por sua consciência diante de Deus também no seu ritual e suas instituições, é, para o Marx tardio, de *O Capital*, a forma adequada da religião para uma sociedade dos produtores de mercadorias, “cuja relação universal social de produção consiste em tratarem seus produtos como mercadorias, isto é, valores, e comparam, sob a aparência material das

²⁰⁵ Para esses três aspectos, cf. RAKOWITZ, Nadja. “Religion, Staat, Gesellschaft” [Religião, Estado, sociedade]. In: *Theorie praxis lokal. Antisemitismus und Kritik*, Maintal, 1998.

²⁰⁶ MARX, Karl. *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie. Dritter Band*. In: Marx/Engels Werke [= MEW] Vol. 25. Berlim: Karl Dietz, 1976, p. 793.

mercadorias, seus trabalhos particulares, convertidos em trabalho humano homogêneo”²⁰⁷.

A relação moderna do Estado à religião Marx discute com base na constituição americana e francesa. Ali todas as religiões valem como iguais ao Estado. A religião cristã se torna a particularidade como todas as outras religiões. Aqui a questão judaica perde seu significado teológico e se torna uma questão somente secular. O Estado moderno, neutro do ponto de vista confessional, rebaixa as religiões sob os demais elementos especiais da sociedade burguesa, pelo qual ela é rebaixada à questão privada e à mera opinião, que podem somente exercer ação sobre o Estado, intermediada através da publicidade. Para o Estado moderno, não subsiste realmente nenhuma diferença entre o judaísmo e o cristianismo nas suas formas diversas. O cristianismo subsiste apenas como relíquia histórica, já que o Estado como pré-burguês foi Estado cristão. Não obstante, o “culto protestante do homem abstrato”²⁰⁸ é, para Marx, a primeira forma de libertação dos sujeitos privados como cidadãos livres e iguais, isso de modo que toda a determinidade religiosa dos sujeitos privados, que não é sua questão privada, tem que aparecer como defeito dessa libertação.

Esse é o ponto de crítica decisivo a Bruno Bauer. A emancipação política dos judeus no Estado moderno não é nenhuma questão pelo caráter específico da religião judaica, mas sim está dada com a separação do Estado e da religião como algo característico do Estado moderno. Qual caráter tem, todavia, uma emancipação do judaísmo, que é garantida pela liberdade de religião estatalmente concedida? A crítica

²⁰⁷ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo de Produção do Capital*. Livro Primeiro. Volume I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 100 s.

²⁰⁸ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo de Produção do Capital*. Livro Primeiro. Volume I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 101.

de Marx à questão judaica passa para a crítica da emancipação política e, com isso, para a crítica do próprio Estado político moderno.

Marx discute o conteúdo social das relações modernas do Estado e da religião, na medida em que ele esclarece a relação do Estado como interesse universal aos interesses privados particulares da sociedade burguesa, aos quais a religião está rebaixada. Com isso, está abordada a relação do Estado moderno e da religião em geral, que exige o retroceder da determinidade religiosa ao assunto meramente subjetivo da pessoa privada e regulamenta essa relação por uma legislação aceita por todos ou por contratos de conteúdo correspondente. O ficar contínuo dos antagonismos religiosos na sociedade moderna se deixa, portanto, sempre interpretar como defeito na formação do Estado moderno.

Marx menciona positivamente a anotação ao § 270 da *Filosofia do Direito* hegeliana, no qual Hegel acentua a separação do Estado em relação à Igreja e recusa o envolvimento imediato da religião na legislação. Na verdade, a posição de Hegel da separação do Estado e da religião é manca, dado que ele mesmo, sem dúvida, exige a separação do Estado de uma religião determinada, não todavia da religião em geral²⁰⁹. Por essa razão, ele acentua, sem dúvida, a liberdade da escolha da religião, contudo, não leva em consideração a possibilidade do *status* de sem profissão de fé.

²⁰⁹ De uma “separação manca” [„hinkende[n] Trennung“] do Estado e da religião na *Filosofia do Direito* de Hegel fala WAGNER, Wolfgang. “Religion zwischen Rechtfertigung und Aufhebung. Zum systematischen Ort von Hegels Vorlesungen über die Philosophie der Religion” [Religião entre justificação e supressão. Para o lugar sistemático das Lições de Hegel sobre a filosofia da religião]. In: *Hegels Logik der Philosophie. Religion und Philosophie in der Theorie des absoluten Geistes* [A lógica da filosofia de Hegel. Religião e filosofia na teoria do espírito absoluto]. Dieter Henrich, Rolf-Peter Horstmann (Orgs.). Stuttgart, 1984, p. 129.

Hegel realça, com efeito, que um Estado forte pode comportar-se de modo tão liberal quanto às religiões, que ele pode aceitar comunidades que não aceitam os deveres e direitos frente ao Estado, portanto, negar o serviço militar por razões religiosas (estão entendidos as “quacres” e os “anabatistas”).²¹⁰ Ao mesmo tempo, Hegel deixa claro que quem não aceita esses deveres, não têm nenhum direito de ser membro da comunidade política. De modo interessante, Hegel relativiza essa consideração de que, contra o argumento, os judeus não poderiam ser cidadãos de valor integral, porque eles se ressentiam como integrantes de um povo escolhido, pois observa “que eles são, antes de tudo, *homens*”²¹¹.

A tolerância religiosa remendada, a circunstância que a separação estrita é sobreposta por uma separação manca,

²¹⁰ A possibilidade perspectivada de Hegel da exclusão dos judeus da participação da comunidade política contradiz, com certeza, a “*obrigação suprema*” de “ser membro do Estado” (HEGEL, G. W. F. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Tradução Paulo Meneses et. all. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010 (Sigla FD), § 258). Alemão: HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss* (Sigle: Rph), in: Werkausgabe in zwanzig Bänden (Sigle: Werke) Vol. 7, Eva Moldenhauer, Karl Markus Michel (Orgs.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969, § 258.

²¹¹ FD, § 270 Anotação, p. 246. Na igualdade universal do direito de todos os cidadãos reside para Hegel a dimensão jurídico-humana do direito abstrato estatalmente garantido na sociedade burguesa, segundo o qual o “eu” “seja apreendido enquanto pessoa *universal*”. “O *homem vale assim, porque ele é homem*, não porque ele é judeu, católico, protestante, alemão, italiano etc.” (FD, § 270 Anotação, p. 203), não, portanto, por causa da sua particularidade. Essa dimensão jurídico-humana do direito abstrato encontra seu limite nos Estados nacionais (cf. Idem), que separam os homens em interiores e estrangeiros e atribuem a devida importância e têm em conta diferentemente as religiões. Hegel, que como partidário do Estado nacional refuta o “*cosmopolitismo*” (Idem), conhece que os direitos humanos têm vigência no nível internacional apenas como ideal mental.

tem em Hegel sua razão no fato de que ele mantém no pensamento a religião como fundamento do Estado, no sentido de que ela possibilita uma disposição política afirmativa. Ele amarra a função subsidiária de uma sustentação da disposição política no conceito normativo de um protestantismo político²¹². Hegel não está, portanto, de acordo que a religião tem tão somente o caráter da privacidade. Por este lado, Marx deveria ter classificado Hegel como pré-moderno²¹³. De acordo com o seu juízo, no

²¹² Cf. JAESCHKE, Walter. “Hegels Begriff des Protestantismus” [O conceito de protestantismo de Hegel]. In: *Der Protestantismus – Ideologie, Konfession oder Kultur?* [O protestantismo – ideologia, confissão ou cultura?]. Richard Faber, Gesine Palmer (Orgs.). Würzburg, 2003, p. 77-91, esp. p. 84 s.

²¹³ “Ele [o Estado] necessita, por toda parte, da garantia das esferas que se encontram fora dele. Ele não é o poder realizado. É a impotência *sustentada*; não é o poder sobre esses sustentáculos, mas o poder do sustentáculo. O sustentáculo é quem detém o poder” (MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Biotempo 2010, p. 129). Enquanto na *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, Marx não comenta a anotação ao § 270 (“A nota a esse parágrafo, sobre a relação entre Estado e Igreja, será vista mais adiante” (Idem, p. 36)), no artigo *Sobre a questão judaica*, ele tomou posição frente à posição da religião como fundamento do Estado:

“Há uma grande diferença entre o Estado *completo* enumerar a religião entre seus *pressupostos* por causa da deficiência inerente à *essência universal* do Estado e o Estado *incompleto* declarar a religião como seu *fundamento* por causa da deficiência inerente à sua *existência particular* de Estado deficiente. No último caso, a religião se torna *política incompleta*. No primeiro caso, manifesta-se na religião a incompletude até mesmo da *política completa*. O assim chamado Estado cristão necessita da religião cristã para completar-se *como Estado*. O Estado democrático, o Estado real, não necessita da religião para chegar à sua completude política. Ele pode, antes, abstrair da religião, porque nele se realiza efetivamente em termos seculares o fundamento humano da religião” (p. 43).

Para a relação do Estado e da religião, Marx se pronuncia também no ensaio *O artigo diretriz*, no número 179 da *Gazeta Renana*, de 1842, in: MEW vol. 1, p. 86-104. Ele critica a justificação do Estado prussiano-cristão por Karl Hermes, que aceita como necessário a restrição dos

fragmento kreuznacheano *Critica da filosofia do direito de Hegel*, de 1843, Hegel está procurando pelos suportes e garantias do Estado dentro da sociedade, como os estamentos, o morgadio e também a religião, aos quais ele atribui um significado político, com o qual sua concepção se mostra como sincretismo entre uma teoria do Estado moderno e da acomodação no Estado estamental prussiano semifeudal.

Lá onde historicamente a formação do Estado moderno continuou efetivamente ligada à religião protestante, como expressão da liberdade dos sujeitos privados concorrentes, a liberdade e o protestantismo estiveram dependentes um do outro como o determinante da identidade dos cidadãos, e os cidadãos de confissão católica foram restritos nos seus direitos civis/burgueses, isto é, no nascimento do Estado moderno na Inglaterra, aí essa circunstância se mostrou até a presença como base dos conflitos religiosos perenes entre os protestantes e os católicos, que na Irlanda se intensificaram até a guerra civil.²¹⁴

Já antes das sociedades modernas, com o cristianismo, surgiu a ideia da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Diante do Deus cristão, todos os homens são iguais e livres, mesmo que na doutrina medieval da igreja eles foram fixados numa estrutura hierárquica. A ordem hierárquica valeu, porém, somente para o mundo, não para o último dia [*jüngster Tag*], no qual o homem fica diante de Deus. Também o princípio da comunidade rompeu a ordem hierárquica, pelo menos no protestantismo. Na história do cristianismo houve movimentos que quiseram saber realizada também de modo secular a ideia do homem livre e

direitos políticos dos judeus para o Estado cristão e a fundamenta com a essência da religião judaica.

²¹⁴ Cf. WENDE, Peter. “Grossbritannien 1500-2000”. In: *Oldenburg Grundriss der Geschichte* Vol. 32. München, 2001, e ENGEL, Josef. “Die Entstehung des neuzeitlichen Europa”. In: *Handbuch der europäischen Geschichte*. Vol. 3. Theodor Schieder (Org.). Stuttgart, 1971.

igual e do princípio da comunidade, o homem como ente da comunidade [*Gemeinschaftswesen*]. A história do cristianismo se apresenta como a contradição entre a legitimação da dominação e da utopia de uma comunidade humana livre, cujo potencial revolucionário-social, em especial de Thomas Münzer, se fez valer na Reforma.

Com a Revolução Francesa, os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade dos homens se secularizaram. Marx determina a relação do Estado moderno e da religião assim que no Estado “se realiza efetivamente em termos seculares o fundamento humano da religião” (p. 43). Até que ponto no Estado moderno se realiza efetivamente, em termos seculares, o fundamento humano da religião?

II. A Crítica de Marx à liberdade moderna burguesa e política

Marx dissolve a relação do Estado e da religião na relação do Estado à sociedade, na medida em que ele humaniza a contradição do Estado com a religião na contradição do Estado com seus pressupostos sociais. Assim como o Estado moderno adentra na contradição com a religião, sem superá-la, assim ele adentra também na contradição com os seus pressupostos sociais e ao mesmo tempo os reconhece. Assim, por exemplo, logo que o Estado anula o censo eleitoral, ele declara de modo político a propriedade privada por revogada, sem revogar a própria propriedade privada. As diferenças sociais são tão somente declaradas “como diferenças *apolíticas*”, quando o Estado proclama “cada membro do povo, sem consideração dessas diferenças, como participantes iguais da soberania nacional” (p. 40).

Com o Estado político moderno, a vida universal do gênero humano, seu interesse universal adentra numa oposição com sua vida material na sociedade burguesa. Com a oposição do Estado e da sociedade burguesa, o homem

leva uma vida dupla não somente no pensamento como na religião, mas sim na realidade efetiva. Na sociedade burguesa, a esfera da concorrência dos interesses privados, o homem é homem privado e nessa determinação vale a si mesmo e aos outros como homem real. No Estado, como esfera do interesse universal, o homem vale como ente genérico verdadeiro, não obstante essa universalidade é tão somente uma universalidade ilusória, irreal. Na sociedade burguesa, ele é *bourgeois*, no Estado, *citoyen*.

A universalidade da conexão política, à qual os indivíduos estão subsumidos, é para Marx ilusória, porque isso não significa que as oposições dos interesses dominantes na sociedade burguesa estão eliminadas do mundo na forma do político, como Hegel acredita. Antes pelo contrário, eles estão guardados e, no Estado, encontraram sua forma de transcurso como interesse universal realizado, dentro da qual eles podem apenas atuar e desdobrar a sua fertilidade para o todo. Longe de superar as oposições sociais, essas são, antes pelo contrário, os pressupostos e o fundamento da existência do Estado moderno.

O Estado faz valer sua universalidade somente na oposição aos elementos particulares da sociedade burguesa. Nessa base, a partir da perspectiva do Estado, os interesses particulares da sociedade burguesa aparecem como de categoria igual. Se se é cristão ou judeu é assim indiferente, como se se é comerciante ou jornaleiro, capitalista, proprietário de terra ou trabalhador assalariado. As determinações sociais dos homens não aparecem mais como tais no Estado. A revolução política, que constitui o Estado moderno, desmantela necessariamente todos os privilégios, estamentos e corporações. Ela supera o caráter político da sociedade e a desmantela nos seus componentes simples fragmentados. Com isso, ela dissolve a sociedade feudal no seu fundamento antropológico, e precisamente como ele é efetivamente o fundamento do Estado moderno: no homem egoísta da sociedade burguesa. Este homem egoísta como

fundamento do Estado está reconhecido como tal nos assim chamados direitos humanos, que Hegel, em virtude da sua concepção substancialista do Estado, apenas insuficientemente leva em consideração.²¹⁵

Sob os direitos humanos cai também o exercício da religião, de modo que os judeus politicamente emancipados podem absorver o direito humano da liberdade da religião e da consciência. A tolerância religiosa, que no século XVIII emerge no catálogo dos direitos humanos civis/burgueses, deixa claro para Marx que a religião não é somente não incompatível com os direitos humanos, mas sim o direito de ser de qualquer modo religioso ou não religioso é contado explicitamente sob os direitos humanos²¹⁶.

Os direitos estatalmente concedidos se distinguem dos direitos dos cidadãos que representam os direitos políticos, que somente são exercidos na comunidade com

²¹⁵ Cf. LOHMANN, Georg. "Hegels Theorie der Menschenrechte?" [Teoria dos direitos humanos de Hegel?] In: *Hegel-Jahrbuch 2002. Phänomenologie des Geistes*. Zweiter Teil. Berlin: Akademie-Verlag, 2002, p. 137-142.

²¹⁶ A subsunção da religião sob o Estado, sua degradação à coisa privada, significa, em primeiro lugar, sua estratégia do sobreviver; em segundo lugar, nisso está contida a contradição para a religião que o obrigatório absoluto, a forma superior da eticidade, a religiosa, deve vigorar tão somente para a consciência privada e não universalmente obrigatória. A religião lida com essa contradição na medida em que ela apregea sua utilidade para a comunidade.

Hegel reflete a contradição da religião moderna na medida em que ele a subordina, por um lado, como momento do espírito objetivo à competência decisória do Estado, por outro lado, como figura do espírito absoluto a antepõe ao Estado. Enquanto na anotação ao § 270 da *Filosofia do Direito*, ele destaca o primeiro aspecto, na anotação ao § 552 da *Enciclopédia*, ele acentua o segundo aspecto do segundo sentido da religião. A mediação, ou seja, a reconciliação da contradição entre a subordinação da religião sob o Estado e sua anteposição ideal sobre a comunidade política, Hegel espera por um protestantismo filosoficamente interpretado, ao qual ele atribui um significado político como garantia da eticidade estatal.

outros e seus conteúdos formam a participação na coletividade política, no Estado, e dos próprios direitos humanos. Consequentemente, Marx distingue duas formas da liberdade: a liberdade burguesa e a liberdade política.

Os direitos humanos aparecem, para Marx, como direitos naturais, porque o homem, como ele é membro da sociedade burguesa, aparece como homem natural, bem como a revolução política em geral se comporta na sociedade burguesa “como [a]o *fundamento da sua subsistência*, como [a] uma *pressuposição* sem qualquer fundamentação adicional, em consequência, como [a] sua *base natural*” (p. 53).

Os direitos humanos, de acordo com os quais o homem como natural aparece nascido livre e igual em direitos, ficam manifestados mais claramente na constituição mais radical, a constituição francesa, de 1793, e na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1791: esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a igualdade e a segurança²¹⁷.

A liberdade consagrada se apresenta como um limite determinado pela lei, “dentro do qual cada um pode mover-se de modo *a não prejudicar* o outro” (p. 49). Ele separa um do outro como o limite por um poste da cerca. “Trata-se”, diz Marx, “da liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro si mesma”, que “não se baseia na vinculação do homem com os demais homens, mas sim, antes pelo contrário, na separação entre um homem e outro” (p. 49), enquanto “cada homem veja no outro homem, não a *realização*, mas, ao contrário, a *restrição* da sua liberdade” (p. 49).

²¹⁷ Os direitos de benefícios sociais frente ao Estado, que hoje são contados nos direitos fundamentais, até que nas constituições dos Estados de bem-estar modernos levam um ser-aí marginal. Na lista dos direitos fundamentais, eles são denominados pela primeira vez na constituição francesa, de 26 de junho de 1793 (cf. HÖSLE, Vittorio. *Moral und Politik. Grundlagen einer Politischen Ethik für das 21. Jahrhundert*. München 1997, p. 798 s.).

A aplicação prática dessa liberdade individual, da liberdade da pessoa privada, é a propriedade privada. O direito humano da propriedade privada é “o direito de desfrutar a seu bel prazer, sem levar outros em consideração, independentemente da sociedade, de seu patrimônio e dispor sobre ele, é o direito ao proveito próprio” (p. 49). A propriedade privada, o poder de disposição quantificada no dinheiro excludente sobre a riqueza da sociedade, a violência do comando sobre o trabalho alheio de outras pessoas, que se deixa trabalhar por dinheiro para seu aumento, é o fundamento da utilidade e do prejuízo. A igualdade no seu significado não-político como igualdade de direito consiste em considerar cada homem como pessoa privada livre e como proprietário livre.

A partir da perspectiva do Estado, a sociedade aparece como aglomeração das pessoas privadas e dos proprietários, como sociedade dos proprietários. O ser-proprietário-privado dos homens, sua independência suposta da sociedade, é mesmo uma determinação social. Constitutivo para a forma do direito é admitir esse resultado do desenvolvimento da sociedade burguesa como pressuposto natural. Nenhum direito humano, nem o direito à liberdade individual nem o direito à propriedade privada, transcende, para Marx, o homem egoísta da sociedade burguesa.

Às pessoas privadas e aos proprietários, a sociedade parece como uma moldura exterior, como restrição da sua independência original. Sua dependência recíproca uns aos outros, a qual na sua concorrência uns contra outros eles procuram aproveitar, eles não podem mais experimentar como uma condição de que são capazes de vencer por força própria. Eles não dominam sua conexão social, mas sim um poder separado deles, isto é, o Estado que garante o reconhecimento da pessoa e da propriedade e, assim, possibilita e guarda a sua concorrência. O Estado moderno é a instância que possui a violência soberana, que guarda e

assegura a liberdade burguesa discutida, na medida em que ela impõe aos indivíduos as barreiras necessárias. Ele é a instância que põe os postes da cerca entre os campos para assegurar a propriedade e a privacidade dos singulares.

Na declaração dos direitos humanos, de 1791, aparece a conservação dos direitos humanos como finalidade última do Estado moderno. O Estado adentra em uma relação de serviço ao homem que Marx decifra como determinado, como *bourgeois*. Contudo, essa relação retida pelo liberalismo não é a verdade inteira. O Estado pode somente adentrar no serviço do cidadão privado e dos seus interesses, na medida em que ele mesmo se levanta ao fim em si mesmo, de modo que o direito humano à liberdade cessa de ser um direito, ao qual também pertence a liberdade da religião, se ele cai em conflito com as tarefas do Estado²¹⁸.

Porque o Estado moderno se baseia no reconhecimento mútuo dos indivíduos privados concorrentes da sociedade, os sujeitos privados como cidadãos ficam uns aos outros na forma da igualdade política, na qual abstrai-se de toda determinidade adicional; eles assumiram unicamente a figura da vontade livre, e precisamente abstratamente livre. Esta é, para Marx, a figura da liberdade política moderna. Ela repousa na segregação do homem em *bourgeois* e *citoyen*, que a posição liberalista da

²¹⁸ Na época da Revolução Francesa, em que o Estado moderno “foi gerado por meio da violência [...] da sociedade burguesa” (p. 42), e em que a autolibertação política se declara à revolução permanente, a vida política negou seus pressupostos sociais, de modo que aproximadamente a liberdade de imprensa foi revogada, porque ela fere a “liberdade universal” (p. 51), isto é, a liberdade política, e a emancipação política avançou até a “abolição da religião” (p. 42). Que o Estado moderno não é nenhum fim em si mesmo mostra-se, para Marx, nisso que “o drama político termina” necessariamente “com a restauração da religião, da propriedade privada, de todos os elementos da sociedade burguesa” (p. 42).

irredutibilidade do homem, ao qual a sociedade supostamente estaria obrigada, demanda.

Esse estado de coisas, como cidadãos sem nenhuma determinidade ulterior, ser tão somente a vontade livre abstrata, isto é, querer ser membro do Estado separado da sociedade, é constitutivo para o estabelecimento do Estado moderno, que na sua violência soberana sobre a sociedade se mostra como realização da vontade livre abstrata. O Estado não é, portanto, como Hegel afirma, a realização efetiva da liberdade concreta²¹⁹, mas sim a autonomização da vontade livre abstrata que Marx capta como abstração da individualidade de si mesma. Esse princípio da liberdade – e nisso Marx concorda com Hegel – já foi feito valer antes do Estado moderno no cristianismo²²⁰.

III. Emancipação política e humana

Marx distingue da emancipação política esboçada a emancipação humana, sob a qual ele compreende a emancipação democrática e social dos homens do Estado moderno e da sociedade burguesa. Ela liberta o homem também da religião em geral. A emancipação política não é, para ele, “a emancipação já efetuada, isenta de contradições, em relação à religião”, porque “a emancipação política ainda

²¹⁹ “O Estado é a efetividade da liberdade concreta” (FD, § 260).

²²⁰ A “*constituição do Estado político*” (p. 53) se efetua, para Marx, como duplicação do homem em *bourgeois* e *citoyen*. Na medida em que os singulares se formam no elo de uma comunidade política, “determinam de modo universal seu saber, querer e atuar” (FD, § 187), eles desistem dos seus interesses individuais, por onde se desagrega um novo interesse adicional, o interesse universal dos interesses particulares e, com isso, o Estado como poder sobre a sociedade se separa desta. Visto que não há um interesse universal *na* sociedade burguesa, ele tem que ser estabelecido *além* da sociedade como relação política de dominação. A vontade livre-abstrata dos singulares se apresenta como universal-abstrata.

não constitui o modo já efetuado, isento de contradições, da emancipação *humana*” (p. 38). Antes pelo contrário, a emancipação política “permite que a religião subsista, ainda que já não se trate de uma religião privilegiada” (p. 46).

Marx conhece que o Estado político moderno, precisamente na medida em que ele a torna uma coisa do indivíduo privado, lhe proporciona a conjuntura na vida público-social. No recurso a Beaumont, Tocqueville e Hamilton, ele remonta à religiosidade viva nos Estados Norte-Americanos. Precisamente no Estado democrático secular, na “relevância religiosa universal” (p. 45)²²¹ do cristianismo, o que mencionou Hegel, destacar a religião cristã das outras religiões como absoluta, alcança sua “expressão *prática*” (Idem), na medida em que ele tolera, em e além de si, visões de mundo religiosas mais diversas. Nenhuma religião tolera um pluralismo das religiões dessa maneira que a cristã. Isso pode conduzir a uma indiferença do cristão contra si mesmo, como hoje nós a conhecemos.

Na medida em que a religião está exilada na privacidade, ela continua a viver, contudo, dentro de uma conexão não controlável das convicções culturais de um povo, ela pode perder sua função fundamental. Com isso, Marx antecipa o conhecimento de Böckenförde de que o político se baseia nas pressuposições, das quais ele recebe sua legitimidade, mas as quais ele mesmo não pode garantir²²². Na Modernidade, a religião não assume a posição de o fundamento do Estado que possibilita a disposição política desejada, como Hegel entende. Ela conta, antes pelo contrário, como outras instâncias ideológicas também sob os

²²¹ Cf. HEGEL, G. W. F. *Lições sobre a filosofia da religião II*. In: *Werke* Vol. 17, p. 189.

²²² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation” [A formação do Estado como sucesso da secularização]. In: *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main, 1976, p. 60.

seus pressupostos. Entretanto, a necessidade do homem para a religião fica continuada adiante, porque o Estado guarda o fundamento secular da religião. Dali, Marx declara que, mesmo “proclamando o Estado ateu, o homem continua religiosamente condicionado, justamente porque ele só reconhece a si mesmo mediante um desvio, através de um meio” (p. 39).

A existência da religião e sua força cunhando a cultura, Marx interpreta como expressão do ser-aí de um defeito social. A religião é, de acordo com o escrito *Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução*, uma consciência invertida do homem de uma realidade efetiva invertida político-social caracterizada pela dominação alienante. A crítica da religião é, ao mesmo tempo, a crítica do estado negativo do mundo que precisa da religião²²³. A causa desse estado defeituoso Marx procura na essência do Estado, que guarda a restrição social dos homens. Não a religião, ou seja, o cristianismo é o fundamento do Estado moderno, mas sim “o fundamento humano do cristianismo” (p. 45) é o fundamento do Estado moderno.

Considerado mais atentamente, a religião tem para Marx seu fundamento secular no idealismo estatal do cidadão moderno, dotado da dependência estatal que lhe impõe permanentemente a obrigação de abstrair de si mesmo. Porque ele, como homem privado, depende de um poder político que protege a pessoa e a propriedade, ele reconhece, como cidadão, a restrição estatal que é imposta ao seu interesse privado, e ele respeita que o êxito do seu interesse privado diante do interesse universal estatal vem a

²²³ MARX, Karl. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung*, in: MEW Bd. 1, S. 378 f.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução* (Idem), p. 145. A religião é “a autoconsciência e o autossentimento do homem, que ou ainda não conquistou a si mesmo ou já se perdeu novamente” (Idem, p. 145).

ser o ponto de vista subordinado. Esse idealismo não é para Marx nenhum desvario subjetivo. Ele tem o seu fundamento objetivo na sociedade burguesa, existe no Estado político separado dela e fica manifestado na necessidade dos homens para a religião. O ardor de Jesus Cristo no ocidente cristão vale como exemplo acreditado sem cálculo da abnegação e da auto-humildade humana²²⁴.

Marx paraleliza, portanto, a submissão da sociedade sob um Estado político separado dela com o comportamento religioso dos homens a Deus. Feuerbach compreende o poder de Deus como uma inversão, a qual reúne as forças e propriedades dos homens projetivamente e se voltam contra o homem como próprio criador do ente divino²²⁵. Mas, enquanto a religião é uma criação da cabeça humana, a diferenciação no Estado político e da sociedade burguesa é um produto da prática social moderna²²⁶.

A submissão dos homens sob a dominação de Deus é, para Marx, tão somente o reflexo religioso da submissão

²²⁴ Na sociedade burguesa, a “liberdade cristã do homem de si mesmo”, demonstrada de Jesus (THEUNISSEN, Michael. “Ho aiton lambanei. Der Gebetsglaube Jesu und die Zeitlichkeit des Christseins”. In: *Negative Theologie der Zeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 336) e “a liberdade moderna do homem a si mesmo, como capacidade da autorrealização individual” (Idem, p. 323) e “autoafirmação” (Idem, p. 339) não formam alternativas disjuntivas. A interação, dando a impressão de paradoxo entre a aspiração para o proveito próprio e a necessidade para a transcendência, entre a economia e a religião, como “ambos subsistemas mais importantes da sociedade” (HÖSLE, Vittorio. *Moral und Politik* (idem) (anotação 14, p. 864), se credita da dependência num Estado político separada da sociedade.

²²⁵ FEUERBACH, Ludwig. *Das Wesen des Christentums*. In: *Gesammelte Werke Vol 5*, Werner Schuffenhauer, Wolfgang Harich (Orgs.). Berlin, 1973, p. 46 s., p. 63.

²²⁶ Na sua quarta tese de Feuerbach, Marx resume que o “desdobramento do mundo em um mundo religioso, imaginário e outro real” deve ser explicado “da dilaceração interna e da contradição” do “fundamento secular” consigo mesmo (MEW Vol 3, p. 6).

real da sociedade sob a dominação do Estado político, que atua como seu organizador e garante. Portanto, Marx transmuda a crítica à religião de Feuerbach na crítica ao Estado e à sociedade. Na *Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução*, ele formula a norma “que o homem é o ser supremo para o homem”, dali seguindo o “imperativo categórico” “de subverter todas as relações em que o homem é um ser humilhado, escravizado, abandonado, desprezível”²²⁷, como ponto de fim da crítica à religião feuerbachiana.

Toda emancipação reduz as relações político-sociais “ao próprio homem” (p. 54). A emancipação política comporta uma dupla redução do homem, por um lado, a redução ao membro egoísta da sociedade, por outro, a redução ao cidadão abstrato que Rousseau circunstancia pertinentemente. A emancipação humana, ao contrário, só está plenamente realizada quando “o homem real tiver recuperado para si o cidadão abstrato” (p. 54) e, com isso, se torna socialmente universal na sua existência material e individual, quer dizer, organiza de modo autoconsciente e social-coletivo as relações de produção para os seus interesses materiais e espirituais.

Uma universalidade real do gênero adquire o homem singular com seus interesses particulares, de acordo com o escrito *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, somente em uma sociedade politicamente organizada em si mesma, em uma democracia social que não é mais nenhuma forma de Estado no sentido clássico. Nela, o Estado é rebaixado a um modo de ser-aí particular da sociedade e nesse fundamento estabelecido como o universal real na sociedade, na medida em que as oposições dos interesses sociais são trazidas ao equilíbrio. A esfera dos assuntos universais, então, não tem

²²⁷ MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução*. In: Karl MARX: *Crítica da filosofia do direito de Hegel* (Idem), p. 151 s.

que ser estabelecida como uma esfera além da sociedade por uma relação de violência política.²²⁸

Com o conceito de emancipação humana, Marx almeja o conceito de uma liberdade comunitária em que cada homem encontra no outro homem não a barreira, mas sim a realização de sua liberdade, porque a liberdade e o interesse material não mais representam nenhuma oposição. Quem quer efetivamente a liberdade, assim poder-se-ia dizer com Marx, deveria refletir como deve ser organizada uma sociedade, na qual os sujeitos singulares podem perseguir livremente suas finalidades, sem que seus interesses caiam numa oposição um ao outro e eles são ocasionados se submeter a um poder político separado deles, cuja manifestação religiosa é o “culto do homem abstrato”²²⁹.

²²⁸ Cf. MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 49-53, p. 131-135.

²²⁹ A representação do fim de Marx está de modo nenhum, como entende Theunissen, direcionada por um estado, no qual o homem é completamente si próprio, de tal modo que toda mediação por outro ou por outros deve ser compreendida como “relação alheia alienando” (cf. THEUNISSEN, Michael. *Schein und Sein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik. [Aparência e ser. A função crítica da lógica hegeliana]*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978, p. 485). Não a mediação em geral, mas sim Marx critica uma forma histórica específica da mediação (cf. WOLF, Dieter. *Der dialektische Widerspruch im Kapital [A contradição dialética em O Capital]*. Hamburg, 2002, p. 436-472).

Tampouco no revide a Rousseau, Marx substitui o homem egoísta por um homem altruísta relacionado à comunidade, como Lohmann presume (cf. LOHMANN, Georg. “Karl Marx’ fatale Kritik der Menschenrechte” [A crítica fatal de Karl Marx aos direitos humanos]. In: *Politisches Denken. Jahrbuch 1999*. Karl Graf Ballestrem, Volker Gerhardt, Henning Ottmann, Martyn P. Thompson (Orgs.). Stuttgart/Weimar, 1999, p. 91-104.

Enquanto, de acordo com Rousseau, o homem deve se dissolver no cidadão abstrato, Marx solicita a recuperação para o homem individual real do cidadão abstrato. Questionável me parece, portanto, a afirmação de Arndt que a crítica de Marx à declaração dos direitos humanos ocorre

A teoria social de Marx pode ser tão problemática nos seus pormenores, assim indeclinável me parece ser o seu pensamento compartilhado com Hegel, que a religião irá ter conjuntura, enquanto as instituições do Estado são experimentadas e aceitas por indivíduos como fim em si mesmo que transcendem seus interesses pessoais e individuais. A teoria social de Marx contorna um entendimento de um todo da efetividade da vida, no qual os singulares são aliviados da própria transcendência religiosa, a qual hoje em dia discute-se como uma descarga da contingência²³⁰, na medida em que ela abre a perspectiva histórica de uma libertação prática dos homens de uma dominação política social que restringe os seus interesses.

Bibliografia

ARNDT, Andreas. “Zum Problem der Menschenrechte bei Hegel und Marx” [Para o problema dos direitos humanos em Hegel e Marx]. In: *Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West [Direitos humanos. Direitos e deveres no oriente e no ocidente]*. Konrad Wegmann et. al. (Orgs.). Münster, 2001.

BAUER, Bruno. *Die Judenfrage*. Braunschweig: Friedrich Otto, 1843. Disponível no site da Boitempo em <http://www.boitempo.com/coleção-marx.php>.

em nome de um romanticismo civil (cf. ARNDT, Andreas. “Zum Problem der Menschenrechte bei Hegel und Marx” [Para o problema dos direitos humanos em Hegel e Marx]. In: *Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West [Direitos humanos. Direitos e deveres no oriente e no ocidente]*. Konrad Wegmann et. al. (Orgs.). Münster, 2001, p. 228, p. 233).

²³⁰ A função da religião, que interpreta o mundo a partir de um transcendente, como realização da contingência, discute LÜBBE, Hermann. *Die Religion nach der Aufklärung [A religião após o iluminismo]*. Graz/Wien/Köln, 1986, p. 160 s.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation” [A formação do Estado como sucesso da secularização]. In: *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main, 1976.
- ENGEL, Josef. “Die Entstehung des neuzeitlichen Europa”. In: *Handbuch der europäischen Geschichte*. Vol. 3. Theodor Schieder (Org.). Stuttgart, 1971.
- FEUERBACH, Ludwig. *Das Wesen des Christentums*. In: *Gesammelte Werke Vol 5*, Werner Schuffenhauer, Wolfgang Harich (Orgs.). Berlin, 1973.
- HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (Sigle: Rph). In: *Werkausgabe in zwanzig Bänden* (Sigle: Werke), Vol. 7. Eva Moldenhauer, Karl Markus Michel (Orgs.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969.
- _____. *Lições sobre a filosofia da religião II*. In: *Werke* Vol. 17.
- _____. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio* (FD). Tradução de Paulo Meneses et. alli. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.
- HÖSLE, Vittorio. *Moral und Politik. Grundlagen einer Politischen Ethik für das 21. Jahrhundert*. München, 1997.
- JAESCHKE, Walter. “Hegels Begriff des Protestantismus” [O conceito de protestantismo de Hegel]. In: *Der Protestantismus – Ideologie, Konfession oder Kultur? [O protestantismo – ideologia, confissão ou cultura?]*. Richard Faber, Gesine Palmer (Orgs.). Würzburg, 2003.
- LOHMANN, Georg. “Hegels Theorie der Menschenrechte?” [Teoria dos direitos humanos de

Hegel?] In: *Hegel-Jahrbuch 2002. Phänomenologie des Geistes*. Zweiter Teil. Berlin: Akademie-Verlag, 2002.

_____. “Karl Marx’ fatale Kritik der Menschenrechte” [A crítica fatal de Karl Marx aos direitos humanos]. In: *Politisches Denken. Jahrbuch 1999*. Karl Graf Ballestrem, Volker Gerhardt, Henning Ottmann, Martyn P. Thompson (Orgs.). Stuttgart/Weimar, 1999.

LÜBBE, Hermannn. *Die Religion nach der Aufklärung* [A religião após o iluminismo]. Graz/Wien/Köln, 1986.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*. Berlin: Karl Dietz, 1976.

_____. *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, in: MEW Bd. 1.

_____. *O Capital. Crítica da economia política. O processo de Produção do Capital*. Livro Primeiro. Volume I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. *Sobre a questão judaica*. Apresentação e posfácio de Daniel Bensaid; tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Zur Judenfrage*, in: Karl Marx, Friedrich Engels, Werke Bd. 1 (Sigle: MEW), Berlin (DDR), 1956.

RAKOWITZ, Nadja. “Religion, Staat, Gesellschaft” [Religião, Estado, sociedade]. In: *Theorie praxis lokal. Antisemitismus und Kritik*, Maintal, 1998.

THEUNISSEN, Michael. “Ho aiton lambanei. Der Gebetsglaube Jesu und die Zeitlichkeit des Christseins”. In: *Negative Theologie der Zeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

- _____. *Schein und Sein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik*. [Aparência e ser. A função crítica da lógica hegeliana]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.
- WAGNER, Wolfgang. “Religion zwischen Rechtfertigung und Aufhebung. Zum systematischen Ort von Hegels Vorlesungen über die Philosophie der Religion” [Religião entre justificação e suprassunção. Para o lugar sistemático das Lições de Hegel sobre a filosofia da religião]. In: *Hegels Logik der Philosophie. Religion und Philosophie in der Theorie des absoluten Geistes* [A lógica da filosofia de Hegel. Religião e filosofia na teoria do espírito absoluto]. Dieter Henrich, Rolf-Peter Horstmann (Orgs.). Stuttgart, 1984.
- WENDE, Peter. “Grossbritannien 1500-2000”. In: *Oldenburg Grundriss der Geschichte* Vol. 32. München, 2001.
- WOLF, Dieter. *Der dialektische Widerspruch im Kapital* [A contradição dialética em O Capital]. Hamburg, 2002.

Sobre desobedecer

Marco Alexandre de Souza Serra

Se o poder/violência mítico é instituinte do direito, o poder/violência divino é destruidor do direito; se aquele estabelece limites, este rebenta todos os limites; se o poder mítico é ao mesmo tempo autor da culpa e da penitência, o poder/violência divino absolve a culpa; se o primeiro é ameaçador e sangrento, o segundo é golpeador e letal, de maneira não-sangrenta.²³¹

1. Aproximando

O objetivo de apreciar a recente experiência brasileira (e até mesmo mundial) de protestos urbanos, mais ou menos (in)ensos, as respostas institucionais que têm ensejado, especialmente desde o sistema de justiça criminal, é o que mobiliza esse texto. Desde esse lugar o panorama que se divisa revela-se bastante nuançado, como parece elementar, admitindo uma pluralidade de ênfases. A dificuldade de esgotar todas as possibilidades entrevistadas, recomenda, assim, eleger determinados aspectos. Para além dos desdobramentos jurídico-penais necessariamente implicados nesse horizonte, comove-nos a destinação para a qual essas linhas são escritas: um volume coletivo de filosofia jurídica e política. Daí a razão pela qual se postula aceder a níveis mais abstratos, nomeadamente filosóficos, e que dialogam, também necessariamente, com as questões, por assim dizer mais “terrenas” em torno das quais gravitam as

²³¹ BENJAMIN, Walter. **Crítica da violência: crítica do poder**. In: Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix/USP, 1986, p. 173.

implicações diretamente jurídico-normativas dos problemas abordados.

Para cumprir com tal ordem de desígnios propõe-se, em primeiro lugar, recuperar parte do pensamento fundacional de nosso modelo institucional (constitucionalismo), precisamente porque nele se pode identificar importantes aportes legitimando o direito de resistência. Nesse sentido, uma breve incursão em parte do pensamento contemporâneo claramente caudatário daquele inicial se fará necessária, para enfim se avaliar a capacidade dessa tradição intelectual apresentar soluções para os problemas políticos atualmente evidenciados - é bom reconhecer -, sem muito sabor de originalidade. Desde este lugar analítico, a pretensão será apurar quanto se avançou na construção de um regime democrático, especialmente no concernente à materialização das garantias prometidas pela legalidade moderna, culminando, assim, na visualização das soluções possíveis e necessárias a uma perspectiva contendora do poder punitivo e dos seus deletérios efeitos correlatos.

Dessa maneira, o recorte proposto pretende também lançar um olhar sobre alguns dos desdobramentos típico-legais que os processos de criminalização desses protestos sociais veem produzindo. A pretensão é menos de proceder a um completo esquadramento de cada conjunto de fatos e condutas, do que refletir, de maneira um tanto abstrata e genérica, sobre algumas possibilidades cogitadas pelas forças de segurança pública, com boa dose de entusiasmo das agências judiciais do sistema penal. Essa perspectiva implica uma limitação evidente. Conduzir-se de maneira distinta, porém, reclamaria descer aos detalhes das abordagens, detenções e prisões feitas no contexto das cidades atualmente insurgentes. Por isso se resistirá, não sem esforço, em abordar alguns desdobramentos mais polêmicos como os que entenderam pela aplicação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983) ou da

nova Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013). O texto também abdicará de proferir juízo mais percuciente a respeito dos exageros sistematicamente perpetrados pelo aparato policial sobre os manifestantes, quer na violência empregada como meio de contenção, quer na detenção e posterior prisão em flagrante de contingentes indeterminados de pessoas, sem qualquer preocupação com a individualização de condutas e de lesões jurídicas praticadas.

2. Recuperando

Embora se possa, evidentemente, retroagir a momentos ainda mais remotos do pensamento ocidental, justamente por ser estéril e ingênuo insistir em identificar qualquer solução de continuidade entre as ideias formuladas desde a Antiguidade e aquelas posteriormente desenvolvidas na Idade Média até a passagem para a Modernidade, limitações de praxe recomendam enfrentar autores menos remotos no tempo. De modo geral, assinala Gargarella que a ideia de resistência ao poder emerge na Idade Média para então converter-se em algo central ao constitucionalismo, avançando, de forma destacada, no curso do século XVIII. Mas acaba basicamente olvidada a partir dali.²³² Autores há, contudo – e aparentemente com razão –, que confiam poder remeter tal investigação à Grécia antiga, especialmente por meio da recuperação da Antígona de Sófocles.²³³ De qualquer maneira, registra Neumann que para os gregos um

²³² GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: el primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 207.

²³³ Assim, FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**. Buenos Aires: Paidós, 1984; também, LAUDANI, Raffaele. **Desobediencia**. Editorial Proteus, 2012, Kindle edition Loc 176 of 4124; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A desobediência civil como direito fundamental**. Revista Del Rey Jurídica, ano 8, nº 16, p.56-58, 2006.

regicídio encontrava justificativa na prevalência da *polis*, pois a vida do governante depende de sua utilidade à *polis*.²³⁴

Uma linha de desenvolvimento importante, nesse sentido, por certo foi a corrente *jusnaturalista*, com seu reconhecido antecedente fundamental, que é o tomismo. Como aponta mais uma vez Gargarella²³⁵, foi explorando as implicações igualitárias dos escritos de São Tomás de Aquino, por exemplo, que alguns tomistas hispânicos, como são os casos de Francisco Suárez e Juan de Mariana, preconizaram a possibilidade, em determinados casos-limite, de se justificar o tiranicídio.

A partir disso, é possível ir diretamente a Locke, para em passo seguinte palmilhar, sem muitos rigores, a dominante tradição liberal. A justificativa de se adotar tal atalho está em sua marcada influência sobre o constitucionalismo estadunidense e, a partir daí, nas projeções que tal acontecimento institucional foi capaz de legar para as experiências análogas que lhe sucederam. Para Locke, quando os “legisladores tentarem violar ou destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, colocar-se-ão em estado de guerra com o povo, que fica, a partir de então, desobrigado de toda obediência e deixado ao refúgio comum concedido por Deus a todos os homens contra a força e a violência.”²³⁶ Diante, então, de uma infidelidade ao pacto fundacional, apenas justificado como forma de prover segurança às liberdades e às propriedades, Locke afirma que quem praticar tal transgressão, perde o direito ao poder que o povo lhe

²³⁴ Nesse preciso sentido, NEUMANN, Franz. **Sobre os limites da desobediência justificável**. In: Estado democrático e estado autoritário. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 165-177.

²³⁵ GARGARELLA, Obra citada, p. 217.

²³⁶ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. trad. Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 579

confiou, “revertendo este ao povo, que tem o direito de resgatar sua liberdade original.”²³⁷

Próximos às ideias de Locke - se bem que menos obcecados pela proteção da propriedade privada -, encontram-se os *founding fathers* dos Estados Unidos, com destaque para Thomas Jefferson. A Jefferson interessava mesmo as insatisfações reputadas ilegítimas, pois pelo menos se revelariam saudáveis à república, como necessário exercício de cidadania e de advertência ao governo.²³⁸ Para Jefferson, em conhecida e por vezes malversada passagem²³⁹, a reação do governo frente a esses levantes devia ser sempre benigna, sob pena de implicar o amesquinamento da

²³⁷ LOCKE, **Dois tratados sobre o governo**, p. 580.

²³⁸ “Societies exist under three forms sufficiently distinguishable. 1. Without government, as among our Indians. 2. Under governments wherein the will of every one has a just influence, as is the case in England in a slight degree, and in our states, in a great one. 3. Under governments of force: as is the case in all other monarchies and in most of the other republics. To have an idea of the curse of existence under these last, they must be seen. It is a government of wolves over sheep. It is a problem, not clear in my mind, that the 1st condition is not the best. But I believe it to be inconsistent with any great degree of population. The second state has a great deal of good in it. The mass of mankind under that enjoys a precious degree of liberty & happiness. It has it’s evils too: the principal of which is the turbulence to which it is subject. But weight this against the oppressions of monarchy, and it becomes nothing. *Malo periculosam libertatem quam quietam servitutem*. Even this evil is productive of good. It prevents the degeneracy of government, and nourishes a general attention to the public affairs. I hold it that a little rebellion now and then is a good thing, & as necessary in the political world as storms in the physical. Unsuccessful rebellions indeed generally establish the encroachments on the rights of the people which have produced them. An observation of this truth should render honest republican governors so mild in their punishment of rebellions, as not discourage them too much. It is a medicine necessary for the sound health of government...” (JEFFERSON, Tomas. **Political writings**. Cambridge University Press: Cambridge, 1999, p. 108)

²³⁹ JEFFERSON, **Political writings**, p. 153.

participação social, da liberdade de opinião, e, correlativamente, o retrocesso institucional.

Toda essa constelação jusnaturalista é responsável, parece certo, por uma importante transgressão histórica no fundamento do poder – de *ex parte principis* para *ex parte populi*.²⁴⁰ É ela que também depositará no indivíduo a razão primeira da existência do contrato social e do próprio Estado, culminando, de maneira importante, na consagração solene do direito à resistência. É o que se vislumbra na Declaração de Independência dos Estados Unidos, quando esta assevera, em alusão à possibilidade de uma sistemática violação dos *unalienable rights*, constituir, mais do que direito, verdadeiro dever por parte do povo a abolição daquele governo responsável por tal forma de despotismo.²⁴¹ Sob essa influência, a França revolucionária também positivou o direito de resistir à opressão, mais precisamente no art 2º da

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 143-144.

²⁴¹ We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to affect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shown, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security.

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.*²⁴² O mesmo sucedeu, um tanto mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, precisamente quando assevera, já no seu preâmbulo, que a inobservância, pelo Estado, dos direitos reputados inalienáveis é o que pode evitar a rebelião como último recurso contra a tirania e a opressão.²⁴³

O direito à resistência genericamente considerado também continua consagrado em alguns documentos políticos fundamentais atualmente em vigor. É o que sucede com a Constituição da República Portuguesa de 1976,²⁴⁴ com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha²⁴⁵, e,

²⁴² Article II: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

²⁴³ Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law.

²⁴⁴ Artigo 7.º Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão.

(...)

Artigo 21. Direito de resistência [...] Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

²⁴⁵ 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social.

2. Todo poder do Estado emana do povo. Este poder é exercido pelo povo mediante eleições e votações e por intermédio de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

3. O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário, à lei e ao Direito.

4. Contra qualquer um que tente eliminar esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência quando não for possível outro recurso.

de modo mais emblemático, com a *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.²⁴⁶

Avançando nessa mesma tradição, se bem com modulações interessantes, é que se defronta com autores como John Rawls e Ronald Dworkin, que em vez de trabalharem com a ideia de resistência, como faziam os clássicos, optam pela noção de desobediência civil. Procurando defini-la, ocorre a Rawls, por exemplo, que a desobediência civil, além de ser compreendida por meio das características da publicidade, da não-violência, consciência e, não obstante, contrariedade à lei, é um ato político e se destina apenas àquelas sociedades quase-justas, bem ordenadas em seus regimes constitucionais.²⁴⁷ Nem por isso Rawls recusa que mesmo nessas sociedades equilibradas aconteçam sérias violações da justiça. Por ser um ato político, não se deve apelar para princípios de moral pessoal ou para confissões religiosas, antes se deve invocar uma concepção pública de justiça, que, nessa condição, estima-se, deve ser compartilhada pela generalidade dos cidadãos.²⁴⁸ Isso significa, ainda para Rawls, que em sociedades fragmentadas as condições para a desobediência civil não se apresentam.²⁴⁹ A desobediência civil é ainda um ato público,

²⁴⁶ Artigo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

²⁴⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 402, passim.

²⁴⁸ RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 405: “A violação contínua e deliberada dos princípios básicos dessa concepção durante um lago período de tempo, especialmente a infração das liberdades básicas iguais, incita ou à submissão ou à resistência. Pela prática da desobediência civil, uma minoria força a maioria a considerar se ela deseja que seus atos sejam interpretados dessa maneira, ou se, em vista do senso comum da justiça, ela deseja reconhecer as legítimas reivindicações da minoria.”

²⁴⁹ RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 430.

inclusive no sentido de que deve ser praticado abertamente. É não violenta precisamente por expressar uma desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade à lei, embora “em certas circunstâncias, a ação armada e outras espécies de resistência certamente se justificam.”²⁵⁰

Já Ronald Dworkin, em ótica distinta, trabalha a desobediência civil à luz da ambivalência das regras de direito, sobretudo das criminalizações. Para este autor, inclusive, a incerteza que designa a validade de determinada regra jurídica pode admitir interpretações dispares sobretudo por parte do povo, em contraste com os oficiais públicos.²⁵¹ Para tanto bastará considerar que o direito, como as pessoas, é falível. Disso deriva a necessidade de se distinguir entre o direito vigente e o direito válido, a partir das múltiplas concepções acalentadas pelos diversos grupos e indivíduos de sociedades complexas. Por isso, proposições simplistas – pelo próprio Dworkin qualificadas de draconianas –, segundo as quais o crime sempre deve ser punido e que aquele que julga mal a lei deve sempre arcar com as consequências, inobstante produzirem um extraordinário efeito sobre o profissional da área e até sobre a imaginação popular, não atende à complexidade do papel reservado à lei.²⁵²

Uma despretensiva recensão como a apresentada até aqui, por um lado desvela um referencial a partir do qual se estabelece um importante instrumento contra a incorrigível propensão ao excesso dos poderes que essa mesma armação institucional fundou e vez vicejar, em certo sentido, com boa dose de sucesso. Por outro lado, põe igualmente de manifesto uma certa carência por parte de abordagens de distinta orientação quanto a conceitos tão

²⁵⁰ RAWLS, **Uma teoria da justiça**, p. 407.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London/New York: Bloomsbury, 2013.

²⁵² DWORKIN, **Taking rights seriously**, p. 268.

importantes como são o de resistência e desobediência civil. E isso se aplica aos mais diversos saberes: da filosofia ao direito constitucional, passando, é claro, pelo direito penal.

Em relação a este último cenário, é certo que abordagens não tão alinhadas ao liberalismo oferecem alguns avanços, a começar por Thoreau. Visto por alguns como anárquico, o que não se afigura muito seguro, parece certo que a Thoreau não interessou propriamente a instituição de uma ordem pós-estatal. Reconhecedor dos limites da democracia em que viveu (Estados Unidos, século XIX), a Thoreau interessava, ainda que um tanto ironicamente, menos o fim do Estado do que sua reforma.²⁵³ Quer dizer, mesmo declarando-lhe guerra, Thoreau o fazia a seu modo.²⁵⁴ Mais propriamente quanto à diferença que identifica entre direito e lei, diz Thoreau que o homem não pode renunciar à sua consciência em favor do legislador.²⁵⁵ Pois, pensava ele que devemos ser “homens, em primeiro lugar, e depois súditos. Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo direito.”²⁵⁶

²⁵³ THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. São Paulo: L&PM, s/d, Kindle edition, Loc 423 of 638: Agrada-me imaginar um Estado que, afinal, possa permitir-se ser justo com todos os homens e tratar o indivíduo com respeito, como um seu semelhante; que consiga até mesmo não achar incompatível com sua própria paz o fato de uns poucos viverem à parte dele, sem intrometer-se com ele, sem serem abarcados por ele, e que cumpram todos os seus deveres como homens e cidadãos. Um Estado que produzisse este tipo de fruto, e que o deixasse cair assim que estivesse maduro, prepararia o caminho para um Estado ainda mais perfeito e glorioso, que também imaginei, mas que ainda não avistei em parte alguma.

²⁵⁴ THOREAU, **A desobediência civil**, Loc. 335 of 638.

²⁵⁵ THOREAU, **A desobediência civil**, Loc. 34 of 638.

²⁵⁶ THOREAU, **A desobediência civil**, Loc. 33 of 638. Pouco mais a frente, pondera ainda: “A única obrigação que tenho o direito de assumir é a de fazer a qualquer tempo aquilo que considero direito. [...] A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela,

Também se ocupando, a seu modo, da tradição intelectual estadunidense de desobediência civil, e, muito particularmente, do ativismo político que viu vicejar em virtude de seu exílio em razão do nazismo, merece registro a tentativa de Hannah Arendt em oferecer à defesa liberal da desobediência outra base teórica.²⁵⁷ Para Arendt, é necessário superar a tendência em se reconduzir a legitimidade política da desobediência civil à sua justificação legal. Para ela, por outro lado, é necessário recuperar as origens dos esquemas de poder que culminaram na revolução americana, dentro dos quais o lugar reservado à obediência era bastante limitado.²⁵⁸ Por essa razão, conclui Arendt, que a desobediência praticada nos anos 60 do século XX nos Estados Unidos, ainda não podendo aspirar a um reconhecimento legal, merecia um reconhecimento político, de resto similar ao concedido aos grupos organizados que impressionou a Tocqueville.²⁵⁹

Mesmo com os avanços brevemente mencionados, uma espécie de atualização da teoria do direito de resistência, nela incluída a noção de desobediência civil, parece ainda estar por ser feita. Especialmente à luz dos acontecimentos mais recentes, não apenas no Brasil - em particular Junho de 2013 -, mas também divisados nas inúmeras insurreições de muitas partes do mundo: Seattle, passando por Genova, pelas primaveras das populações árabes, pelos inúmeros *occupy* nos Estados Unidos, até chegar ao 15M espanhol e ao congênere grego, entre outros.

mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça.” (Loc. 36 or 638)

²⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Civil disobedience**. In: Crises of the republic. San Diego/New York/London: Hartcourt Brace, s/d, Kindle edition.

²⁵⁸ ARENDT, Hannah. **Civil disobedience**. In: Crises of the republic. San Diego/New York/London: Hartcourt Brace, s/d, Kindle edition, Loc 909 of 3594.

²⁵⁹ ARENDT, **Civil disobedience**, Loc 1064.

Para isso, um problema remanesce insolúvel, especialmente frente à consagração da resistência pelo direito positivo, que se apresenta, portanto, na terminologia empregada por Neumann,²⁶⁰ como distinta tanto da teoria antiga ou funcional como da medieval ou do direito natural: quem decide se e quando existe um direito de resistir? Se o soberano, como sucede com o estado de exceção, garanti-lo será improvável. Talvez um poder judiciário independente.

3. Transgredindo

Uma primeira limitação que parece emergir da tradição acima recuperada, sem embargo das distinções estabelecidas entre suas diversas correntes, reside no denominador que lhes é comum e que consiste em que o direito à desobediência estaria reservado apenas àqueles signatários do contrato social em vigor. Ou pelo menos contemplados pela eficácia de suas cláusulas. Nesse sentido, embora não seja propriamente novidade, é possível dizer que o momento atualmente experimentado pelas sociedades capitalistas, em especial as periféricas desde este ponto de vista, produz, mesmo sem originalidade, uma subclasse de gente à qual não se cogita reconhecer o direito à desobediência. Essa subclasse é constituída por aquelas pessoas às quais a fruição da riqueza social também ou principalmente por elas produzida sempre esteve interdita.

Outra clientela preferencial dos aparatos repressivos - tanto mais em sociedades que prescindem, em termos gramscianos, daquela parte da *hegemonia* reservada ao *consentimento*, tornando sobre-representada aquela destinada à *coerção* -, consiste nos indivíduos e grupos hostis à ordem em vigor. Desse ponto de vista, o momento vivenciado desvela a existência de espaços de luta política que, dadas suas fragmentariedade e liquidez, têm conduzido, dentre outras

²⁶⁰ NEUMANN, *Os limites da desobediência justificável*, p. 169.

possibilidades, a inúmeras dificuldades, especialmente quanto a unificação de pautas. O horizonte que se abre, contudo, nem por isso é obscuro. Precisa, isso sim, ser melhor assimilado, sobretudo por parte de quem pretende seguir lutando. Esse último cenário, particularmente, aponta para o exercício de um direito de resistir que não compartilha e nem deseja ser assimilado pelo esquema de dominação ainda em vigor. Por isso também recusa exercer a desobediência por dentro da ordem ou como direito reconhecido por essa mesma ordem. Fala-se, assim, de uma resistência que não comunga de qualquer conceito universalizante, de qualquer metanarrativa, bem ao gosto dos pós-modernos.²⁶¹ E que portanto toma o discurso jurídico, inclusive aquele que propõe a expansão dos direitos fundamentais, como parte dessa ordem tida por “totalitária”. Movimentos que enfatizam suas singularidades - como os do passe livre, para a democratização da mídia, das minorias de gênero, religiosas, etc. - integram essa miríade de possibilidades, que, para alguns, o atual modelo produtivo da ordem capitalista estimula mesmo sem querer, e que se realiza mundo afora sobretudo no contexto das metrópoles.

É necessário, enfim, que esses sujeitos, individuais ou coletivos, e suas correlatas subjetividades, por vezes mais por vezes menos agressivas, escapem à criminalização, pelo menos àquela fácil e grosseira. A tal desiderato a teoria jurídica deve ser chamada a cumprir. Ainda que, para isso, tenha que transitar por fora da ordem jurídica oficial.

Não se pode perder de vista, contudo, que, do ponto de vista da tradição liberal as demandas compreendidas como legítima realização do direito de resistir visavam sua inclusão oficial no discurso legal. Dentro da ordem legal, portanto, traduzindo uma simultânea violação à lei sem perder com ela uma relação de fidelidade. A pergunta que

²⁶¹ A esse respeito, por todos, LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 12 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p. 70.

emerge, pois, continua a ser a que aponta para a necessidade de se traçar com a precisão necessária as fronteiras entre o punível e o indiferente penal no contexto das lutas contemporâneas. Para esse efeito, as particularidades de tais lutas não podem ser negligenciadas.

4. Dogmatizando

A tensão que naturalmente se estabelece entre a realização das liberdades fundamentais de manifestação e reunião, como traduções do direito ao protesto e até mesmo à resistência – as quais contam com fundamento constitucional (Constituição Federal, art 5º, *caput*, incisos IV, VI, VII e XVI e XVII) -, e o aparato da ordem estatal, comumente produz reflexos com os quais a ciência normativa do direito penal precisa trabalhar, tendo por intuito justamente filtrar os abusos que o exercício do poder punitivo sempre tende a produzir. Por isso cumpre colocar no horizonte de análise a forma como tal ciência normativa – que também responde pelo nome de dogmática - pode operar para elaborar soluções mais consentâneas com a defesa dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao protesto, tanto mais num cenário de retrocessos no campo dos direitos sociais e de acirramento da violência política. A escassez de abordagens com essa pretensão é uma realidade que precisa ser destacada.

A categoria jurídico-penal do injusto talvez nunca tenha deixado de atravessar um drama existencial reconduzível a uma necessidade de se concentrar a avaliação de seus requisitos sob uma única construção geral. Um olhar mais generoso, acerca de seu percurso histórico, permite divisar uma oscilação entre concepções, por assim dizer, mais monocórdicas, por um lado, e outras de índole dual, por outro. Correlativa a essa visão binária, talvez insuficiente, observa-se também uma movimentação entre pontos de vista mais subjetivistas, com tendências ao monismo, e

outras tantas visões que conferem importância à dimensão objetiva do fato punível.

No interior desse quadro é que prospera a tradução do injusto como combinação entre desvalor da ação e desvalor do resultado de que originalmente falou Welzel. O legado comum, pois, – do qual poucos se afastam – que a experiência dogmática do Direito Penal até o presente acumulou, talvez possa ser resumido através da imprescindibilidade de que a conduta punível exprima desvalor da ação e desvalor do resultado, com a desinteligência se estabelecendo quanto à precisa configuração deste último nível analítico, mais precisamente em termos de exteriorização mais ou menos sensível do resultado. Foi também Welzel o responsável pelo deslocamento de dados subjetivos da culpabilidade para o injusto, a partir da assunção, pelo injusto, do conteúdo da vontade em sua estrutura. A dogmática pós-finalista, atualmente hegemônica, conduziria a nova reestruturação do injusto, inserindo no desvalor da ação, até então apenas subjetivo, um componente objetivo: a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado, fazendo com que o desvalor do resultado passe também a se ocupar, sob o influxo da imputação objetiva do resultado, da realização daquele risco proibido no resultado e censurado pelo tipo penal.²⁶² Tal contexto, sucintamente delineado, aponta para uma perda de importância das antes recorrentes formulações de antijuridicidade material, reforçando a dupla operação que prescreve tanto deslocar as justificações supralegais para o campo da culpabilidade, quanto reservar à antijuridicidade apenas aquelas hipóteses expressamente contempladas.

²⁶² Cf ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. tomo I. Madrid: Civitas, 1999, p. 363; também, ROXIN, Claus. **Teoria da imputação objetiva**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais – v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11-31.

Segue-se que estabelecer o conteúdo do injusto, especialmente o lugar reservado à tipicidade, a maneira como seus componentes, notadamente objetivos e subjetivos se relacionam, as consequências que disso derivam, é tarefa que precisa se projetar no horizonte da elaboração dogmática. Outro dos muitos sintomas da possível crise do injusto penal reside nas linhas de distinção, mais ou menos marcadas, entre as aberturas mantidas pelos mal denominados princípios, da adequação social e da insignificância, para ficar em dois exemplos iniciais. Outros tantos postulados penais, da maior importância política, devem ser retomados, justamente por sua vocação em conferir uma maior racionalidade, e, conseqüentemente, uma maior economia ao exercício do poder punitivo estatal. Esses postulados, a par de, por vezes indistinguíveis na medida em que tendem a atuar no âmbito da tipicidade, acabam também funcionando para evidenciar as vicissitudes que ela experimenta. O dilema se reforça com a consideração de outras tendências, não só de objetivação do processo de atribuição da responsabilidade penal, mas também, no campo do dolo, de sua normatização, e até da supressão da vontade como seu elemento constitutivo.

Embora essa sucinta alusão ao panorama do injusto possivelmente conduza à necessidade de revisar seu percurso histórico, para, quem sabe, mais do que revisitar o injusto, proceder à sua ressignificação, tal tarefa, hercúlea por si só, não será aqui realizada, por inúmeras razões.

Sem embargo, o enfoque adotado deve servir para retomar um tema de grande importância operacional e dogmática: a possível necessidade de ressignificação do conceito de injusto penal e de sua relação com o conceito analiticamente distinto de culpabilidade. Desde uma perspectiva que concebe como insano privilegiar o enfoque punitivo na problematização que os conflitos urbanos traduzem, duas são as principais possibilidades que excluem a responsabilização penal como resposta estatal por

excelência. E que por essa razão, devem ser priorizadas. Assim se torna lícito avaliar a maior ou menor pertinência da exclusão da tipicidade ou da culpabilidade como recursos despenalizadores, a partir de um quadro necessariamente geral e desprezioso.

Divisa-se, de um lado, o emolduramento de um enredo com essas características sob a zona de influência do princípio da culpabilidade, mais precisamente como situação supralegal de exculpação análoga à inexigibilidade de conduta diversa.²⁶³ Para Roxin indicada possibilidade deve vincular-se a alguns requisitos: (1) os atos devem ser motivados por questões fundamentais para o conjunto da população, visando ainda (2) a realização do bem comum; além disso, (3) a infração realizada deve achar-se conectada com o destinatário do protesto. Roxin ainda prescreve que o envolvido (4) deve declara-se partidário da democracia parlamentar, excluindo-se, por conseguinte, protestos mais radicais que visam atingir os fundamentos da ordem estabelecida; na mesma linha, a ação deve (5) evitar o recurso à violência e até a resistência ativa às forças de segurança. Finalmente, (6) os danos e impedimentos gerados pelo protesto devem exprimir-se de maneira pouca significativa, além de temporalmente limitados.

Poucos são os autores, notadamente nacionais, que se arriscam em transitar por esse terreno.²⁶⁴ Resistindo ao impulso de enfrentar as prescrições de Roxin, merecem destaque as inúmeras dificuldades que se levantam para a exclusão da punição no nível do juízo da exigibilidade de comportamento conforme à lei penal.

Que estruturação, então, deve o injusto receber, inclusive para dar conta de equacionar o problema que este ensaio se propõe? Parece adequado pressupor que o injusto

²⁶³ Cf. ROXIN, **Derecho penal**, p. 953 e segs.

²⁶⁴ A exceção talvez esteja apenas em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 337.

expresse uma unidade, também analítica, para efeito de rearticular suas linhas de desenvolvimento, tanto objetivas quanto subjetivas. Para os partidários da imputação objetiva existem aspectos objetivos e subjetivos tanto no momento do desvalor da ação quanto naquele que exprime o desvalor do resultado. Assim, por exemplo, no momento do desvalor da ação analisa-se os elementos conhecidos ou conhecíveis pelo autor, de uma perspectiva *ex ante*, isto é, no momento da prática da conduta. Para a avaliação do desvalor do resultado, parte-se de uma perspectiva *ex post*, consideradas as informações que o autor somente conhece após a ocorrência do resultado.²⁶⁵ As linhas analíticas, segundo esse ponto de vista, convergiriam na noção de *prognose póstuma objetiva*²⁶⁶: *prognose* porque considera *a priori* os conhecimentos do autor; *póstuma* porque reconhece que ao juiz é dado contemplar o fato apenas após sua realização; *objetiva* porque avaliada segundo o ponto de vista de um homem prudente.²⁶⁷

O conjunto de conceitos que se fundem sob a ideia de imputação objetiva oferece como solução para o problema enfrentado pode dar-se como caracterização, da manifestação pública, ainda que violenta, como um risco permitido pela ordem jurídica, excluindo desde logo, como parece preferível, o desvalor da ação. Ou ainda, no âmbito do desvalor do resultado, com fundamento, talvez inconvincente, de que o fim de proteção da norma, que é mais do que aquele que se concede ao tipo, não abarca situações que traduzam, antes de um fato punível, a realização de um direito constitucionalmente consagrado.

²⁶⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

²⁶⁶ GRECO, **Um panorama da imputação objetiva**, p. 11.

²⁶⁷ Posição aceita inclusive por ROXIN, **Teoria da imputação objetiva**, p. 24.

Melhor rendimento, contudo, parece apresentar o apelidado funcionalismo redutor que tem, atualmente, na obra coletiva *Direito Penal Brasileiro*²⁶⁸, sua mais acabada formulação. De seu rico repertório extrai-se que no horizonte de um tipo complexo, muito mais do que uma atividade de subsunção, a tipicidade de um fato deve derivar da deflagração de um sério conflito intersubjetivo, designado como pragma, e compreendido como a combinação de certa ação humana e certo resultado por ela produzido, repercutindo no mundo de maneira seriamente perturbadora.²⁶⁹ Para a tipicidade conglobante, assim, o tipo objetivo ostenta duas funções: uma *sistemática*, pela qual se define a matéria de proibição, pela fixação de seus componentes objetivos, tendo em vista um tipo delitivo isolado; outra *conglobante*, no contexto da qual se deve estabelecer a conflitividade do pragma, que passa tanto pela constatação da lesividade, quanto pela possibilidade de que ele possa ser imputado objetivamente como próprio (por dominabilidade). A pretensão, como se percebe, é de redutibilidade a uma unificada compreensão capaz de solucionar as inúmeras aporias que se apresentam no âmbito da configuração do injusto penal. Assim, não haverá conflito quando: inexistente lesão; mesmo existindo lesão, quando esta não puder ser imputada ao agente como obra por ele dominável; finalmente, a lesividade não se estabelecer, já não de forma isolada, mas tendo como horizonte a totalidade da ordem normativa “constituída por todo o conjunto de normas deduzidas, dedutíveis ou expressas em outras leis de

²⁶⁸ Cf. ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003; e seu segundo volume: ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal brasileiro – II, I**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

²⁶⁹ ZAFFARONI, et. al., **Direito penal brasileiro – II, I**, p. 105.

igual ou superior hierarquia.”²⁷⁰ Não se prescinde, nessa construção, da imputação objetiva, tomada como momento necessário mas insuficiente, recortando a “fixação primária ou elementar do tipo sistemático e que se estabelece também à luz da ordem normativa.”²⁷¹ Desenvolvendo-a, observa-se que, numa primeira aproximação, o tipo desempenha uma função sistemática, consistente na comprovação: (a) da mutação física do mundo decorrente de uma ação humana; (b) do laço de causalidade entre a mutação exterior e a ação; por fim, (c) dos elementos constitutivos de um determinado tipo legal. Apenas num momento seguinte é que o tipo cumpre a função conglobante: (a) de traduzir uma lesão de certa relevância para o bem jurídico; (b) situando-se dentro do espectro de proibição da norma; e se, (c) emergir como imputável ao agente como obra sua. De modo que a tipicidade objetiva somente se configura se esgotadas as funções sistemática e conglobante do tipo, evidenciando-se a presença de elementos subjetivos nessa construção.

Uma questão que fica um tanto enevoada é a que se estabelece em torno da possibilidade de se renunciar, a partir de tal construção, a um processo isolado de imputação subjetiva, pois é possível que a função a este destinada esteja sendo cumprida pela submissão do processo de imputação inclusive ao critério de dominabilidade, no interior do qual haveria de se reservar espaço às categorias de autoria e participação. Mas são os próprios autores da teoria que esclarecem tratar-se de um momento inicial da pesquisa da imputação por dominabilidade, cujos passos seguintes devem ser dados no plano do tipo subjetivo.²⁷² Isso por certo

²⁷⁰ ZAFFARONI, et. al. **Direito penal brasileiro – II, I**, p. 159.

²⁷¹ ZAFFARONI, et. al. **Direito penal brasileiro – II, I**, p. 160.

²⁷² “A tipicidade objetiva se integra com um sujeito que dispõe da possibilidade objetiva de dominar o fato: sem dominabilidade uma autoria comissiva dolosa é inconcebível. A dominabilidade abre as portas à pesquisa sobre a existência efetiva de um plano concreto dirigido à

não traduz que se conceba este último processo como algo atomizado em relação ao processo de imputação total da responsabilidade penal. Antes deve se aproximar da dialeticidade com que Juarez Tavares o vem compreendendo.²⁷³

Assim, diante da prática de um ato caracterizador de dano, ou quem sabe de desacato ou resistência, no contexto do exercício do direito ao protesto, a solução pela impunibilidade da ação adviria do reconhecimento de afigurar-se impossível reconhecer a conflitividade essencial entre o exercício de um direito assegurado e a prática de um fato punível. Os limites que uma tal concepção deve conhecer só podem emergir das nuances concretas que cada caso assume.

De qualquer sorte, seja por meio da utilização da imputação objetiva como ela vem generalizadamente aceita a partir da Alemanha, seja pelo recurso à tipicidade conglobante, que também a contempla, é preferível antecipar a resolução do aparente conflito, para o nível do injusto, prescindindo-se, assim, de enfrentar questões atinentes à presença ou não de critérios de reprovação ou mesmo de necessidade de aplicação da pena, sobretudo ante sua maior suscetibilidade ao decisionismo judicial.

Parece certo, enfim, que a generosidade com que a tipicidade conglobante admira a funcionalidade redutora da ciência jurídica do direito penal, lhe credencia como instrumental valioso para se impor uma necessária economia ao funcionamento do poder punitivo estatal.

Sem embargo, ela parece ainda se ressentir de certo entusiasmo por uma imprecisa integridade do conjunto do ordenamento jurídico, resultante de um equilíbrio social

produção do resultado, porém tal pesquisa será realizada no tipo subjetivo.” (ZAFFARONI, et. al., **Direito penal brasileiro – II, I**, p. 253)

²⁷³ TAVARES, **Teoria do injusto penal**, p. 131.

pressuposto. Tal equilíbrio, a par de irreal, precisa ser problematizado, para então se reconhecer a ordem jurídica como fragmentária e desigual, como consequência de uma ordem social que lhe é subjacente e qualificada com esses contornos. Falta-lhe, enfim, transcender as limitações que a ordem jurídica em vigor coloca, ampliando os fronteiras para um modelo de sociedade radicalmente democrático, onde até a pretensa normalidade vivenciada possa ser questionada.

5. Finalizando

Como se procurou destacar, o *état de l'art*, em especial legado pela ciência política, impele recorrer à ideia de *desobediência civil*, noção mais trabalhada no âmbito da cultura liberal, para confrontar o direito de resistência cujo exercício se precisa excluir de criminalizações fáceis. Seu rudimento está na admissibilidade de revolta e de resistência no quadro de uma ordem que descumpra com os direitos sobre cuja realização radica sua fonte mesma de legitimação, a partir da abstração de um acordo constitutivo fundamental. Desde Locke, passando, entre tantos outros por Thoreau, tais noções reclamam, na contemporaneidade, por uma atualização que comporte destacar que a principal demanda popular atual se assenta não apenas no déficit que se verifica entre as promessas que a dinâmica social e política fez incluir nos documentos políticos fundamentais (declarações e pactos internacionais de Direitos Humanos; Constituições nacionais, especialmente pós-Segunda Guerra Mundial), e a materialização desses compromissos no cotidiano da maior parte dos submetidos a esta ordem social. Vai além, provavelmente intuindo que o modelo legado pela modernidade não reúne condições de atender às demandas de uma verdadeira emancipação do presente.

Existem os que se convenceram que o próprio estágio que a ideia de Estado democrático de direito alcançou estaria sugerindo que a solução criminalizadora

contradiz esse patrimônio, negando, em certo sentido, o fundamento histórico dos direitos fundamentais. Não se pode de maneira nenhuma desdenhar dessa premissa. Tanto mais por parte de quem se arvora a transitar no interior do discurso da dogmática jurídico-penal. Assim se tornaria factível reconhecer a resistência, e sua derivação sob a forma de protesto, como direito fundamental, portanto como áreas em princípio interditas ao acesso do poder punitivo estatal. Diz-se em princípio porque parece certo que o exercício de qualquer direito, inclusive fundamental, precisa conhecer limites. Uma consideração dessa natureza acaba até autorizando a criminalização quando identificados excessos no exercício desses direitos. A utilidade da dogmática penal, pois, se estabelece desde essa constatação, incumbindo-lhe traçar com precisão os contornos da matéria de proibição, bem como os caminhos que permitem esquivar-se de sua zona de abrangência.

A normalidade da adversidade das condições de vida reservadas a contingentes populacionais cada vez mais expressivos parece estar levando a clássica fórmula de equilíbrio coercitivo aos seus estertores. Isso em nível mundial, catalisado pela perenização da crise econômica a abater-se sobre a população que vive do seu próprio trabalho. O descontentamento, dessa maneira, parece retomar o centro a cena política. Diante do bloqueio dos canais de comunicação entre os representados e seus representantes, a solução encontrada tem sido recorrer a acirradas manifestações públicas, contra as quais não se tem economizado energia repressiva.

O caso brasileiro confirma essa percepção na medida em que, o máximo de inclusão social que se conseguiu generalizar, inclusive bem recentemente, deu-se sob o signo da lógica e da racionalidade que presidem o funcionamento do mercado, basicamente através do aumento da capacidade de consumo das pessoas – seja por meio do aumento da formalização no mercado de trabalho, seja pelo incremento

do salário mínimo, seja mesmo através das políticas de transferência de renda. Isso significa que a implementação dos inúmeros direitos sociais consagrados na Constituição em vigor não vem recebendo da ordem estatal atenção semelhante. De modo que políticas de transferência de renda através do redirecionamento de parte dos fundos públicos pode ser reconhecida como insuficiente, confluindo para a acumulação de uma insatisfação popular que, por um arroubo um tanto desorientado, começou a eclodir.

A abordagem reservada pelo Estado a essa incongruência essencial vem sendo solvida pela truculência punitiva através de inúmeras formas de criminalização dos protestos sociais. Ela se insere comodamente no atual arranjo estrutural do campo burocrático brasileiro, cujo padrão de funcionamento consiste em devotar aos consumidores-falhos e aos refratários a engrossar o precariado da classe C, o seu desenvolvimento braço punitivo, resguardando aos demais uma postura mais compreensiva, por vezes até paternalista. O reconhecimento de que esse limiar desatende aos anseios de realização das potencialidades humanas confirma a tradição autoritária do Estado moderno, de resto facilmente reconhecível por meio do comportamento que estabelece diante da maioria de seus “súditos”.

Nesse sentido, torna-se possível identificar linhas de força que constituem inegável permanência do comportamento do campo burocrático de muitos dos países subordinados ao centro do poder capitalista global, mais especificamente no exercício do poder punitivo. De modo esquemático, é possível afirmar que o campo burocrático brasileiro historicamente se distingue, salvo efêmeros hiatos nos quais se tentou furar bloqueios impostos desde fora, por manipular os dinamismos econômicos em favor de uma pequena fração das elites locais, quase sempre associadas a interesses transnacionais. Isso se traduz na tradição de não integrar, não só economicamente, a maior parte de seu povo.

Para tal modelo não se pôde prescindir - na escravatura, e também depois dela -, de grandes reservas de mão de obra sub ou inutilizadas. Sobre elas o Estado historicamente tem devotado altas doses de energia repressiva.²⁷⁴

Eis uma (ou a principal) das razões pelas quais muitos são os obstáculos que se colocam diante da utilização irrestrita do conceito que Agamben²⁷⁵ cuidou de generalizar. Pois em regiões marginais ao centro de dominação capitalista, é questionável considerar, mesmo que implicitamente, o Estado constitucional e democrático como regra e o Estado autoritário ou militarizado como exceção. No caso da América Latina – assim como sucede em relação à Ásia, África e até mesmo em partes de Europa –, desde a independência, a regra tem sido ditaduras, de maneira mais ou menos assumida; a exceção o regime constitucional minimamente reverente às liberdades públicas. Mais do que isso, como observaram Michael Löwy e Eder Sader, além da divergência terminológica, um problema de fundo se coloca: o fato de que o exercício de poder das classes dominantes na América Latina (e em outras partes) exige a utilização

²⁷⁴ “A forma de desenvolvimento do capitalismo praticado no Brasil e na maioria dos demais países subdesenvolvidos exige que se estabeleça uma divisão dos frutos econômicos entre uma pequena e privilegiada franja da população autóctone e as metrópoles do capitalismo hegemônico. Pouco ou quase nada resta, assim, para ser dividido entre as classes subalternas, induzindo a uma sobre-apropriação e a uma sobre-exploração capitalistas. Para isso as estruturas do capitalismo dependente devem ser preparadas, a partir de dentro, para garantir as condições de repartição do excedente econômico e para renovar as condições de reincorporação ao espaço econômico, social e político do lado de fora. Estabelece-se, dessa forma, um superprivilegiamento das frações que, na sua origem, correspondem aos grandes proprietários de terras, cujos custos diretos e indiretos são suportados pelas classes de reduzido poder econômico e baixo capital político.” (SOUZA SERRA, Marco Alexandre de. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 138.)

²⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

habitual e constante (e não excepcional) da coerção como forma principal de dominação.²⁷⁶ É certo, contudo, que o desconforto que a exceção produz por albergar-se no seio do Estado de direito é análogo - se bem que não o mesmo -, àquele provocado pelo direito de desobedecer no interior da ordem legal.

Metodologicamente, dessa maneira desenha-se uma necessidade: qualquer teoria do Estado, mesmo com preocupações menos econômicas ou sociológicas do que filosóficas, não pode prescindir de voltar os olhos para a estrutura social dentro da qual o Estado desenvolve suas funções.²⁷⁷

Uma perspectiva dessas pode desdobrar-se em outras tantas linhas de análise, algumas com interface jurídico-política, cabendo destacar, dentre estas, tanto a (a) que se distingue por não se inibir diante da limitação que a legalidade pode importar, quanto a (b) que se apropria dessa juridicidade²⁷⁸, fazendo-a degenerar em fonte mesma da opressão. Abre-se, assim, a possibilidade de se percorrer essas duas linhas analíticas, no limite imbricadas sob o ângulo do legado institucional da modernidade e seu correlato modelo de dominação legítima. Também de

²⁷⁶ LÖWY, Michael; SADER, Eder. **La militarización del Estado en América Latina**. In: Cuadernos políticos, n. 13. México, D.F: Editorial Era, julio-septiembre de 1977, pp. 58-75. Neste clássico do pensamento social latino-americano, os autores referem ainda que diante da quebra do equilíbrio proposto na equação gramsciana entre hegemonia e coerção, o eixo do poder se desloca claramente para o lado dos aparatos repressivos, tornando lícito se falar de um “Estado de dominante coercitiva”, para eles preferível “ao conceito equívoco de Estado de exceção”.

²⁷⁷ Assim, exemplificadamente, GÓMEZ, Rodolfo. **Las teorías del estado en el capitalismo latinoamericano**. In: *Revista Crítica y emancipación*. CLACSO. Buenos Aires. Junio de 2012, p. 87-105.

²⁷⁸ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. London: Blackwell Publishing, 2008.

maneira correlata, duas serão as possibilidades a enfrentar, porém do ponto de vista das soluções para os conflitos entre o direito ao protesto e os limites que a ordem jurídico-institucional reinante lhe impõe: por dentro ou por fora da ordem.

Esse estudo procurou pôr de manifesto que os conflitos urbanos, mesmo quando exorbitam a moldura que a demanda por ordem em vigor lhes confere, precisam, antes de receber a descarga da artilharia punitiva estatal, ser compreendidos. E isso tanto na acepção mais interpretativa – no sentido de apreensão de seu significado e das relações que estabelece com a dinâmica social atual – quanto na acepção – que pode ser consequência da primeira –, que denota uma maior tolerância em relação aos eventuais excessos observados. Acena-se, assim, para a necessidade fundamental de se dissentir do senso comum – que não é apenas criminológico – em curso, pelo qual se divisa, sem mais, o recurso ao poder punitivo do Estado como solução primária para os conflitos sociais de toda ordem.

Uma premissa que permite avançar nesse sentido está em perceber que a violência é imanente às relações sociais que a contemporaneidade engendra especialmente na quadra histórica que se vivencia. O caminho adotado por cada formação social orientada a uma modernização de tipo capitalista também conduz a que esta assuma traços característicos, assegurando, em seu seio institucional, espaços mais amplos a manifestações de autoritarismos de variada compleição. Isso compreende, por palavras diversas, que, a depender do lugar reservado a determinado país na constelação capitalista global, as probabilidades de a exceção converter-se em regra se incrementam sensivelmente. Nesse sentido, a demanda pela utilização de formas não violentas de protesto perdem boa parte de seu poder de convencimento: é necessário ter em mente uma violência fundamental que sustenta o funcionamento do Estado. E isso em condições de normalidade. A esse tipo de violência

que Walter Benjamin chamou de *mítica*, se opõe um outro tipo não menos fundamental visando minar o funcionamento do Estado. Este último tipo Benjamin designou de *violência divina*.²⁷⁹ No seu exercício coloca-se a tarefa, também suscitada por Benjamin, de instaurar o “verdadeiro estado de exceção”.²⁸⁰

²⁷⁹ BENJAMIN, Walter. **Crítica da violência: crítica do poder**. In: Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix/USP, 1986, 160-175. Recorrendo a essa ambivalência da violência que é também a do poder, ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 11. Ainda sobre esse assunto, ver LOSURDO, Domenico. **A não violência: uma história fora do mito**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

²⁸⁰ A alusão é, claro, à VIII Tese sobre o conceito de história: “A tradição nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra. Precisamos construir um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós a nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição da luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. – O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos “ainda” sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável.” (extraída de LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 83)

*Reforma Política,
Poder Constituinte e
Democracia: cenário
político brasileiro
contemporâneo, entre a
crise e a reforma*

Ítalo José Marinho de Oliveira
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

E de fato a pergunta sobre o significado da política – isto é, sobre aqueles elementos duradouros e memoráveis que só se revelam em nosso viver e agir politicamente juntos – praticamente nunca mais foi feita seriamente desde a Antiguidade clássica.

Hannah Arendt

1 Introdução

Atualmente existem duas principais propostas de debates acerca da reforma política: uma liderada pelo movimento Plebiscito Popular, com um número considerável de cidadãos, movimentos sociais, entre outros, e outra em discussão no Congresso Nacional. Verifica-se, portanto, uma aparente crise institucional, isto é, uma fração

dos próprios cidadãos exercendo seus direitos políticos diretamente e seus representantes no Congresso Nacional discutindo acerca da Reforma Política, mas com propostas distintas.

A alegada crise de representatividade tem provocado profundos debates acerca da estrutura política do país. Desde os protestos em junho de 2013, intensificou-se a discussão acerca da necessidade de possíveis modificações políticas do país.

Nesse sentido, discute-se acerca do instrumento utilizado e a extensão da reforma política. Planeja-se, até mesmo, além das vias estabelecidas na Constituição de 1988, estabelecer um poder constituinte originário exclusivo para reforma política ou uma assembleia nacional constituinte exclusiva para reforma política ou, ainda, miniconstituinte.

Significa dizer que se busca a solução de uma controvérsia política fora da ordem constitucional vigente. No entanto, antes de afastar tal possibilidade de plano, deve-se analisar e verificar a profundidade das discussões pertinentes à temática.

Aliás, o debate amplo e democrático é fundamental para o aperfeiçoamento da própria de democracia. Principalmente com a finalidade de se evitar retrocessos, distorções e a prevalência de interesses isolados.

2 Reforma e Crise (aparente)

Em seu livro *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, Paulo Bonavides aborda os conceitos de crise da Constituição e crise na Constituição. Sendo esta “crise tópica, [...] e que da Constituição, mesma, recebe, em termos jurídicos e políticos, seu remédio eficaz” (BONAVIDES, 1999, p. 45). Aquela, por sua vez, “mais profunda, corrompe, fere e abala as instituições. De tal sorte que, ao intensificar-

se, as destrói ou tende a destruí-las nos seus elementos vitais [...]” (BONAVIDES, 1999, p.45).

Em regra, a crise de mais simples solução é a crise na Constituição ou crise constitucional. Nesse aspecto, as soluções para problemas estruturais do Estado constam na própria Constituição, seja através das próprias instituições, seja através de reformas realizadas pelo constituinte derivado (BONAVIDES, 1999, p. 45). É dizer, apesar de existir abalos na estrutura jurídica, social e política, mantém-se certa estabilidade.

A crise da Constituição, por sua vez, não encontra solução em sua ordem jurídica vigente, podendo corroer as instituições democráticas. Desestabiliza de tal modo a ordem constitucional que propicia golpes de Estados e mudança brusca de regime político (BONAVIDES, 1999, p. 45).

Apesar de não ser desejado, o retrocesso é um risco iminente que cerca as revoluções ou mudanças sociais, jurídicas e políticas sem regras mínimas pré-estabelecidas. Sendo certo que há momentos históricos em que revoluções são necessárias, não que haja determinismo, antes porque são períodos que não há como o Homem refrear, devendo estar atento para que não ocorra retrocessos nos direitos conquistados (LYRA FILHO, 2012, p.99).

Seja na Crise da Constituição, seja na Crise na Constituição, a solução pode ser encontrada na reforma. As questões são: o surgimento e a extensão dessa reforma.

Até mesmo em decorrência dos aspectos já mencionados, o surgimento de um poder reformador pode ser previsto no ordenamento jurídico e com limitações preestabelecidas. Ou, em sentido contrário, pode não ter previsão, tampouco limites.

No que diz respeito ao Brasil, cogita-se atualmente a instalação de uma assembleia nacional constituinte exclusiva para reforma política.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 60 a possibilidade de modificação

de seu texto, qual seja, através de emenda à Constituição. Sendo, ainda, que o §4º impõe limites para tal modificação, não podendo abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação de Poderes.

No entanto, conforme estabelece artigo 60 da Constituição, somente são legitimados para propor emenda à Constituição, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República, mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Assim sendo, não há possibilidade dos cidadãos sugerirem modificação ao texto constitucional de maneira direta. Aqui se assenta a principal controvérsia da atual reforma. Como dito anteriormente, o movimento Plebiscito Popular e o Congresso Nacional possuem propostas diferentes. Com interesses conflitantes e somente os parlamentares com a possibilidade de exercerem o Poder Constituinte Derivado, é provável que a modificação seja feita de acordo com os termos que proporem.

Porém, vale ressaltar que o problema não é exclusividade brasileira, tampouco é de tempos recentes. Conforme leciona Bobbio (2000, p. 57):

É verdade que nem toda forma de democracia é representativa (daí a insistência sobre a democracia direta), mas também é verdade que nem todo Estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo: daí a insistência sobre o fato de que a crítica ao Estado parlamentar não implica a crítica à democracia representativa, já que, se é verdade que toda a democracia é representativa, é igualmente verdade que nem todo Estado representativo é em princípio e foi historicamente uma democracia.

Não obstante, tem se pretendido instalar uma assembleia nacional constituinte exclusiva para reforma política.

3 Poder Constituinte, o problema do precedente

A ideia de instalação de um poder constituinte exclusivo para reforma política não é de agora, pelo contrário, sucessivas vezes elas foram colocadas em pauta no cenário político brasileiro, conforme notícia Bonavides (1999, p. 60):

Eu invoco o constitucionalista baiano [Rui Barbosa] porque ele incorporava dois princípios, colocados, de último, debaixo da ameaça de serem destroçados: o princípio da legalidade e o princípio da constitucionalidade; a legalidade, trucidada, inumeráveis vezes, por Medidas Provisórias, e a constitucionalidade ameaçada, criminosamente, por cinco Propostas de Emenda à Constituição, que tramitam no Congresso Nacional, e trazem, oculta, a sentença de morte do §2º, do artigo 60 da Lei Magna. São elas, com seus respectivos autores, as seguintes: Emendas ns. 544, do deputado Miro Teixeira; 580, do deputado Aécio Neves; 599, do deputado Antônio Kandir; 463, do deputado Inocêncio Oliveira; e 50, do Senador Pedro Simon.

As mencionadas emendas constitucionais objetivavam a instalação de uma constituinte livre e soberana ou miniconstituinte, devido a sua limitação. Sob a justificativa da necessidade de mudança, de que a Constituição não possuía a solução, intentava-se estabelecer uma nova ordem constitucional em temáticas específicas.

Com efeito, desde que não provoquem retrocesso, o problema não se encontra no que é debatido, antes, porém, no instrumento que cogita o debate.

Dentre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito encontram-se o da constitucionalidade, da legalidade, da segurança jurídica e o princípio democrático (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 122).

Das finalidades comuns entre eles, encontra-se a delimitação do poder e repressão de possíveis abusos.

Com a instalação de poder constituinte “livre e soberano”, mesmo com assuntos pré-definidos, há evidentes riscos de retrocessos. Isto é, o sistema político é o principal instrumento do funcionamento de um Estado. Sendo ele deliberado de maneira ampla, pode-se estabelecer qualquer regime sob a justificativa de soberania popular.

Além disso, há de se considerar o perigoso precedente que se estabelecerá. Com efeito, constantes instabilidades assolam diversas áreas do Estado. Porventura, se tentaria solucioná-las com miniconstituintes específicas?

Certamente que são necessários avanços nos instrumentos de participação popular. Inclusive, novos instrumentos são formulados e outros são aperfeiçoados com o avanço das tecnologias e o surgimento daquilo que se tem denominado de sociedade da informação e do conhecimento, permitindo-se, com isso, a abertura de espaços dialógicos sem precedentes (DAS NEVES, 2007, p. 179). Construindo espaço de debate democrático sem precedentes (conecte de forma mais clara as suas sentenças).

4 Democracia e seu constante aperfeiçoamento

Correspondendo à forma de governo sugerida no artigo XXI da Declaração Universal de Direitos Humanos, a democracia, na lição Afonso da Silva (1999, p. 125 e 126):

[...] é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem,

compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (grifo do autor)

Tal conceito é importante para assentar a ideia de que a História do Homem é feita de avanços e retrocessos. Sendo, porém, o presente século o com maior número de países democráticos (DAHL, 2001, p. 18), sendo relativamente recente a atual democracia brasileira.

A atual Constituição, com pouco menos de 30 anos de vigência, restabeleceu o regime democrático após longos anos com sucessivos períodos de autoritarismo. Aliás, este regime assombra constantemente os países em desenvolvimento, posto que não há uma tradição democrática consolidada (GALEANO, 1972, p. 1992)

No entanto, o estabelecimento dessa tradição democrática somente ocorrerá com a previsibilidade e estabilidade da solução para as crises institucionais que assolarão a democracia brasileira. Uma vez que a continuidade do sistema produz amadurecimento político.

Além disso, as mudanças devem ser de acordo com “as regras do jogo” (BOBBIO, 2000, p. 32). É dizer, mudanças são necessárias, no entanto, deve-se seguir os instrumentos dispostos, bem como através deles criar novos meios de exercício democrático.

5 Considerações Finais

Os atuais escândalos políticos ocorridos no Brasil têm inconformado à população e provocado uma

mobilização popular significativa. Sendo inseridas novas formas de mobilização, principalmente através da internet. Com efeito, o acesso à internet e as redes sociais têm possibilitado novos meios de interação entre as pessoas. Ocorre que, como é sabido, diversas cidades brasileiras padecem com a inexistência do mínimo, não podendo contar com representação no meio virtual.

Assim sendo, qualquer alteração no sistema político há de se considerar não somente aqueles atuantes, que possuem expressão política. Antes, devem considerar a parcela significativa da população brasileira que sofre com a desigualdade social e estão distantes das discussões políticas.

Esclarecedora é a lição de Arendt (2013, p. 148-149) quando expõe que nossos preconceitos contra a política se escondem no medo e na esperança: “no medo de que a humanidade se autodestrua por meio da política e dos meios de forças que tem hoje à sua disposição”; e na esperança, vinculada ao medo, “de que a humanidade recobre a razão e livre o mundo não de si própria, mas da política”.

Muito embora haja uma aparente crise, o Brasil já enfrentou períodos políticos mais conturbados, até mesmo com a atual Constituição, como ocorreu nas propostas de emendas à constituição mencionadas anteriormente que buscavam a convocação de uma assembleia constituinte poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988.

Ademais, não obstante a necessidade de mudança, o cenário político atual do país não contribui para mudanças nas regras do jogo, isto é, devido o período de instabilidade. Com isso não se quer dizer que reformas não devem acontecer. Antes, é preferível que ocorra em conformidades com as regras propostas pela Constituição. Crises na Constituição podem ser solucionadas; no entanto, crises da Constituição podem ocasionar graves retrocessos .

6 Referências

-
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ARENDT, Hannah. **A Promessa da Política**. 5^a ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DAS NEVES, Rodrigo Fernandes. **A democracia nas sociedades da informação e do conhecimento: interação e deliberação política no ciberespaço**. Dissertação de Mestrado: Florianópolis, 2007.
- GALEANO, Eduardo. **As veias Abertas da América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 18^a ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.